**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI

PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL

**SÃO PAULO
2010**

JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI

PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL

Tese de doutoramento apresentada ao Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo

SÃO PAULO
2010

JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI

PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL

Tese de doutoramento apresentada ao Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo

BANCA EXAMINADORA:

*Aos meus pais, Ivone e João Carlos, exemplos de
dignidade, solidariedade, amor e respeito.
Ao meu avô Hermenegildo, pelo começo de tudo.*

AGRADECIMENTOS

São várias as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração da tese e a conclusão do doutorado. Apesar da injustiça inevitável de não incluir alguns nomes, por motivos de espaço, tentarei ser o menos injusto possível.

Ao Professor Doutor David Teixeira de Azevedo, orientador, que tão bem me tratou e me recebeu nos momentos em que dele precisei, por ter lido os capítulos individualmente e feito as sugestões e correções devidas;

Ao Professor Gerald Dworkin, da University of California, Davis, por ter me recebido e colaborado com a pesquisa;

Aos meus irmãos Karina, Daniel e Felipe, pela paciência e incentivo nos momentos mais difíceis e, principalmente, pelo companheirismo;

A Juliana, por sua personalidade, paciência, carinho, incentivo, estímulo e companheirismo, que, forçosamente, aprendeu sobre paternalismo e direito penal;

Aos amigos que, de alguma forma, colaboraram comigo durante o período em que sacrifiquei a amizade para concretizar o sonho de ser doutor e entenderam minha situação: Régis, Eduardo, Felipe, Renata, Nathalia, Marcelo, João Daniel, Danilo, Celso, Brenno e Armando.

Ao amigo Luis Greco, pela paciência nas discussões e pelas sugestões e críticas;

Ao amigo Luciano Anderson de Souza, pelo trabalho conjunto no IBCCrim, com o qual atingimos excelentes resultados;

Ao amigo Alexis Augusto Couto de Brito, pelo incentivo e pelas discussões produtivas que tivemos ao longo dos três anos de doutorado;

Ao amigo Fauzi Hassan Choukr, pelo incentivo desde os tempos de graduação;

A Dalva Veramundo de Souza, por toda assistência e toda bondade, a quem terei eterna gratidão;

Aos amigos e colegas da Escola Paulista de Direito, Escola Superior da Advocacia da OAB/SP, das Faculdades de Campinas e do Centro Universitário Anchieta de Jundiaí;

Aos professores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, por tudo que aprendi durante os anos de mestrado e doutorado, pela convivência e pela amizade;

Aos meus pais, por tudo.

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de expor os fundamentos da intervenção do Estado na liberdade individual por meio do direito penal. O ponto de partida será o princípio da autonomia, segundo o qual o indivíduo poderá agir conforme sua vontade, desde que preservada a autonomia de terceiros. Primeiramente, será abordado o princípio da autonomia em conjunto com os demais princípios do direito penal. Será necessário expor os fundamentos da teoria do bem jurídico e fazer a interação com o princípio da autonomia no Estado liberal. Serão abordados os princípios da lesão, da ofensa e da moralidade, comumente aplicáveis na *common law*. Em seguida, haverá a exposição dos fundamentos do utilitarismo e de como utilizá-lo na busca de um direito penal da menor intervenção na liberdade individual e da maior proteção de bens jurídicos. Adiante, tecer-se-á o conceito de paternalismo e de suas características fundamentais. A partir do conceito amplo de paternalismo, teremos os instrumentos para iniciar o esboço de uma teoria paternalista legitimadora do direito penal. No entanto, faz-se necessário o desenvolvimento de mais alguns conceitos para atingir o objetivo. Além do próprio conceito de paternalismo, serão examinados outros, tais como autonomia, discernimento, vulnerabilidade e exploração. Isso se torna importante porque somente a pessoa vulnerável, que não possui autonomia, pode ser objeto de proteção paternalista, exceto nos casos em que o não vulnerável exponha a própria autonomia ao perigo. Por fim, ao esboçar uma teoria paternalista legitimadora, a autonomia será alçada ao maior interesse a ser protegida pelo direito penal por meio da tutela de bens jurídicos. Tanto a autonomia presente quanto a futura serão o objeto de proteção do direito penal, enquanto interesse maior do ser humano, ao passo que os bens jurídicos tutelados possuem caráter instrumental. A autonomia a ser preservada leva em consideração o histórico de vida do indivíduo e, assim, fundamenta-se nos seus valores próprios. A teoria paternalista esboçada será aplicada, ao final, a alguns casos concretos, como a eutanásia, a transfusão de sangue, o uso de drogas, a prostituição e o transplante de órgãos.

Palavras-chave: Autonomia – Estado Liberal – Lesividade – Moralidade – Vulnerabilidade – Paternalismo - Utilitarismo

ABSTRACT

The current study has the aim of exposing the fundamentals of state intervention on individual freedom by Criminal Law. The point of start is the principle of autonomy, according to that the person could act according to his will and since the autonomy of others be preserved. First, the autonomy principle is broached together with the other principles of Criminal Law. It is necessary to expose the fundamentals of theory of legal interest and do the interaction with the principle of liberal State. The harm principle, the offense principle and the moral principle, commonly applied in Common Law, are broached too. After that, there is an exposition of essence of utilitarianism and how to apply it in search of Criminal Law of minor intervention on individual freedom and higher protection of legal interests. Afterwards, the concept of paternalism and its characteristics are dismembered. From the wide concept of paternalism, there is elements to start a sketch of a legitimate paternalistic theory of Criminal Law. Nevertheless, it is necessary to develop some more concepts to reach the purpose. Besides the concept of paternalism, other definitions are exposed, such autonomy, discernment, vulnerability and exploitation. It is important because only vulnerable persons, who do not have autonomy, may be target of paternalistic protection, and competent persons who expose their autonomy to a danger. Finally, from the sketch of a legitimate paternalistic theory, autonomy is elevated to the condition of higher benefit to be protected by Criminal Law by means of defense of legal interests. Both present and future autonomy are the object of protection of Criminal Law, while higher benefit of human being, as legal interests have instrumental nature. Autonomy to be preserved takes into account life history of individual person and therefore is based upon his own values. The outlined paternalistic theory is applied in concrete cases as euthanasia, blood transfusion, drugs use, prostitution and transplantation of organs.

Keywords: Autonomy – Liberal State – Harm – Morality – Vulnerability – Paternalism – Utilitarianism

RIASSUNTO

Questo studio mira a esporre i fondamenti di intervento pubblico sulla libertà individuale attraverso il diritto penale. Il punto di partenza è il principio dell'autonomia, con il quale l'individuo può agire come il vostro desiderio, purché mantenuta l'autonomia di terze parti. In primo luogo, saranno trattate il principio dell'autonomia in combinazione con altri principi del diritto penale. Si dovrà esporre le basi della teoria giuridica del bene giuridico e rendere l'interazione con il principio dell'autonomia dello Stato liberale. Si discuterà i principi del pregiudizio, l'offesa e di moralità, comunemente applicati in *common law*. Poi c'è l'istruzione dei motivi dell'utilitarismo e come utilizzarlo in cerca di un diritto penale minore intervento in libertà individuale e una maggiore protezione dei beni giuridici. Avanti, rendere il concetto di paternalismo e le sue caratteristiche fondamentali. Dal'ampio concetto di paternalismo, abbiamo gli strumenti per iniziare lo sketch di una legittimazione di teoria paternalistica del diritto penale. Tuttavia, è necessario sviluppare più alcuni concetti per raggiungere il obiettivo. Oltre al concetto stesso di paternalismo, altri, come l'autonomia, il discernimento, la vulnerabilità e l'esplorazione. Questo diventa importante, perché solo la persona vulnerabile, priva di autonomia, possa essere oggetto di tutela paternalistica, eccetto dove la non-vulnerabili esporre loro autonomia di pericolo. Infine, per tracciare una teoria legittimatrice paternalista, l'autonomia sarà alzata il massimo interesse a essere protetti dal diritto penale attraverso la tutela di beni giuridici. Entrambi questa autonomia come la futura saranno oggetto della tutela del diritto penale come grande importanza dell'essere umano, mentre i beni giuridici tutelati hanno carattere strumentale. L'autonomia per essere conservata prende in considerazione la storia di vita dell'individuo e, quindi, basato sui propri valori. La teoria paternalista delineata è applicata, infine, in alcuni casi specifici, come l'eutanasia, la trasfusione di sangue, uso di droga, prostituzione e il trapianto di organi.

Parole chiavi: Autonomia – Stato Liberale – Lesione – Moralità – Vulnerabilità – Paternalismo – Utilitarismo

RESUMEN

El presente estudio tiene por objetivo exponer los fundamentos de la intervención del Estado en la libertad individual por medio del derecho penal. El punto de partida será el principio de la autonomía, según el cual el individuo puede actuar de acuerdo con su voluntad, siempre que sea preservada la autonomía de terceros. Para ello, será abordado el principio de la autonomía conjuntamente con los demás principios del derecho penal. Será necesario exponer los fundamentos de la teoría del bien jurídico y realizar la interacción con el principio de la autonomía en el Estado liberal. Serán abordados los principios de la lesión, de la ofensa y de la moralidad, frecuentemente aplicables en la *common law*. A continuación, se hará la exposición de los fundamentos del utilitarismo y la forma como utilizarlo en la búsqueda de un derecho penal de menor intervención en la libertad individual y la mayor protección de los bienes jurídicos. Luego, se construirá el concepto de paternalismo y de sus características fundamentales. A partir del concepto amplio de paternalismo, tendremos los instrumentos para empezar el esbozo de una teoría paternalista legitimadora del derecho penal. Sin embargo, se hace necesario el desarrollo de algunos conceptos con la finalidad de alcanzar el objetivo. Además del concepto de paternalismo en sí, serán examinados otros, tales como autonomía, discernimiento, vulnerabilidad y explotación. Esto se hace importante porque sólo la persona vulnerable, que no posee autonomía, puede ser objeto de protección paternalista, salvo en los casos en que lo no vulnerable exponga la propia autonomía al peligro. Finalmente, al esbozar una teoría paternalista legitimadora, la autonomía será limitada al mayor interés a ser protegida por el derecho penal a través de la tutela de los bienes jurídicos. Tanto la autonomía presente como la futura serán el objeto de protección del derecho penal, por tratarse estas del interés prioritario del ser humano, a medida que los bienes jurídicos tutelados poseen carácter instrumental. La autonomía a ser preservada lleva en consideración el histórico de vida del individuo y, de esta forma, se fundamenta en sus valores propios. La teoría paternalista esbozada será aplicada, finalmente, en algunos casos concretos, como la eutanasia, la transfusión de sangre, el uso de drogas, la prostitución y el tranplante de órganos.

Palabras Clave: Autonomía – Estado liberal – Lesión – Moralidad – Vulnerabilidad – Paternalismo - Utilitarismo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. PRINCÍPIOS.....	17
1.1. Notas introdutórias	17
1.2. A integração dos sistemas.....	18
1.3. Teoria do bem jurídico	20
1.3.1. Conceito de bem jurídico.....	22
1.3.2. Funções do bem jurídico.....	25
1.3.3. Delimitação constitucional do bem jurídico	26
1.4. O Liberalismo como reitor do estado democrático de direito	28
1.5. Princípio da lesão a terceiros (<i>harm to others</i>).....	31
1.5.1. Princípio da lesão	32
1.5.2. Princípio da ofensa	38
1.6. Princípio da autolesão (<i>harm to self</i>).....	42
1.7. Princípio da moralidade.....	46
1.8. O direito penal como ultima ratio.....	58
1.9. O princípio da autonomia	63
2. DA RELAÇÃO ENTRE UTILITARISMO E DIREITO PENAL.....	65
2.1. Primeiros esclarecimentos	65
2.2. O bem a ser atingido pelo direito penal	66
2.3. Interesse individual e interesse coletivo	69
2.4. Parâmetros objetivos e subjetivos dos interesses protegidos	70
2.5. A filosofia utilitarista.....	73
2.5.1. Conceito de utilitarismo.....	75
2.5.2. Princípio da utilidade.....	76
2.5.3. Principais utilitaristas	78
2.5.3.1. Utilitarismo clássico	78
2.5.3.1.1. Jeremy Bentham	82
2.5.3.1.2. John Stuart Mill	84
2.5.3.2. Variações do utilitarismo.....	87
2.6. Utilitarismo e direito penal.....	89
2.6.1. Proteção de bens jurídicos relevantes	90
2.6.2. A maior liberdade aos cidadãos.....	92
2.6.3. Utilitarismo normativo-axiológico	93
3. PATERNALISMO	96
3.1. Origem do termo.....	96
3.2. Três conceitos de paternalismo.....	98
3.3. Conteúdo material de paternalismo	99
3.3.1. Primeiros esclarecimentos	99
3.3.2. Definição	100
3.3.2.1. Características do paternalismo	100

3.3.2.2. Comportamento contrário à vontade de alguém.....	101
3.3.2.2.1. Informação ou conselho.....	101
3.3.2.2.2. Redução de escolhas.....	103
3.3.2.2.3. Imposição.....	104
3.3.2.3. Contrariedade à vontade de alguém.....	106
3.3.2.4. Falta de confiança na capacidade de alguém.....	108
3.3.2.5. Segurança sobre o que seja melhor a alguém.....	110
3.3.2.5.1. Desejo de querer o bem de alguém.....	110
3.3.2.5.2. Certeza de saber o que é melhor para alguém.....	112
3.3.2.6. Objetivo de promover um bem ou evitar um mal.....	113
3.4. Classificação das condutas paternalistas.....	115
3.4.1. Paternalismo rígido e paternalismo moderado.....	115
3.4.2. Paternalismo puro e paternalismo impuro.....	116
3.4.3. Paternalismo de bem-estar e paternalismo moral.....	117
3.4.4. Paternalismo ativo e paternalismo passivo.....	118
3.4.5. Paternalismo homogêneo e heterogêneo.....	118
3.4.6. Paternalismo por assimetria de informações e paternalismo pretoriano.....	119
3.5. Conclusões preliminares.....	120
4. DOCTRINAS ANTI-PATERNALISTAS.....	122
4.1. Notas introdutórias.....	122
4.2. A doutrina de Joel Feinberg.....	122
4.2.1. Introdução.....	122
4.2.2. <i>Harm to others</i> (1984).....	123
4.2.3. <i>Offense to others</i> (1985).....	128
4.2.4. <i>Harm to self</i> (1986).....	132
4.2.5. <i>Harmless wrongdoing</i> (1988).....	143
4.3. A doutrina de Gerald Dworkin.....	146
4.3.1. Introdução.....	146
4.3.2. <i>Paternalism</i> (1971).....	146
4.3.3. <i>Paternalism: some second thoughts</i> (1988).....	153
4.3.4. <i>Moral paternalism</i> (2005).....	156
4.3. Conclusões preliminares.....	160
5. RESPONSABILIDADE E AUTONOMIA.....	162
5.1. Introdução.....	162
5.2. Discernimento e competência.....	162
5.2.1. Vício de discernimento.....	164
5.3. Autonomia.....	167
5.3.1. Requisitos para a autonomia.....	173
5.3.2. Ausência de autonomia.....	175
5.4. Responsabilidade.....	177
5.4.1. Responsabilidade legal e responsabilidade moral.....	183
5.5. Relação entre autonomia e responsabilidade penal.....	185
5.6. Consentimento.....	186
5.6.1. Uma distinção de consentimentos.....	186
5.6.1.1. Do consentimento horizontal.....	187

5.6.1.1.2. Natureza jurídica do consentimento	187
5.6.1.1.2.1. Declaração de conformidade de vontades	187
5.6.1.1.2.2. Acordo de natureza civil (negócio jurídico)	188
5.6.1.1.2.3. Ausência de motivos anti-sociais	189
5.6.1.1.2.4. Ausência de interesse	190
5.6.1.1.2.5. Exercício de liberdade de ação do portador do bem jurídico	191
5.6.1.1.3. Função dogmática do consentimento	192
5.6.1.1.3.1. Consentimento como excludente de tipicidade	192
5.6.1.1.3.2. Consentimento como excludente de antijuridicidade	194
5.6.1.1.3.3. Posição eclética: excludente de tipicidade e de ilicitude	195
5.6.1.1.4. Posicionamento adotado	196
5.6.1.1.5. Consentimento sobre uma autolesão	197
5.6.1.2. Do consentimento vertical	198
5.7. Aspectos do consentimento horizontal	200
5.8. Relevância do consentimento horizontal	202
5.9. Conclusões preliminares	203
6. PARTES DA RELAÇÃO PATERNALISTA	205
6.1. Quem pode ser objeto do paternalismo	205
6.2. Vulnerabilidade	206
6.2.1. Crianças e adolescentes	209
6.2.2. Adultos com problemas mentais	215
6.2.3. Adultos temporariamente perturbados	215
6.3. Grupos especiais de vulneráveis	219
6.3.1. Ações afirmativas	222
6.4. Consentimento presumido	224
6.5. Exploração de vulneráveis	227
6.5.1. Conceito de exploração	228
6.5.2. Exploração e tutela de bens jurídicos	230
6.6. Conclusões preliminares	232
7. ESBOÇO DE UMA TEORIA PATERNALISTA LEGITIMADORA DA INTERVENÇÃO PENAL	234
7.1. Considerações iniciais	234
7.2. Finalidade do paternalismo penal	235
7.2.1. Autonomia como interesse a ser preservado	235
7.2.2. Situações de ausência de autonomia	238
7.2.3. Evitação de um dano	239
7.3. Fundamento do paternalismo penal	241
7.3.1. Vontade real da pessoa	241
7.3.2. Consentimento presumido	243
7.4. Objeto do paternalismo penal	244
7.4.1. O receptor da norma paternalista	246
7.4.1.1. Pessoas não vulneráveis	246
7.4.1.2. Pessoas vulneráveis	247
7.4.2. Os bens jurídicos tutelados paternalisticamente	248
7.4.2.1. Bens indisponíveis	248

7.4.2.1.1. Limites da indisponibilidade do bem jurídico	251
7.4.2.2. Bens disponíveis	252
7.5. Aplicação prática do paternalismo penal	253
7.5.1. Eutanásia e transfusão de sangue.....	253
7.5.2. Prostituição	256
7.5.3. Drogas.....	258
7.5.4. Doação de órgãos.....	259
CONCLUSÕES.....	261
BIBLIOGRAFIA	265

INTRODUÇÃO

Muito se diz na doutrina que o direito penal é o instrumento de controle social mais repressivo do Estado. Por isso, sua aplicação encontra rigorosos limites nos princípios fundamentais, tais como a lesividade, a fragmentariedade, a subsidiariedade e a proporcionalidade. No entanto, outro princípio muito importante diz respeito à individualidade e aos valores de cada pessoa: o princípio da autonomia. No Estado liberal, *a priori*, cabe a cada um decidir sua própria vida, desde que não atinja os interesses de terceiros. Assim, o direito penal só pode interferir na liberdade individual se houver um motivo relevante.

Devem ser estabelecidos critérios para o processo de criminalização tendo em vista a menor restrição da liberdade individual e a maior proteção de bens jurídicos. O fim maior do direito penal no Estado liberal é a promoção e a preservação da autonomia pela tutela dos bens jurídicos mais importantes à dignidade humana. Os bens são instrumentos pelos quais o indivíduo exerce sua autonomia. Por conseguinte, aquilo que não guardar relação com a autonomia individual está descartado do âmbito de proteção da norma penal.

O presente trabalho tem início com a correlação entre os dois principais sistemas jurídicos: a *common law* e o romano-germânico. O motivo é simples. O sistema da *common law* dá ênfase ao princípio da autonomia, enquanto na tradição romano-germânica o direito penal é construído com base na teoria do bem jurídico. Busca-se utilizar aquilo que o direito anglo-saxão oferece no direito brasileiro, fundado na proteção de bens jurídicos relevantes. Em seguida, os conceitos do utilitarismo serão aplicados para desenvolver uma regra de direito penal cuja utilidade da norma é a maior proteção de bens relevantes pela menor restrição da liberdade individual.

A utilidade que se pretende para o direito penal implica descartar comportamentos meramente imorais ou que provoquem lesão com o consentimento do ofendido, quando este for capaz. Sendo incompetente, não haverá condições para consentir e, portanto, poderá o direito penal interferir em sua liberdade. Quando não houver autonomia, há legitimidade para o Estado suprir a fraqueza provocada por alguma vulnerabilidade e

efetuar a tutela do bem jurídico supondo que o ofendido, se não estivesse vulnerável, consentiria para a proteção.

Adiante, seguirá o conceito de paternalismo, compreendido como a sobreposição à vontade de alguém para impor um comportamento, com a finalidade de evitar-lhe um mal. O paternalista entende conhecer aquilo que seja melhor ao indivíduo protegido e, contrariando sua vontade, obriga ou proíbe certas condutas visando a um benefício. Como a própria origem do termo (*pater*), o Estado paternalista age como se fosse o pai do cidadão, considerando este uma criança incapaz de fazer escolhas em certos aspectos da vida.

Nem sempre o paternalismo é mal visto no Estado liberal e democrático de direito. Há situações em que o ordenamento jurídico pode impor ou proibir comportamentos, direta ou indiretamente, para proteger certos grupos de pessoas, passando por cima de sua vontade. São as hipóteses em que o sujeito não pode consentir ou nas quais a lesão ao bem jurídico pode comprometer a autonomia individual. Como instrumento mais repressivo do Estado, o direito penal somente está autorizado a tutelar os bens jurídicos mais relevantes contra as lesões ou perigos de lesão mais graves. Assim, é necessário eleger o maior interesse do ser humano enquanto componente de uma sociedade liberal.

Elege-se como interesse mais importante a autonomia, entendida como qualidade do ser humano em controlar a si mesmo e agir conforme sua consciência e vontade. A autonomia é um interesse que se protege por meio da tutela de bens jurídicos. E não apenas a autonomia presente merece proteção como também a futura. Quer dizer, o exercício do autogoverno é inerente ao ser humano em todas as fases de sua vida, sem o qual não há dignidade.

A vida autônoma como manifestação da dignidade humana deve considerar o histórico de vida individual. Não são os valores do observador externo que vão definir o que é digno a alguém, e sim aquilo que o sujeito assimilou durante seu desenvolvimento pessoal. Impede-se, desse jeito, a imposição de valores por meio das normas penais e, simultaneamente, preservam-se as preferências individuais. Nem sempre o que a maioria entende ser o melhor faz parte da personalidade da pessoa que se quer proteger.

Por fim, uma teoria paternalista deve considerar os valores da pessoa ao presumir aquela que seria sua opção caso não estivesse em situação de vulnerabilidade. O bem jurídico elevado à condição de mais importante pela doutrina, a vida, pode não sê-lo se não

preencher os requisitos da dignidade. Viver forçadamente contra seus valores é contrário ao exercício da autonomia e pode ser um sofrimento imensurável que apenas quem passa pela situação pode sentir.

Considerando a autonomia como interesse maior e os valores inerentes a cada indivíduo, cabe ao direito penal respeitar o modo de vida de cada um, desde que não sejam atingidos interesses alheios sem consentimento. Na ausência de autonomia ou quando houver risco ao seu exercício no futuro, pode o direito penal interferir na liberdade atual, considerando a dignidade do sujeito de acordo com seus próprios valores. Ou seja, quem sabe o que é digno a si mesma é a própria pessoa. O Estado deve apenas respeitar e permitir uma vida autônoma limitada pelos interesses alheios.

1. PRINCÍPIOS

1.1. Notas introdutórias

Além dos princípios comumente conceituados pela doutrina, como a lesividade e a subsidiariedade, alguns pertinentes à filosofia moral também devem ser considerados no processo de criminalização. A restrição da liberdade das pessoas por meio de incriminações necessita de fundamentos que a justifiquem para não implicar arbitrariedade do Estado. Não basta criminalizar, deve haver justificativa para tal. Ninguém, inclusive o próprio Estado, pode coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo sem uma boa razão justificável.¹

Na tradição do sistema jurídico romano-germânico, o direito penal está fundado na teoria do bem jurídico. Os limites ao poder punitivo do Estado e à interpretação da própria norma, em um estado social democrático, estão na tutela penal daqueles bens (jurídicos) considerados indispensáveis para manter as condições mínimas de convivência.² Os sistemas de *common law*, por seu turno, devido à falta de uma estrutura codificada, sustentam-se no uso da jurisprudência, ou seja, nos precedentes semelhantes ao caso concreto que se quer julgar. Por muitas vezes recorre-se à filosofia moral para conseguir os argumentos suficientes para uma decisão coerente.

O que a filosofia moral propõe a fazer é discutir quais as hipóteses que justificam a restrição da liberdade das pessoas por meio do direito penal. Sugere-se neste capítulo buscar as linhas gerais para responder as questões expostas: o que faz o direito penal subsidiário? O que é uma lesão penalmente relevante? Como utilizar o direito penal de forma proporcional ao conflito? Há quem entenda que só pode haver crimes quando as

¹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G. R. *Criminal law: theory and doctrine*. Oxford (Inglaterra): Hart Publishing, 2003. p. 05.

² POVEDA PERDOMO, Alberto. Fundamentación material del injusto : entre el derecho penal protector de bienes jurídicos y el derecho penal defensor de la vigencia de la norma. *Revista Actualidad Penal*. Madrid (Espanha), n.º 21, 1998. p. 410.

condutas forem efetivamente lesivas,³ enquanto outros defendem a proibição de condutas meramente imorais.⁴

1.2. A integração dos sistemas

Os dois sistemas jurídicos mais importantes na atualidade são o anglo-saxão e o europeu continental. O sistema anglo-saxão, fundado na *common law*, é de tradição dos países do Reino Unido e dos Estados Unidos (apesar de serem sistemas diferenciados de *common law*). A América Latina e a Europa continental adotaram o sistema da *civil law*. Os dois sistemas são muito diferentes e um dos objetivos do trabalho é uma aproximação entre eles para interagir a teoria do bem jurídico com o princípio da lesão. A teoria do bem jurídico (*Rechtsgutlehre*) difundiu-se na Alemanha e demais países europeus e coloca o bem jurídico como núcleo estruturante do direito penal. Na *common law* o direito penal tem como orientação o princípio da lesão (*harm principle*).

Antes de tecer os comentários quanto ao direito penal, deve-se fazer breve exposição sobre os sistemas. A *common law* caracteriza-se por estar fundada em regras elaboradas jurisprudencialmente, pelas Cortes de Justiça inglesas no decorrer da história, pela escassa influência do direito romano, pelo pouco uso das leis codificadas e pelo predomínio das normas casuísticas.⁵ As regras abstratas dificilmente são utilizadas, pois a fonte principal do direito são as decisões das próprias Cortes, ou seja, casos concretos precedentes ao que se pretende julgar.

A *civil law* possui método diverso. Seu desenvolvimento tem origem no direito romano e, posteriormente, passa pelo direito germânico (por isso também o sistema é denominado romano-germânico). Sua fonte primária é a lei escrita, restando à jurisprudência um papel secundário. A grande preocupação deste sistema é evitar os

³ HART, H. L. A. *Law, liberty and morality*. Stanford (Estados Unidos): Stanford University Press. 1963. pp. 01 e ss.

⁴ DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres, Oxford (Inglaterra), Nova Iorque (EUA): Oxford University Press. 1968. pp. 08 e ss.

⁵ TINOCO PASTRANA, Angel. *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*. Sevilla (Espanha): Universidad de Sevilla. 2001. p. 20.

casuísmos,⁶ estabelecendo-se regras escritas como forma de reforçar a segurança jurídica. Algumas críticas revelam-se pelo receio do “culto desmensurado à lógica formal e à racionalidade da construção dedutiva, tida como válida por seu próprio rigor arquitetural”.⁷

Uma das grandes diferenças entre a *common law* e a *civil law* está justamente na fonte do direito. Para a *common law*, a fonte do direito são as decisões judiciais ou casos precedentes (*binding precedent* ou *case law*). O precedente é constituído por regras ou princípios afirmados e aplicados pelos juízes. A legislação possui apenas a função derogatória das regras derivadas dos precedentes. Apesar da impressão de engessamento, a regra dos precedentes não impede o desenvolvimento da jurisprudência. Sua flexibilidade permite ao juiz verificar no caso concreto se o precedente pode ou não ser aplicado, o que permite a evolução do pensamento jurídico.⁸

A *common law* é essencialmente pragmática e, acima de tudo, empírica. Está focada nos casos particulares e busca soluções que intuitivamente aparentam ser as mais justas.⁹ Os defensores deste sistema afirmam que o direito não consegue codificar definitivamente todas as situações possíveis e, assim, em cada caso concreto os princípios do direito adquirem o peso e o significado merecidos. Cada nova situação tem potencial para alterar o significado da lei de alguma forma. A flexibilidade e a resiliência são instrumentos da *common law* para superar as dificuldades de aplicação do direito na individualidade diante das especificações de cada caso concreto.¹⁰ Não obstante, pesa a crítica sobre a função até certo ponto legislativa do Poder Judiciário, que, a princípio, estaria legislando em cada situação levada ao seu conhecimento. A *common law* representaria verdadeira afronta à separação de poderes.¹¹

Percebe-se claramente que os dois sistemas aparentemente são muito diferentes. Enquanto a *common law* parte da casuística (o juiz praticamente legisla no caso concreto), a

⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 28.

⁷ *Ibidem*. pp. 29-30.

⁸ TINOCO PASTRANA, Angel. *op. cit.* p. 37.

⁹ COTTERRELL, Roger. Common Law Approaches to the Relationship between Law and Morality. *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 3, n.º 1, mar. 2000. p. 10.

¹⁰ *Ibidem*. p. 12.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 55. *apud* MARINONI, Luis Guilherme. A aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.º 47, 2008. p. 21.

civil law vincula o juiz à lei escrita e permite menor flexibilidade para decidir o caso concreto. Os sistemas de direito da tradição romano-germânica (entre os quais o sistema brasileiro) são sistemas fechados, enquanto a *common law* é um sistema aberto, onde novas regras são continuamente reveladas, fundamentando-se na razão.¹²

A teoria do bem jurídico, de certa forma, limita a atuação do intérprete quando a lei prevê uma figura criminosa, mesmo que se mostre inofensiva. O princípio da lesão permite uma discussão no caso concreto sobre a real necessidade de tratamento penal para condutas. Por outro lado, a teoria do bem jurídico restringe excessos do poder punitivo que podem ser tolerados pelo princípio da lesão se a utilidade da incriminação for compensatória.

A preocupação do trabalho é buscar no princípio da lesão respostas para a redução de atuação do direito penal no sistema jurídico brasileiro (romano-germânico) nas situações em que não houver lesão efetiva ou perigo considerável ao bem tutelado pela norma e nas situações meramente imorais. Para isso, deve-se provar que os princípios tradicionais da teoria do bem jurídico são compatíveis com os princípios da *common law*, especialmente o princípio da lesão.

1.3. Teoria do bem jurídico

O sistema jurídico brasileiro, baseado na lei escrita, sofre grande influência do continente europeu no que se refere ao direito penal, especialmente da Espanha e da Alemanha. E é neste país que a teoria do bem jurídico desenvolveu-se de maneira mais significativa. Desde os primeiros estudos de Birnbaum até os atuais modelos (teorias constitucionais, críticas, relativistas), o conceito de bem jurídico passou por diversas transformações e adquiriu concepções metodológicas diversas.¹³

O bem jurídico, na tradição romano-germânica, é tratado como o núcleo do direito penal. Sua construção dá-se em torno do bem jurídico como referencial dogmático e político-criminal. Afirma-se que “a teoria do bem jurídico e o modelo de crime como ofensa a um dado bem jurídico afirmaram-se, ao longo do tempo, como critérios de

¹² SOARES, Guido Fernando Silva. *op. cit.* p. 54.

¹³ Conferir histórico da evolução da teoria do bem jurídico em: SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. pp. 42 e ss.

delimitação não só da matéria de incriminação, como dos próprios contornos da respectiva tutela”.¹⁴

O bem jurídico no direito penal é produto do desenvolvimento doutrinário do conteúdo material do crime, que tem início na Itália, no século XVIII, com a denominada Escola Clássica. Dentre seus principais autores, Carrara atribui ao crime a violação de um direito e a essência de razão da norma proibitiva.¹⁵ A reprovabilidade da conduta consiste no uso do livre-arbítrio para optar em contrariar a norma, cujo conteúdo é emanado pela vontade divina. Contrariar a norma, assim, significa desobedecer a leis superiores e imutáveis. Apesar de pouco desenvolvido, o conceito de crime começa a englobar certo conteúdo de caráter espiritual ao associar o livre-arbítrio e a norma divina. O embate doutrinário na Itália, travado entre clássicos e positivistas, estes representados principalmente por Lombroso, Ferri e Garofalo, estava assentado no livre-arbítrio ou no determinismo como conteúdo do crime.

Somente na Alemanha, no início do século XIX, com Feuerbach, o conceito de bem jurídico ganhou contornos mais precisos, servindo como embrião das teorias mais recentes. Feuerbach acreditava que qualquer ataque contra o Estado, infringindo suas leis, também representaria a violação aos direitos individuais que a norma pretende proteger. Assim, para o autor, crime seria a violação de direitos do Estado ou de um indivíduo.¹⁶ Aprimorando este conceito, Birnbaum atribui ao crime as características de violação ou exposição a perigo de um bem igualmente garantido a todos pelo poder do Estado. O bem jurídico (*Rechtsgut*), que ainda hoje influencia a doutrina germânica, foi genericamente definido como um “interesse legalmente protegido”.¹⁷

Diversas construções doutrinárias surgiram após o embrião de Birnbaum. Apenas para citar como exemplo, Welzel, um dos mais importantes penalistas do século XX, definia o bem jurídico como interesses individuais e coletivos primordiais ao bom funcionamento de uma comunidade, que devem ser protegidos pela imposição dos valores

¹⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n.º 01, mai./ago. 2009. p. 16.

¹⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. Padova (Itália): Editrice. 1966. p. 13.

¹⁶ ESER, Albin. The Principle of “Harm” in the Concept of Crime. *Duquesne University Law Review*. Pittsburgh (EUA), vol. 04, 1966. p. 358.

¹⁷ *Ibidem*. p. 359-360.

ético-sociais aos comportamentos humanos.¹⁸ Compreende-se, assim, que o bem jurídico, na maior parte da doutrina, está relacionado aos interesses humanos, o que dá ao direito penal uma função de tutela fortemente ligada ao bem estar social.

Apesar da significativa parcela de doutrina que associa o bem jurídico a interesses humanos, alguns autores entendem que o direito penal pode tutelar outros interesses, como, por exemplo, os dos animais. Greco afirma que “o tipo da crueldade com animais¹⁹ protege o animal, e não a nós; e a proteção de animais é tarefa do Estado, porque os animais possuem uma ainda que restrita capacidade de autodeterminação, sendo portanto irrestritamente vulneráveis à heterodeterminação”.²⁰ A teoria do bem jurídico, conforme esta fundamentação, é capaz de justificar o crime de maus tratos a animais ampliando o conceito de bem jurídico além dos interesses humanos. Da mesma forma, pelo princípio da ofensa (*offense principle*) é possível justificar a incriminação se considerarmos o sentimento profundo de repulsa que a crueldade aos animais pode provocar na comunidade.²¹ Talvez seja este o caminho mais viável para se evitar a expansão do conceito de bem jurídico.

1.3.1. Conceito de bem jurídico

Diante das diversas teorias elaboradas sobre o bem jurídico,²² não há como negar que seu fundamento são valores culturais que se baseiam em necessidades individuais.²³ Superficialmente, os bens jurídicos são as características das pessoas, coisas ou instituições – como, por exemplo, o corpo, a vida, a liberdade, a propriedade, a Administração da Justiça – que devem ser protegidas em sua individualidade num Estado democrático e social de Direito.²⁴ Os bens jurídicos são interesses humanos – mais fundamentais - dignos

¹⁸ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlim (Alemanha): Walter de Gruyter. 1958. pp. 11 e ss.

¹⁹ Artigo 32 da Lei 9.605/1998: *Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos*.

²⁰ GRECO, Luis. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, n.º 03, jan./abr. 2010. p. 58.

²¹ Em sentido contrário: BAKER, Dennis J. Harm principle vs Kantian criteria for fair, principled and just criminalisation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 33, 2008. pp. 89 e ss.

²² Uma exposição sobre as diversas teorias sobre o bem jurídico: AMELUNG, Knut. *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt: Athenäum. 1972.

²³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 41.

²⁴ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, allgemeiner Teil*. Baden-Baden (Alemanha): Nomos. 2005. p. 37.

de proteção pelo direito penal para possibilitar a ordem social.²⁵ Também é possível afirmar que os bens jurídicos são interesses da comunidade cuja proteção é garantida pelo direito penal, quer dizer, a proteção através do direito penal significa que, mediante as normas jurídicas, são proibidas, sob ameaça de pena, aquelas ações que são idôneas para prejudicar estes interesses de modo especialmente perigoso.²⁶ Não há como deixar de relacionar o bem jurídico-penal aos interesses humanos, seja direta, seja indiretamente.

Importante ressaltar que o bem jurídico é a expressão de interesses humanos individuais ou difusos. Os titulares dos bens podem ser pessoas individuais ou individualizáveis ou, então, pessoas indeterminadas (bens cujos destinatários são todas as pessoas, indistintamente). Silveira aponta, ainda, que parte da doutrina defende a tutela ambivalente de certos bens jurídicos, uma vez que, apesar da referência individual, eventual lesão pode atingir por igual uma coletividade de pessoas. São, por exemplo, os bens jurídicos de âmbito econômico.²⁷

Podemos destacar dois conceitos distintos de bem jurídico: um dogmático e outro político-criminal. O conceito dogmático é o interesse contido na norma e que se pretende proteger. Não se pode extrapolar o tipo penal para definir o bem jurídico por ele protegido. O tipo parte da norma, e esta se faz do bem jurídico.²⁸ Ir além do tipo penal para justificar uma incriminação significa exceder o poder punitivo conferido ao Estado e buscar uma proteção não pretendida pelo legislador.

O conceito político-criminal está relacionado à função de proteção do direito penal. A importância deste conceito reside, fundamentalmente, na correta seleção e determinação dos bens individuais e coletivos que merecem a proteção com os meios do direito penal.²⁹ Por meio da política criminal o legislador analisa quais interesses merecem realmente a proteção penal (plano abstrato) e o operador do direito, no caso concreto, verifica se a conduta foi suficientemente ofensiva para legitimar uma condenação.

²⁵ STRATENWERTH, Gunter, KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*, allgemeiner Teil I. Köln, Berlin, München (Alemanha): Carl Heymanns. 2004. pp. 29-33.

²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 274.

²⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 63.

²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. op. cit., p. 274.

²⁹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heiz. *Derecho penal*: parte general. Tradução de, Jorge Bofill e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires (Argentina): Astrea, 1994, p. 334.

Roxin destaca que a política criminal voltada à proteção de bens jurídicos, baseada num modelo de pensamento iluminista do contrato social, segue a premissa segundo a qual os cidadãos confiam unicamente ao Estado a violência penal, renunciando o exercício da justiça privada, para que fiquem protegidos de ataques de terceiros e a vida em paz e liberdade seja mais fácil.³⁰ Se o bem jurídico puder ser protegido por outros meios que não sejam de natureza penal, o legislador não pode fazer uso da imposição de penas para proibir certos comportamentos. O direito penal deve ficar restrito aos bens jurídicos cuja natureza e característica não permitem outra forma de tutela menos gravosa.³¹ Assim, uma política criminal voltada à proteção de bens jurídicos deve selecionar os interesses que precisam efetivamente da tutela penal e o grau de proteção necessária.

O mesmo Roxin alerta para a falta de importância de uma “teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível”.³² O direito penal, para o autor, é um mal necessário, porém, deve ser utilizado com cautela, pois a Justiça criminal “estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e o fim das discriminações”.³³

O sistema romano-germânico, assim, preocupa-se com o conceito de bem jurídico, como essência da lei penal, e com sua proteção, como finalidade que se pretende atingir. Apesar de algumas exceções,³⁴ podemos afirmar que a doutrina quase unânime defende a existência de bens jurídicos como fonte de legitimação do direito penal.³⁵ Sem bem jurídico a norma penal esvazia-se no seu conteúdo, pois somente quando houver um interesse

³⁰ ROXIN, Claus. Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. Tradução de Dulce M. Santana Veja. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri (Espanha), Tomo LIX, 2008. p. 07.

³¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. Vol. 1. Munique (Alemanha): C. H. Beck. 2006. p. 46.

³² ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. pp. 31 e ss.

³³ ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? In: *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006 p. 02.

³⁴ Por exemplo, JAKOBS parece não dar tanta atenção à teoria do bem jurídico em sua doutrina, para a qual a função do direito penal é a proteção do próprio sistema normativo (cf. JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madri (Espanha): Marcial Pons. 1997. pp. 225 e ss.).

³⁵ Conferir, entre outros: ROXIN, Claus. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. pp. 08 e ss.

penalmente relevante exposto ao perigo de uma lesão ou a uma lesão efetiva caberá a intervenção do Estado por meio de proibições e as respectivas sanções penais.

1.3.2. Funções do bem jurídico

Podemos destacar quatro principais funções do bem jurídico na teoria do delito. Resumidamente, cabe ao bem jurídico desempenhar as seguintes tarefas: (1) garantir ou limitar o direito de punir do Estado; (2) interpretar a norma penal; (3) individualizar a pena; (4) sistematizar a lei penal.³⁶ A principal delas, para o fim deste trabalho, é a de limitar o poder punitivo estatal, impedindo o uso exacerbado e arbitrário do direito penal contrariamente aos preceitos do Estado democrático de Direito.

A função limitadora do bem jurídico pode ser analisada tanto no plano legislativo (lei abstrata) quanto no plano judiciário (caso concreto). Cabe ao legislador verificar a necessidade de proteger penalmente determinado bem jurídico e, com a edição da lei, deve o juiz analisar se, no caso concreto, houve a lesão ou o perigo de lesão que a norma pretende coibir. Tal medida visa justamente à inclusão da lesão ao bem jurídico no plano do tipo penal. Não se pode negar o caráter político-criminal da função limitadora, pois obriga-se o legislador e o operador do direito a fazer uso do direito penal nas situações de extrema necessidade.

A tipicidade formal é a mera adequação do fato concreto à descrição típica. A tipicidade material é a efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Tipicidade, portanto, não pode ser analisada pela mera adequação formal; há que se constatar a relação do comportamento com o bem jurídico. Por meio da tipicidade constata-se a “relação entre duas situações conflituosas: a situação configurada legalmente como crime e aquela vivida pelo agente no âmbito de sua atividade prática”.³⁷ A norma jurídica, por si só, não é capaz de tornar a conduta criminosa se não houver a devida relação com o bem tutelado. “A consideração do tipo em referência a um conflito social implica, ademais, a assunção de que a norma jurídica que proíbe ou que determina certa conduta não vale por si mesma, sem que lhe corresponda uma realidade que quer delimitar”.³⁸

³⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. pp. 48-49.

³⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 130.

³⁸ *Ibidem*. p. 130.

A relação de proteção do bem jurídico também incide na antijuridicidade do fato. Um comportamento pode ser antijurídico formal e materialmente. Formalmente o será quando não houver qualquer causa de justificação no ordenamento jurídico. Poderá ser materialmente se o desvalor do resultado implicar na violação das expectativas sociais sobre a manutenção de um valor protegido.³⁹ Quer dizer, o fato é materialmente antijurídico quando houver lesão injusta do bem jurídico, de modo que tal lesão seja a dimensão graduável do injusto penal (quanto maior a lesão ou o perigo de lesão maior o grau do injusto).⁴⁰

Não se pode olvidar dos reflexos da teoria do bem jurídico também na culpabilidade. O fato é culpável quando o sujeito poderia conhecer a antijuridicidade do fato (agir contrariando o ordenamento jurídico). O potencial conhecimento da ilicitude está diretamente ligado à consciência de que existe uma lesão a um bem jurídico tutelado pela norma e de que não há uma causa de justificação capaz de amparar a conduta. Na ausência desta consciência de que o fato é injusto, incide o erro de proibição, capaz de retirar a responsabilidade penal do agente.⁴¹

Percebe-se, pois, que há quase unanimidade em aceitar o caráter lesivo de um comportamento como requisito fundamental para sua criminalização. Trata-se do conteúdo da norma proibitiva. Não se justifica a distinção entre mera violação do ordenamento jurídico e o conteúdo lesivo da conduta. O crime só pode ser considerado como tal se a transgressão à norma representar efetiva lesão aos interesses por ela tutelados.⁴²

1.3.3. Delimitação constitucional do bem jurídico

Apesar das dificuldades de conceituar o bem jurídico, há que se afirmar que um interesse só pode receber tutela penal se houver previsão constitucional. Se o interesse não for reconhecido como relevante pela Constituição Federal, não merecerá a proteção de natureza penal. Aqueles valores reconhecidos na Carta Magna como fundamentais à manutenção do Estado democrático de Direito deverão, concretamente, ser reconhecidos no

³⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. Montevideu (Uruguai), Buenos Aires (Argentina): Julio César Fairo Editor. 2008. p. 163.

⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 220.

⁴¹ *Ibidem*. pp. 298 e ss.

⁴² ESER, Albin. *op. cit.* pp. 363-364.

plano da legislação ordinária como bens jurídicos passíveis de tutela. Enfim, “deve-se considerar os bens jurídicos protegidos pelo direito penal como concretizações dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais”.⁴³ Não se pode olvidar, ainda, que o direito penal retira da pessoa humana, quando necessário, direitos constitucionalmente assegurados (e cláusulas pétreas), como a vida, liberdade e patrimônio.⁴⁴ Exemplos não faltam: uma pessoa pode matar outra em legítima defesa, quando necessário; em caso de condenação, não sendo possível conversão de pena, o sujeito sofrerá restrição da liberdade; a pena de multa diminui o patrimônio do condenado.

Deve-se ter em consideração que o sistema constitucional brasileiro é demasiado amplo. A Constituição Federal é composta por diversos dispositivos, ao contrário de outras que são mais restritas. Nossa Carta Magna pode ser classificada como analítica, pois seu texto normatiza vários aspectos da vida social, como a economia, a vida familiar, o meio ambiente, a seguridade social etc. Contrapõe-se à Constituição sintética, como a dos Estados Unidos, cujo texto normatiza apenas a estruturação dos poderes componentes e declara os direitos fundamentais.⁴⁵

Por causa de sua extensa amplitude, deve-ser ter cuidado para utilizar o texto constitucional como limite de elaboração dos bens jurídico-penais. Se todos os interesses previstos na Constituição brasileira receberem tutela penal, teríamos uma legislação contrária ao princípio da subsidiariedade. Portanto, quando se afirma que todos os bens jurídico-penais devem ter previsão constitucional não significa que todos os interesses previstos na Constituição são dignos de tutela penal. Quando houver reconhecimento de um bem digno de tutela penal pelo constituinte, cabe ao legislador avaliar a necessidade de proteção criminal.⁴⁶

Assim, temos a Constituição Federal como limite ao processo de criminalização mas que não obriga a tutela penal. Cabe ao legislador verificar a necessidade de resguardar penalmente um interesse previsto constitucionalmente e elaborar o bem jurídico respectivo. O princípio da lesão (*harm principle*), que adiante será exposto, serve como referencial à

⁴³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. op. cit. p. 20.

⁴⁴ BRANDÃO, Claudio, Significado político-constitucional do direito penal. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) *Direito penal* contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 120.

⁴⁵ AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 37.

⁴⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 107.

elaboração da norma e sua respectiva aplicação ao caso concreto. Portanto, um dos indícios de que o princípio da lesão pode ser invocado é a lesão ou perigo de lesão a um interesse previsto na Carta Magna. No entanto, reitera-se, não há vinculação, deve ser feita cuidadosa análise da necessidade de criminalização.

1.4. O Liberalismo como reitor do estado democrático de direito

Para discorrer sobre os princípios morais do direito penal, precisamos delimitar as características de um Estado cunhado pelo liberalismo. Só faz sentido discutir os limites morais do direito penal quando há um Estado democrático de direito fundado nas liberdades individuais e na dignidade da pessoa humana. Para um Estado autoritário, não há o que se discutir: o direito penal não encontra limites. Não é uma legislação penal irrestrita que se deseja, mas sim o seu uso moderado no controle social formal.

A doutrina do liberalismo demanda a proteção substancial da liberdade individual, incluindo a liberdade de consciência, expressão, associação, trabalho e, mais recentemente, sexualidade – liberdades estas nas quais o Estado não pode intervir, exceto para proteger de lesões provocadas por outros.⁴⁷ A atitude liberal é a expressão subjetiva de nossa crença na liberdade objetiva. Não podemos ter liberdade a menos que nela acreditemos. A crença, em si mesma, deve exprimir atitude liberal para com os outros.⁴⁸

O liberalismo emergiu como um importante movimento na Europa no século XVI. Atualmente, com a queda do comunismo, é a ideologia dominante em muitas partes do mundo, especialmente no ocidente. Apesar das divergências encontradas entre os próprios liberais quanto aos fundamentos desta doutrina, a linguagem básica do liberalismo – direitos individuais, liberdade, igualdade de oportunidades – tornou-se a linguagem dominante do discurso das democracias mais modernas.⁴⁹

A tese central do liberalismo contemporâneo é de que o governo deve ser neutro nos debates sobre a boa vida humana. Cada um deve exercer sua autonomia para fazer o que é

⁴⁷ KYMLICKA, Will. Liberalism, In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford. 2005. p. 514.

⁴⁸ GREENE, Theodore Meyer. *Liberalismo: teoria e prática*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: IBRASA. 1983. p. 31.

⁴⁹ KYMLICKA, Will. op. cit. p. 514-516.

melhor a si mesmo, respeitando o direito de terceiros. Os políticos de esquerda criticam o liberalismo justamente pela possibilidade da concorrência dos mais fortes contra os mais fracos, sempre com a vitória dos primeiros, especialmente numa economia de livre mercado.⁵⁰ As acusações de individualismo puro são rebatidas, uma vez que o liberalismo prega a autonomia individual com respeito à autonomia dos demais. Inclusive, quando houver qualquer atentado aos direitos de terceiros poderá o Estado usar da sua soberania para intervir nos conflitos.⁵¹

Críticas dos militantes de direita ao liberalismo também não faltam. Alguns dizem que a ênfase liberal na autonomia e na neutralidade do Estado deixa de lado valores como tradição, comunidade ou participação popular, ou então não é capaz de limitar a liberdade individual quando necessário.⁵² Os liberais respondem com argumentos bastante enfáticos. Greene, por exemplo, descreve o liberal como pessoa que não se identifica com uma doutrina específica ou grupo de doutrinas políticas, econômicas, sociais ou teológicas: o liberal age conforme sua consciência e aceita democraticamente os valores e opiniões alheios.⁵³ Se os valores tradicionais ou religiosos forem os melhores, o liberal os seguirá; caso contrário, apenas os respeitará. Respeitam-se os valores alheios assim como os seus próprios.

O liberalismo, como doutrina de respeito à autonomia individual, pode e deve, em opinião aqui sustentada, influenciar o direito, uma vez que as normas jurídicas devem atender aos clamores da restrição mínima e suficiente da liberdade. Desse modo, o liberalismo jurídico (*legal liberalism*) pode ser a orientação para o processo de criminalização de condutas realmente lesivas e ofensivas a interesses alheios ou a interesses de pessoas incapazes de consentir sobre a disposição dos próprios bens. O liberal compreende o direito penal como instrumento a ser usado em casos extremos. Os moralistas, ao contrário, defendem um alcance maior das proibições.

Historicamente, como será visto a seguir, houve um debate doutrinário entre Hart e Devlin, marcado pelo contraste entre duas teorias de criminalização: o liberalismo e o

⁵⁰ BLACKBURN, Simon. *Oxford dictionary of philosophy*. p. 209.

⁵¹ GAUS, Gerald. Liberalism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/liberalism/>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

⁵² WEITHMAN, Paul J. Liberalism. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge dictionary of philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge. 1999. p. 503.

⁵³ GREENE, Theodore Meyer. op. cit. p. 35. Também: KRAYNAK, Robert P. John Locke: from absolutism from toleration. *The American Political Science Review*, vol. 74, n.º 01, mar. 1980. pp. 53-69.

moralismo legal. Liberalismo legal (ou jurídico) é a visão segundo a qual a única razão moralmente legítima para a proibição criminal de condutas é a prevenção de lesões ou ofensas a pessoas alheias ao próprio agente e incapazes de consentir. O moralismo legal é diferente: às vezes é legítimo criminalizar condutas para prevenir ações simplesmente porque tais condutas são “inerentemente imorais” (imorais por si mesmas), mesmo que não causem lesões ou ofensas não consentidas a terceira pessoa.⁵⁴

A concepção de Estado democrático de direito aqui adotada está pautada na valorização da autonomia individual pela qual a pessoa pode decidir e agir conforme sua consciência, desde que não atinja interesses de outros sem o consentimento. O fundamento moral da criminalização, portanto, deve ser compreendido como um meio de assegurar a identidade da humanidade (generalidade das pessoas), sendo imparcial na imposição de comportamentos e respeitando as particularidades de cada um. Esse ponto de vista moral permite a concepção de uma justiça universal orientada à auto-realização pessoal fundada na coerência e maturidade da pessoa.⁵⁵ Por identidade da humanidade compreende-se a capacidade de agir pela razão e, por meio desta, cada um pode decidir o que é melhor a si próprio.

O direito penal liberal deve restringir o mínimo de liberdade das pessoas evitando a criminalização de condutas e o envolvimento nas questões meramente morais que são pertinentes apenas aos envolvidos. O Estado liberal deve propiciar os meios para o desenvolvimento pessoal e, como consequência, cada um terá condições de optar pelo melhor caminho. Não pode haver influência na consciência por imposições, deve existir um caminho de mudanças a ser percorrido naturalmente através do ensino, da educação, da cultura e, principalmente, da dignidade. Garantir a dignidade humana é a tarefa maior do direito penal e este intento só é possível protegendo a autonomia individual.

Dignidade da pessoa humana é conceito bastante amplo e abstrato e não é o objetivo deste trabalho seu aprofundamento. Entretanto, algumas considerações devem ser feitas. Afirmar que a dignidade humana é o maior valor do ordenamento jurídico, e que dela emanam os demais, implica reconhecer o ser humano como fim em si mesmo. A dignidade

⁵⁴ MURPHY, Jeffrie G. Legal moralism and liberalism. *Arizona Law Review*, Tucson (EUA), vol. 37, n.º 73, 1995. p. 75.

⁵⁵ FERRARA, Alessandro. Two Notions of Humanity and the Judgment Argument for Human Rights. *Political Theory*, Thousand Oaks (EUA), vol. 31, n.º 3, jun. 2003. p. 405.

concretiza-se a partir do reconhecimento dos demais direitos fundamentais que a compõem, especialmente a isonomia. O Estado deve propiciar os meios para que todos tenham as mesmas oportunidades e possam optar, de forma livre e consciente, por aquilo que entendam ser melhor. Só cabe ao Estado interferir quando houver desrespeito à dignidade dos demais, isto é, a dignidade só é uma garantia ilimitada se não ferir a de outrem.⁵⁶

Não poderia fugir a dignidade humana do direito penal, pois este é o ramo mais repressor do direito. As leis penais devem ter a função de proteger a dignidade humana quando atingida por terceiros. E não pode ser qualquer forma de atentado. O comportamento deve ser efetivamente lesivo, capaz de impedir o exercício da autonomia. Se a dignidade for afetada, mas ainda for possível o exercício da autonomia, o Estado deve usar de outros meios para proteger a pessoa.

1.5. Princípio da lesão a terceiros (harm to others)

Por princípio da lesão a terceiros compreendemos a proibição legal de condutas que afetam terceiros titulares do interesse atingido por um comportamento. O Estado pode apenas coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo quando a finalidade dessa coerção for a defesa de interesses alheios, que não sejam da própria pessoa coagida.⁵⁷ Assim, *a priori*, não cabe ao Estado preocupar-se com condutas autolesivas, pois cada um é o melhor juiz sobre si mesmo.

A decisão sobre o suficiente grau de lesividade de um ato particular, ou o incômodo que ele pode gerar, sempre envolve dificuldades de julgamento para o legislador no momento de incriminá-lo e sofre influências de valores políticos e da estrutura social.⁵⁸ Uma das tentativas de distinguir os comportamentos é conceituar *lesão* e *ofensa* como condutas merecedoras de tratamentos distintos. Alguns comportamentos são lesivos enquanto outros são ofensivos. As formas como cada lesão ou ofensa atingem interesses são diversas e, por isso, as consequências jurídicas não podem ser iguais.

⁵⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 50.

⁵⁷ O conceito básico foi exposto, entre outros, por: MILL, John Stuart. *On liberty*. Harmondsworth (Inglaterra): Penguin. 1974. pp. 59 e ss.; HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory and Moral Practice*, Amsterdam (Holanda), vol. 05, n.º 04, dez. 2002. p. 357.

⁵⁸ SIMESTER, A. P., SULLIVAN, G. R. op. cit. p. 07.

As condutas lesivas são aquelas que merecem a reprimenda penal, pois atingem interesses pessoais e impedem o exercício da autonomia. Ofensas são as condutas que atingem interesses mas não impedem que a autonomia seja exercida. O problema a ser discutido é se todas as ofensas são dignas de tratamento penal ou somente algumas. É possível que algumas ofensas sejam combatidas pelo direito penal assim como outras não precisem de tamanha repressão. Por isso devemos nos ater aos princípios da lesão e da ofensa como diretrizes à legitimidade da criminalização.

Os seguidores do princípio da lesão a terceiros consideram que qualquer forma de interferência em comportamentos lesivos exclusivamente ao próprio agente configura paternalismo. O princípio da lesão está fortemente ligado ao liberalismo. O comportamento a ser proibido não pode ser uma mera violação à moral, sem que também represente uma lesão significativa. Ademais, mesmo que haja uma lesão efetiva, a conduta não pode ser criminalmente reprimida se houver consentimento do ofendido. A aceitação da lesão pelo titular do interesse atingido é exceção ao princípio. Impedir o direito penal que alguém exerça seu direito de dispor de um bem jurídico seria um atentado ao direito fundamental da independência moral.⁵⁹

O liberalismo aplicado ao problema dos limites do direito penal requer compromisso com a presunção em favor da liberdade, mas tal presunção pode ser concebida, em um extremo, como forte o suficiente para ser sempre decisivo e, no outro, fraco o suficiente para ser superado por outros princípios limitadores.⁶⁰ Não se adota aqui um conceito radical de liberalismo para legitimar as normas penais. Considera-se que o Estado não pode interferir nas escolhas de pessoas capazes e conscientes das eventuais consequências. Quando o indivíduo não estiver em condições de refletir sobre suas escolhas o Estado deve exercer seu papel de proteção à dignidade, permitindo à pessoa incapaz desenvolver, num momento futuro, sua capacidade de autonomia.

1.5.1. Princípio da lesão

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Boston (EUA): Harvard University Press. 1985. pp. 180 e ss.

⁶⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1984. p. 14.

Para o direito penal, a distinção entre lesão (*harm*) e meras ofensas (*offenses*) é de fundamental importância para delimitar as condutas que impedem o livre exercício da autonomia das pessoas. Há diversas espécies de comportamentos humanos que atingem interesses alheios, no entanto, nem todos atingem a autonomia. Mesmo assim, o ordenamento jurídico-penal vem demonstrando preocupação com atos aparentemente sem importância ao meio mais repressivo do Estado. O princípio da lesão, de cunho liberal, impõe que a intervenção do Estado apenas está justificada para regular comportamentos quando estes provocam lesão a terceiros (*harm to others*). Condutas que meramente atinjam interesses próprios de quem age ou que sejam apenas imorais não podem ser reguladas pelo Estado. Nesse sentido está a célebre colocação de Mill:

O princípio afirma que o único fim para o qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer membro da comunidade é a autoproteção. O único propósito para o qual o poder pode ser corretamente exercido sobre os membros de uma comunidade civilizada contra sua própria vontade é prevenir a lesão a terceiros. O próprio bem da pessoa, físico ou moral, não é uma autorização suficiente.⁶¹

Podemos destacar três aspectos dessa passagem. Primeiro, alguém só pode interferir no comportamento de outrem para buscar a própria proteção. Se o ato do agente não atingir interesses alheios, a ninguém é dado o direito de impedi-lo de prosseguir. Segundo, o Estado possui legitimidade tão somente para proibir comportamentos prejudiciais a terceiros que não sejam a própria pessoa que está agindo. Por fim, o próprio bem de um indivíduo não é condição suficiente para proibi-lo de agir contra seus interesses.⁶²

O princípio da lesão, assim, procura proteger a independência das pessoas quanto às decisões sobre a própria vida. Tais resoluções incluem a disposição de bens próprios e regras de conduta que, apesar de imorais, não atingem efetivamente a independência de outros. Cabe ao Estado respeitar as escolhas que não afetem interesses alheios sem consentimento. Sabendo que apenas lesões e certas ofensas não consentidas podem ser objetos do direito penal, resta conceituar a lesão e verificar seus requisitos.

Feinberg define a lesão como a frustração ou a deficiência de um interesse. Quando existe uma lesão, o interesse da pessoa lesada encontra-se em estado pior do que se

⁶¹ MILL, John Stuart. op. cit. p. 67.

⁶² TEN, C. L. *Mill on Liberty*. Nova Iorque (Estados Unidos): The Clarendon Press. 1980. pp. 119 e ss.

encontrava antes.⁶³ A palavra “lesão”, nos moldes do direito anglo-saxão, é naturalmente entendida para fazer referência ao impedimento aos interesses de alguém, de acordo com certos padrões de valores, pois nem todas as condutas aparentemente lesivas, por si só, devem ser criminalizadas. Lesão, portanto, deve ser interpretada restritivamente apenas àquelas condutas que devem ser reconhecidas pelo direito penal como suficientemente prejudiciais aos interesses das pessoas.⁶⁴

É preciso prestar atenção, pois o princípio da lesão não implica somente dano efetivo ao interesse do indivíduo. Os graves perigos de dano também são abrangidos pelo princípio, de modo a se permitir a seguinte leitura: somente será legítimo ao Estado proibir criminalmente comportamentos que frustrem direitos ou que os ameacem de forma grave. A grave ameaça de frustração a um direito é aquele comportamento que, por muito pouco, não concretiza a frustração propriamente dita. Portanto, não é qualquer perigo subjetivamente concebido, deve ser o limiar de um prejuízo efetivo objetivo.⁶⁵

Não há consenso quanto à aplicabilidade do princípio da lesão. O conceito de lesão (*harm*) pode apresentar-se muito vago e subjetivo, dificultando aquilo que os defensores do princípio propõem: a manutenção da liberdade. Para seus críticos, o princípio é muito simplista e tecnicamente pouco aplicável ao direito. Assim, há quem proponha o princípio das ocorrências legalmente cognoscíveis (*legally cognizable occurrences*), cujo enunciado seria: “a coerção do Estado somente pode ser aplicável para prevenir ocorrências legalmente cognoscíveis”. Ou seja, a lei deve determinar o que é lesivo ou perigo a um interesse, reduzindo o poder de avaliação do juiz no caso concreto.⁶⁶

Discorda-se da opinião de que há pouca utilidade para o princípio, uma vez que a lesão não pode ser ignorada pelo magistrado na verificação de cada caso individualmente. A lei não consegue prever todas as hipóteses em que um interesse pode ser atingido por uma conduta. Conferir poderes ao juiz para verificar a lesão na hipótese concreta é meio para descartar as situações em que não tenha ocorrido efetiva lesão como a norma se propôs

⁶³ FEINBERG, Joel. op. cit. pp. 33 e ss.

⁶⁴ STEWART, Hamish. The limits of the harm principle. *Criminal Law and Philosophy*, Holanda, vol. 04, n.º 01, ja. 2010. p. 19.

⁶⁵ KNOWLES, Dudley R. A Reformulation of the Harm Principle. *Political Theory*, Thousand Oaks (EUA), vol. 06, n.º 2, mai. 1978. p. 241.

⁶⁶ SMITH, Steven D. *The Hollowness of the Harm Principle*. Social Science Research Network. Legal Studies Research Paper Series, set. 2004. pp. 01-61. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=591327>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

a prevenir. O princípio da lesão deve servir ao legislador, quando elaborar a norma incriminadora, e ao operador, quando este estiver diante do caso concreto. Sua utilidade incide não apenas na verificação da lesão, mas também na sua dimensão, oferecendo meios para a aplicação de uma pena proporcional ao dano causado. O *harm principle* aparece como instrumento de manutenção da proporcionalidade da pena no caso concreto.⁶⁷

O princípio da lesão deve ser, inclusive, alçado à condição de princípio constitucional como meio para prevenir o Estado de privar as pessoas de sua liberdade por causa de comportamentos pouco ofensivos que não causam danos. Como princípio constitucional, o legislador, numa perspectiva *ex ante*, deve guiar-se pela seriedade do comportamento e não apenas por sua reprovação moral. E o juiz, no momento posterior, avaliando o caso concreto (*ex post*), determina a culpa se houver lesão e nenhuma causa de justificação ou exculpação estiverem presentes.⁶⁸ Assim, o princípio da lesão pode servir como garantia do direito constitucional à liberdade pessoal e não sofreria interferência do Estado nesta esfera.⁶⁹ Mesmo na Constituição Federal brasileira está garantido o direito à liberdade individual, que só deve (ou deveria) ser flexibilizado nos casos em que houver abuso para prejudicar terceiros.

Alguns limites são impostos por Feinberg ao princípio da lesão. O autor entende que não há plausibilidade em incriminar ações que causem alguma lesão sem violar direitos, por exemplo, afetar algum interesse em competições legítimas ou agir mediante consentimento livre da suposta vítima. O sentido de lesão, como utilizado pelo princípio, deve representar a coincidência entre dois preceitos: apenas obstruções a interesses que sejam ilegais e ilegalidades que representem embaraços a interesses podem ser consideradas lesões no sentido apropriado ao direito penal.⁷⁰ O princípio da lesão reconhece que uma causa de justificação, como a legítima defesa ou o exercício regular de um direito, pode gerar uma lesão ao interesse de alguém sem configurar um crime, o mesmo vale para o consentimento do ofendido.

Kleinig aponta quatro sentidos possíveis ao termo “lesão” (*harm*): (1) lesão pode ser uma experiência psicológica negativa, como o sofrimento; (2) também pode ser concebida

⁶⁷ ESER, Albin. op. cit. p. 347.

⁶⁸ BAKER, Dennis J. Constitutionalizing the Harm Principle. *Criminal Justice Ethics*, Nova Iorque (EUA), vol. 27, n.º 2, 2008. p. 04.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 12.

⁷⁰ FEINBERG, Joel. op. cit. p. 36 e pp. 105-118.

como angústia ou lamento por uma perda; (3) lesão como resultado negativo de uma conduta exclusivamente humana, ou seja, apenas o ser humano pode provocar lesões; (4) o sentido jurídico de lesão é a violação de um interesse legalmente protegido.⁷¹ Este último é o que interessa ao direito penal. Mais adiante, o autor expõe os sentidos que o termo “interesse” pode ter: (1) se dissermos que “X está interessado em Y”, interesse possui o significado de atenção, ou seja, X está prestando atenção com interesse em Y; (2) interesse pode ser o objeto de desejo de uma pessoa, como derivação do primeiro sentido; (3) interesse é algo relacionado ao bem estar da pessoa, num contexto consequencialista, em que lesar o interesse de uma pessoa implica reduzir seu bem estar.⁷² Bem estar que deve ser compreendido, para efeitos de criminalização, como interesses individuais com repercussões para a sociedade.⁷³

Interesses individuais não podem ser completamente separados dos coletivos. Não raro o bem estar individual depende da proteção de interesses coletivos dos quais o indivíduo não pode se distanciar. Por exemplo, o bem estar de cada pessoa depende do bom funcionamento do Estado, da estabilidade da economia, da confiança no sistema financeiro etc. Portanto, alguns interesses coletivos merecem a proteção penal não por si mesmos, mas porque deles depende o pleno bem estar individual. As versões mais extremadas do *harm principle* negam a possibilidade de criminalizar condutas que atinjam diretamente interesses que não sejam humanos (como, por exemplo, os maus tratos de animais).⁷⁴ Pode-se até discutir a não aplicabilidade do princípio da lesão, não obstante, se o sentimento de reprovação for de uma profundidade que o torne insuportável, o princípio da ofensa legitimaria a sanção criminal.

Apontando as relações entre o *harm principle* e o sistema de proteção de bens jurídicos, Eser afirma que considerar a lesão apenas como a infração a uma lei que protege determinado interesse significa apontar a antijuridicidade⁷⁵ formal da conduta. O autor analisa diversos conceitos de crime formulados pelos doutrinadores mais antigos do direito anglo-saxão, como, por exemplo, Blackstone, para o qual crime é “a violação de uma lei

⁷¹ KLEINIG, John. Crime and the concept of harm. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 15, n.º 01, jan. 1978. p. 27.

⁷² *Ibidem*. pp. 28-30.

⁷³ *Ibidem*. p. 35.

⁷⁴ BAKER, Dennis J. Harm principle vs Kantian criteria for fair, principled and just criminalisation. pp. 85 e ss.

⁷⁵ Traduzimos a palavra *wrong* por *antijuridicidade*, por entendermos ser melhor aplicável ao caso, pois *wrong* tem o sentido de algo contrário ao ordenamento jurídico, ilegal, ilícito.

pública por meio de ações ou omissões”.⁷⁶ Isso seria insuficiente, pois a norma incriminadora precisa de um conteúdo material, preocupação que só viria no século XX, como, por exemplo, na obra de Burdick.⁷⁷ Portanto, para preencher a antijuridicidade material de um comportamento, deve-se considerar que lesão não é a mera “quebra” do ordenamento jurídico, mas também a violação ao objeto ao qual a norma criminal é designada a proteger.⁷⁸

A teoria do bem jurídico tem como fundamento interesses humanos e a sua proteção pelo ordenamento jurídico, especificamente pelo tipo penal. O princípio da lesão, na versão de Feinberg, também tem como conteúdo interesses humanos, dentre os quais se destacam os interesses da personalidade (ausência de contatos físicos lesivos, liberdade física, ausência de desgastes emocionais), da propriedade (uso e posse de bens móveis e imóveis, em suas perfeitas condições), da reputação, das relações domésticas (solidariedade familiar, fidelidade marital) e da privacidade (ausência de intromissão física na solidão, ausência de divulgação não autorizada das intimidades).⁷⁹ O autor reconhece que nem todos os interesses são tutelados pelo direito penal, alguns estão sob proteção mediante a compensação/reparação econômica do dano causado. O que não se pode negar é a relação desses interesses com o bem estar, seja físico, seja mental.⁸⁰

A preocupação do princípio da lesão com o bem estar (*welfare*) é bastante presente na doutrina da *common law*. Há definições mais simples de bem estar, como felicidade que somente o indivíduo pode sentir⁸¹, assim como definições mais complexas, como a relação do bem estar com a economia ou com as relações sociais do sujeito. Os níveis de bem estar que o indivíduo alcança dependem de suas preferências e estas (as preferências) estão sob seu controle de acordo com as condições proporcionadas pelo Estado por meio da

⁷⁶ ESER, Albin. op. cit. p. 352.

⁷⁷ BURDICK, Willian Livesey. *The law of crime*, vol. 1. Londres (Inglaterra): M. Bender & Co. 1946. pp. 170 e ss; SIMESTER, A. P., SULLIVAN, G. R. op. cit. pp. 07 e ss.

⁷⁸ ESER, Albin. op. cit. p. 348.

⁷⁹ FEINBERG, Joel. op. cit. p. 61.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 62.

⁸¹ NG, Yew-Kwang. *Welfarism and utilitarianism: A Rehabilitation*. *Utilitas*, Oxford (Inglaterra), vol. 2, n.º 02, nov. 1990. p. 173.

distribuição de meios adequados. Ou seja, o bem estar depende da colaboração externa para que a pessoa tenha as condições necessárias e suficientes para maximizar sua felicidade.⁸²

A concepção de bem estar não foge ao conceito de autonomia do ser humano. O exercício pleno da autonomia passa pela abertura de oportunidades e a preservação de direitos individuais e coletivos. Quanto mais oportunidades são oferecidas ao sujeito, maiores as possibilidades de viver autonomamente e, assim, desfrutar ao máximo do seu bem estar.⁸³ O direito penal deve maximizar o bem estar proibindo condutas lesivas que atinjam a autonomia individual, seja preservando interesses individuais, seja preservando os interesses coletivos mínimos para o desenvolvimento pessoal.

A preocupação do direito penal com o bem estar não pode ser ampla e irrestrita. Tamanha subjetividade do conceito pode gerar uma interpretação extensiva e incriminar meros incômodos morais. Assim, para efeitos do direito penal, bem estar deve ser compreendido como o exercício da autonomia, ou seja, o direito de agir conforme a sua autodeterminação. Um conceito que se coaduna com o direito penal mínimo é o bem estar restrito ao exercício da autonomia, quer dizer, a proteção da pessoa contra eventuais obstáculos impostos por terceiros, sem seu consentimento, a usufruir um direito. Restrição à autonomia porque não configura lesão um mero aborrecimento, uma importunação ou uma leve ofensa. O direito penal deve cuidar de eventos graves aos interesses pessoais.

1.5.2. Princípio da ofensa

O princípio da ofensa (*offense*), na versão proposta por Feinberg, enuncia que “há sempre uma boa razão para defender uma proibição criminal proposta que poderá ser um meio efetivo de prevenir sérias ofensas (em comparação às lesões) a outras pessoas que não sejam o próprio agente, e esta proibição é provavelmente um meio necessário para este fim”.⁸⁴ O autor considera que as ofensas sérias, passíveis de serem punidas pelo direito

⁸² ARNESON, Richard J. A Defense of Equal Opportunity for Welfare. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Tucson (EUA), vol. 62, n.º 02, mai. 191. p. 188.

⁸³ GRIFFIN, James. Welfare Rights. *The Journal of Ethics*, Holanda, vol. 04, n.º 01, jan./mar. 2000. pp. 40-43.

⁸⁴ FEINBERG, Joel. *Offense to others*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1985. p. 56.

penal, não são lesões (*harm*) e, portanto, merecem tratamento diferenciado.⁸⁵ Nem sempre os crimes são lesivos, podem ser também ofensivos a determinados interesses.

Algumas situações provocam um estado de aflição moderada nas pessoas, como, por exemplo, esquecer o nome de alguém, não responder positivamente a um convite, chegar atrasado a um compromisso, usar palavras violentas como provocação, levar alguém a sentir vergonha, embaraço ou ficar chocado. Dentre tantas situações possíveis de causar incômodos, algumas carregam uma carga suficiente de ofensividade para serem reconhecidas pela lei penal.⁸⁶

A pergunta que se faz é a seguinte: qual a diferença entre lesão e ofensa? Feinberg faz a distinção com fundamento fático. Lesão é a violação aos direitos de uma pessoa e que frustra seus interesses. Por exemplo, quebrar a perna de alguém impede a vítima de andar; não houve apenas a lesão corporal, houve o impedimento ao exercício da sua função locomotora. A ofensa é uma conduta que provoca uma situação de desconforto ou desprazer, resultando em inconveniência irrazoável ou intolerável.

A maior diferença entre as doutrinas de Mill e Feinberg encontra-se justamente na aceitação de ofensas, diferentes das lesões, passíveis de serem reprimidas pelo direito penal. Enquanto Mill afirma que a lesão a interesses de terceiro é a *única* forma de legitimar a intervenção no comportamento de alguém, Feinberg aponta que a lesão *também* legitima a restrição de liberdade. Para este autor, algumas ofensas podem ser proibidas pelo direito penal quando frustrarem interesses de terceiros.

Para Feinberg, ofensa, em sentido estrito, possui três requisitos: (a) o sofrimento de um estado de desgosto; (b) este sofrimento deve ser atribuído à conduta antijurídica de alguém; (c) o ofendido sente-se ressentido pelo agente ter-lhe causado este estado de sofrimento.⁸⁷ O autor faz uma lista exemplificativa de comportamentos ofensivos: afrontas aos sentidos (som em volume alto, cusparada, odor insuportável); repulsa (vomitar próximo a alguém); choque aos sentimentos moral, religioso ou patriótico; provocar vergonha,

⁸⁵ DWORKIN, Gerald. "Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law" (resenha). *The Philosophical Review*, Durham (EUA), vol. 98, n.º 2, abr. 1989. p. 239.

⁸⁶ VANDEVEER, Donald. Coercive Restraint of Offensive Actions. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 8, n.º 02, 1979. p. 175.

⁸⁷ FEINBERG, Joel. *Offense to others*. p. 02.

embaraço ou ansiedade; incômodo, aborrecimento ou frustração; medo, ressentimento, humilhação, raiva.⁸⁸

A seriedade da ofensa pode ser determinada pela intensidade e durabilidade da repugnância produzida e sua extensão, a facilidade com que as pessoas podem afastar essa repugnância e se os ofendidos assumiram voluntariamente o risco de serem atingidos. A ofensa não pode ter pouca intensidade e deve provocar uma profunda repugnância sem risco assumido pelo ofendido. Feinberg retrata os requisitos para uma ofensa penalmente relevante: (1) a magnitude da ofensa, que deve ser considerada por sua intensidade, duração e extensão; (2) um padrão razoável de evitabilidade (quando mais difícil evitar a ofensa sem inconveniência, maior sua seriedade; (3) quando houver voluntariedade em assumir o risco de ser ofendido, a ofensa perde importância para o direito penal; (4) deve-se descontar a sensibilidade anormal do ofendido para apurar a seriedade da ofensa (a maior suscetibilidade do ofendido deve ser considerada se extrapolar o padrão de tolerância normal de uma pessoa).⁸⁹

O autor prossegue indicando parâmetros para avaliar a razoabilidade, pelo legislador e pelo julgador, de um comportamento, a princípio, ofensivo: (1) a importância pessoal que é dada pelo agente, considerando suas próprias preferências; (2) o valor social atribuído à conduta do agente; (3) a liberdade de expressão, pois nenhum grau de ofensividade na opinião expressada é suficiente em si mesmo para proibir sua manifestação; (4) quanto mais possibilidades alternativas o agente tiver para expressar sua opinião, maior a razoabilidade para proibir sua conduta; (5) não é razoável permitir a liberdade de expressão quando esta for maliciosa ou odiosa; (6) o local do comportamento do agente é relevante para medir sua ofensividade (quanto mais pessoas próximas, maior o grau da ofensa).⁹⁰

Apenas as ofensas profundas devem ter relevância penal. Meros incômodos não são suficientes para alcançar a esfera criminal. No entanto, há certas formas de incômodo cuja ofensividade é tão séria que muitos defendem sua repressão por sanções penais. As ofensas profundas caracterizam-se por quatro fatores: (1) quem experimenta estas ofensas sente algo muito “sério” e “profundo”, que muito se aproxima de uma lesão; (2) mesmo quando alguém não percebe diretamente a ofensividade da conduta, outro pode ser ofendido

⁸⁸ *Ibidem.* pp. 10-13.

⁸⁹ *Ibidem.* pp. 23-35.

⁹⁰ *Ibidem.* pp. 43-45.

remotamente mesmo quando o fato ocorrer em local privado; (3) a ofensa profunda atinge fortemente alguém e não apenas um ou outro sentido (a ofensa profunda não pode ser evitada apenas com o “desvio do olhar”); (4) a ofensa profunda atinge a vítima tanto pelo lado pessoal quanto pelo lado impessoal, ou seja, a vítima percebe a ofensa como algo que atinge a comunidade como um todo, não apenas a si mesma.⁹¹

Como resta claro, a ofensa restringe-se a um sentimento desconfortável, ou seja, atinge a pessoa psicologicamente. Como exemplos citados pela doutrina, há pessoas que se sentem ofendidas com um casal formado por um branco e uma negra, com homossexuais andando de mãos dadas, com relações sexuais em público. Também pessoas que carregam determinados valores ou condições pessoais que podem se sentir mais ofendidas que outras em situações peculiares. Um judeu fica mais perturbado com a suástica, assim como o negro sente-se mais desconfortável com o símbolo da KKK ou uma cruz incendiada.⁹² Há exemplos mais extremos, como o ambientalista que se sente ofendido ao ver alguém pisar na grama, uma vez que as plantas, no seu entendimento, podem sentir dor.⁹³

Feinberg admite a necessidade de se determinar um “padrão universal” para que a incriminação de ofensas não seja pendente a um lado ou outro da sociedade. Desse modo, um ato ofensivo deveria ser a reação de quem se sente seriamente ofendido, mas que a ofensa possa ser razoavelmente esperada para quase todas as pessoas escolhidas aleatoriamente, considerando a comunidade como um todo, e não selecionando o indivíduo por causa de sua facção, grupo ou partido.⁹⁴ Este seria o ponto de partida para evitar injustiças de se proibirem comportamentos ofensivos a certos grupos, restringindo a liberdade de manifestação de outros.

A doutrina percebe a parcialidade do “padrão universal”, pois uma ofensa pode, muitas vezes, atingir uma minoria e ser indiferente à maioria. Vandever trabalha o princípio do padrão razoável, segundo o qual a ofensa penalmente relevante é aquela que, mesmo não atingindo a maioria, provoca uma sensação insuportável à parte ofendida.⁹⁵ O autor, ainda, acrescenta o critério da proporcionalidade, considerando que a restrição a um

⁹¹ *Ibidem.* pp. 56-59.

⁹² VANDEVEER, Donald. op. cit. p. 177.

⁹³ *Ibidem.* p. 178.

⁹⁴ CORLETT, Angelo. The Philosophy of Joel Feinberg. *The Journal of Ethics*, University of California, vol. 10, n.º 02, 2006. p. 144.

⁹⁵ VANDEVEER, Donald. op. cit. p. 181.

comportamento é proporcional à extensão da ofensa e a dificuldade de reverter o incômodo resultante.⁹⁶ A proporcionalidade é instrumento para determinar a natureza da norma restritiva (penal ou não) e a sanção cominada e aplicada.

A ideia de Vandever soa muito interessante com o conceito de autonomia do indivíduo. A evitabilidade e a reversibilidade são critérios fundamentais para a elaboração de normas proibitivas de meras ofensas, pois preservar a autonomia individual é a utilidade maior que se quer buscar com o direito penal. A ofensa insuportável é aquela tão intensa da qual o ofendido não consegue se esquivar. Se houver capacidade de resistência à ofensa, pode a pessoa usar de sua autonomia para passar por cima do ato ofensivo e, assim, o direito penal perde sua legitimidade para interferir no conflito. A intensidade da ofensa está ligada, necessariamente, à inevitabilidade do incômodo causado, atingindo os valores da pessoa e, conseqüentemente, seu bem estar.

1.6. Princípio da autolesão (harm to self)

Considerando as propostas de Mill, alguém só pode sofrer coerção se sua conduta representar uma lesão a interesses de terceiros. Além da lesividade da conduta, esta não pode ficar restrita aos interesses da própria que pessoa que a pratica. Em vista disso, para os adeptos do princípio da autolesão, não se pode interferir no comportamento de alguém para seu próprio bem. Só há legitimidade para impedir lesões a interesses alheios e, mesmo assim, quando não houver consentimento. Diante das afirmações, é possível destacar dois elementos do princípio da autolesão: a lesão alheia e a ausência de consentimento.

Lesão alheia é aquela que atinge interesses de outro que não seja a própria pessoa que pratica o comportamento. Por isso, também, denomina-se heterolesão. Apenas lesões desta espécie podem ser impedidas pelas proibições penais, permitindo-se as autolesões quando praticadas por pessoas capazes. Dúvidas surgem quando se questiona o que seriam lesões a interesses exclusivamente próprios ou alheios, pois é possível que um mesmo interesse seja pertinente ao próprio sujeito e, simultaneamente, a terceiro.

Seria possível provocar lesão a um interesse sem afetar outros indivíduos que não sejam seu titular? Ou, de alguma forma, mesmo que indiretamente, outras pessoas são

⁹⁶ *Ibidem*. pp. 191-192.

afetadas? O foco da discussão é a existência ou não de lesões que atinjam exclusivamente o próprio titular do interesse. Por exemplo, se A resolve doar todo seu patrimônio a uma instituição, poderia o Estado intervir nesta conduta para resguardar interesses de seus familiares? Ou, então, impedir que alguém cometa o suicídio seria uma forma de preservar as pessoas próximas do sofrimento pela perda de um ente querido?

Mill afirma que nenhuma pessoa é um ser inteiramente isolado (*no-man-is-an-island principle*). É impossível um indivíduo praticar uma conduta séria e permanentemente lesiva a si mesmo sem causar alguma forma de prejuízo a quem está próximo.⁹⁷ Desse modo, as heterolesões que interessam são os prejuízos diretos causados a terceiros (por exemplo, furtar, roubar, provocar lesão corporal). É ilegítimo o Estado intervir por meio da coerção para evitar as autolesões que possam provocar prejuízos remotos ou indiretos a terceiros.

Deve-se ter cuidado com tal afirmação para não confundir lesão com outras formas de prejuízo. Dizer que indiretamente uma pessoa pode ser prejudicada pelo comportamento alheio não significa que haverá uma lesão no sentido proposto por Feinberg. No caso do suicídio, os familiares do suicida não sofrem uma lesão, mas apenas prejuízos psicológicos e, se forem também materiais, não são ilícitos (*wrongs*). Se a pessoa que se matou era a mantenedora da família, há um prejuízo econômico, porém, não ilegal. Importante, assim, compreender o princípio *no-man-is-an-island* como aquele segundo o qual uma autolesão pode gerar prejuízos remotos ou indiretos a terceiros, mas que não podem ser considerados heterolesões.⁹⁸

O princípio da autolesão, aplicável ao Estado liberal e democrático de Direito, não permite a legitimação de proibições fundadas em prejuízos remotos ou indiretos. Por isso, não se pode confundir a heterolesão com os prejuízos remotos. Permitir a ampla interpretação das consequências de um comportamento pode levar a arbitrariedades do direito penal e criar um conflito com o sistema de proteção de bens jurídicos, pois a incriminação pode extravasar o âmbito de proteção da norma. Além disso, quando a norma não existir, permite-se ao legislador criar bens jurídicos ambíguos e vagos para justificar a criação de tipos penais duvidosos (por exemplo, pode ser criado um tipo penal que puna a

⁹⁷ MILL, John Stuart. op. cit. p. 126.

⁹⁸ KNOWLES, Dudley R. op. cit. p. 236.

tentativa de suicídio como forma de proteger o sentimento dos parentes do suicida frustrado).

Autolesão pode ser conceituada como a restrição ao exercício da autonomia provocada pelo próprio sujeito que sofre tal prejuízo. Em sentido amplo, a autolesão é um comportamento praticado pela própria pessoa contra si mesmo ou a permissão para que outrem o faça. Fazem parte do princípio da autolesão, portanto, as próprias condutas da pessoa lesada e as heterolesões consentidas, comportamentos de terceiros que afetam interesses com o consentimento de seus titulares. Enfim, provocar um prejuízo em si mesmo é uma conduta autolesiva, assim como consentir para que outrem o faça.

Um dos elementos mais importantes para a configuração de uma heterolesão consentida é a capacidade de consentir. O titular do interesse, ao consentir validamente, concede permissão ao terceiro e abre mão da proteção oferecida pelo Estado. É uma espécie de delegação de poderes: o titular pode lesar seu interesse porém concede a permissão a terceiros. A diferença para o princípio da lesão é que, para este, o comportamento lesivo de outrem não recebeu o consentimento do titular do interesse atingido.

O princípio da autolesão implica alguns fatores essenciais para sua compreensão. Primeiramente, há de se considerar a soberania pessoal de cada indivíduo e seus limites. Soberania é a capacidade de agir com autonomia sem interferir no direito de terceiro. Cada um é soberano perante seus próprios interesses, excluindo-se os direitos dos demais. Os limites ao exercício da soberania pessoal estão nos pontos que tangem interesses alheios. Em segundo lugar, o ato autolesivo deve ser voluntário. O sujeito deve saber o que faz e querer seguir adiante, consciente de todas as possíveis consequências de seu comportamento. Sobre a voluntariedade, algumas regras propostas por Feinberg são bastante apropriadas: (1) quanto maior o risco de uma conduta, maior o grau de voluntariedade requerida para que esta seja permitida; (2) quanto maior a irreversibilidade da lesão da qual se assume o risco, também maior o grau de voluntariedade exigida; (3) o padrão de voluntariedade deve ser ajustado de acordo com as várias circunstâncias exigidas (por exemplo, a voluntariedade exigida para que alguém salte de um avião com para-quedas não pode ser do mesmo modelo da voluntariedade de alguém que deseja caminhar no quintal de casa, pois são situações de complexidades diferentes).⁹⁹

⁹⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. pp. 118-124.

O consentimento nem sempre é válido, uma vez que pode apresentar falhas ou simplesmente desaparecer. São os casos em que o sujeito faz suas escolhas mediante coerção, desespero, defeito de compreensão (fraude), incapacidade de discernimento ou qualquer forma de vulnerabilidade comprometedora. Apesar de conceder permissão ao agente, o ofendido não tem plenas condições de decidir sobre o que é melhor a si mesmo. Nestas situações, o consentimento é inválido e o Estado pode intervir na decisão do ofendido para defendê-lo de lesões que o mesmo não aceitaria caso tivesse todas as faculdades mentais.

O princípio da autolesão é regido pela regra *volenti non fit injuria*, segundo a qual a vontade do ofendido afasta a lesão. A regra é válida quando existe consciência do risco do comportamento, no entanto, é nula quando o ofendido confia na habilidade do terceiro e este age com negligência. Muitas vezes acontece uma lesão inevitável porque a probabilidade do ocorrido era grande. Por exemplo, um médico que faz uma cirurgia de risco, utilizando toda habilidade, pode não obter sucesso no procedimento porque o estado de saúde do paciente era demasiadamente frágil; diferente é a hipótese em que o médico age de maneira negligente e agrava o estado de saúde do paciente. A regra, portanto, perde sua aplicação quando o comportamento de terceiro foge ao consentimento do ofendido, ou seja, está fora do âmbito de sua confiança.¹⁰⁰

Se o princípio da autolesão tolera o exercício da autonomia de uma pessoa a partir de sua vontade, seja por ato próprio, seja por conduta consentida de terceiro, deve existir o direito de abdicar da proteção do Estado quando aprovar-se a lesão a seu interesse, desde que haja requisitos para tal. Além da capacidade para consentir, o indivíduo não pode sofrer qualquer tipo de prejuízo às suas faculdades mentais, inclusive por meios ardilosos que possam revelar uma falsa aparência da realidade. Nestes casos, o Estado pode (e deve) supor que a decisão da pessoa seria diferente caso tivesse o conhecimento preciso da realidade e dos riscos de sua decisão.

No Estado liberal e democrático, o princípio da autolesão permite ao indivíduo abrir mão de seus interesses dentro de certos limites. Estes podem ser de ordem subjetiva (considerando o indivíduo que faz a opção) ou objetiva (quando se verifica o tipo de

¹⁰⁰ NYE, J.; PARRY, H. E. Consent To Medical Treatment. *The British Medical Journal*, Londres (Inglaterra), vol. 01, n.º 6170, abr. 1979. p. 1091.

interesse que se pretende atingir). Os limites subjetivos encontram fundamento na vulnerabilidade da pessoa, pois quem é vulnerável não possui discernimento suficiente sobre suas decisões. Por outro lado, os limites objetivos fundamentam-se na disponibilidade do interesse, ou seja, se o bem for indisponível, nem mesmo o sujeito completamente capaz pode decidir por sua lesão.

A questão da disponibilidade do bem jurídico não será tratada aqui, pois envolveria um trabalho próprio. Cabe apenas fazer algumas considerações sobre o posicionamento doutrinário a respeito do tema. A doutrina pátria costuma ser taxativa ao afirmar que os bens indisponíveis devem ser protegidos a todo custo, mesmo contra lesões provocadas por seu titular. Rogério Greco, por exemplo, defende a redução da pena do homicídio nos casos de eutanásia; no caso o agente deve responder pela morte, mesmo que a pedido do próprio ofendido.¹⁰¹ O autor compreende a vida como indisponível e, portanto, a eutanásia não descaracterizaria o homicídio. O mesmo autor afirma não ser válido o consentimento do ofendido sobre a disponibilidade da integridade física nos casos de lesão corporal grave.¹⁰² No mesmo sentido, Prado também concorda com a responsabilidade penal de quem pratica a eutanásia em vez de considerar o fato atípico.¹⁰³ Parece ser indiscutível na doutrina que a vida e a integridade física, em certos aspectos, são bens indisponíveis.

Desse modo, o *harm principle* pode ter duas formas de aplicação. Justifica-se primeiramente a intervenção do Estado quando a autolesão provém da decisão de uma pessoa vulnerável, pois a mesma não possui capacidade de discernimento e torna-se legítimo o consentimento presumido. Em segundo lugar, a intervenção estatal está justificada quando o bem jurídico tutelado for indisponível, independentemente da capacidade do seu titular.

1.7. Princípio da moralidade

Segundo o princípio da moralidade, o Estado pode e deve intervir na liberdade das pessoas quando sua conduta for considerada imoral, mesmo que não haja lesão efetiva a um

¹⁰¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte especial*, vol. 2. Rio de Janeiro: Impetus. 2009. p. 157.

¹⁰² *Ibidem*. pp. 300-301.

¹⁰³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. pp. 68-69.

interesse. A finalidade das proibições é prevenir comportamentos inerentemente imorais embora não lesivos ou ofensivos,¹⁰⁴ mesmo que praticados por adultos capazes em ambientes privados, sem acesso ao público.¹⁰⁵ Os liberais defendem que todos os crimes são imorais, entretanto, nem todos os atos de imoralidade merecem o *status* de crime. Os moralistas, ao contrário, defendem a plena criminalização de atos imorais mesmo que não haja um dano considerável. As proibições morais por meio do controle social formal formam o que se convencionou denominar moralismo legal.

De fato, alguns autores apontam duas versões do princípio da moralidade. A versão “forte” é a que entende ser condição suficiente e necessária a mera imoralidade para a intervenção do Estado. A outra versão, a “fraca”, assimila a imoralidade como condição necessária, mas não suficiente, para a coerção do Estado.¹⁰⁶ Entendemos que tal distinção não é precisa, pois todos os crimes apresentam grau de imoralidade e seu poder de lesão é que o distingue das ofensas. Um homicídio é lesivo e imoral, mas o incesto pode ser imoral mas não é lesivo. Portanto, compreendemos o princípio da moralidade como aquele que reconhece a coerção do Estado como legítima pela simples imoralidade da conduta.

Feinberg também classifica o moralismo jurídico em amplo e restrito. Em sentido amplo, o moralismo jurídico permite ao Estado intervir, por meio do direito penal, em certos tipos de ações que não causam danos nem ofendem qualquer um, no entanto, tais ações constituem ou causam males de outras classes. Os fundamentos do moralismo jurídico em sentido amplo seriam preservar uma forma tradicional de vida, impor a moralidade, evitar ganâncias injustas e elevar o caráter humano.¹⁰⁷ Em sentido estrito, o moralismo jurídico implica exclusivamente a imposição da moral pelo direito penal. Os males que se pretende evitar constituem imoralidades em si mesmos e devem ser reprimidos mesmo quando praticados em ambiente privativo.¹⁰⁸

As teorias moralistas podem ser divididas em dois grupos. O primeiro, da tese desintegradora, afirma que a falha no uso de sanções legais para impor um consenso moral para a sociedade pode levá-la a um colapso ou desintegração. O segundo grupo de teorias,

¹⁰⁴ DWORKIN, Gerald. Moral paternalism. *Law and Philosophy*, Holanda, vol. 24, n.º 03, 2005. p. 305.

¹⁰⁵ MURPHY, Jeffrie G. *Another look at legal moralism*. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 77, n.º 01, out. 1956. p. 50.

¹⁰⁶ CRANOR, Carl. F. Legal moralism reconsidered. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 89, n.º 02, jan. 1979. pp. 147-148.

¹⁰⁷ FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1987. pp. 03 e ss.

¹⁰⁸ *Ibidem*. pp. 05 e ss.; ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madri (Espanha): Iustel. 2006. p. 196.

da tese conservadora, defende que a sociedade tem o direito de proteger seu meio de vida e suas instituições contra comportamentos que as possam comprometer.¹⁰⁹

Dois autores, em especial, destacaram-se pela defesa da moralidade como objeto de proteção do direito penal: Lord Patrick Devlin e James Fitzjames Stephen. O primeiro é autor, entre outras, da obra *The Enforcement of Morals* e o segundo, de *Liberty, Equality, Fraternity* e *A History Of The Criminal Law Of England*. Enquanto Devlin travou um dos embates mais importantes da história da *common law*, Stephen dirigiu sua obra a contestar os argumentos liberais de Mill.¹¹⁰ Para o autor, a moral e o direito estão estritamente ligados, principalmente o direito penal, pois a pena está voltada ao sentimento moral da sociedade. É uma forma de satisfazer o sentimento de reprovabilidade da população em relação ao ato criminoso. O fundamento da pena reside no clamor social pela punição e necessidade de o Estado dar satisfação e tranquilizar as pessoas, mostrando que algo está sendo feito. Por isso, Stephen conclui que “a aliança entre direito penal e sentimento moral é sadia em todos os sentidos e vantajosa para a sociedade”. E continua: “é desejável que o criminoso seja odiado e que a pena infligida seja suficiente para restaurar uma sociedade saudável e desencorajar comportamentos inaceitáveis”.¹¹¹

Por seu turno, Patrick Devlin afirma que toda sociedade possui uma estrutura moral bem como uma estrutura política, ou melhor, há uma única estrutura sustentada por uma base política e outra moral.¹¹² Por causa dessa estrutura, uma certa moralidade é necessária e quem a julga é a própria sociedade. A lei, portanto, pode ser utilizada para preservar a moralidade necessária da mesma forma que pode ser aplicada na defesa de qualquer outro interesse vital ao meio social.¹¹³

Desse modo, Devlin mostra-se favorável à criminalização de todas as formas de imoralidades sexuais, principalmente a prostituição, pois esta existiria em função da fraqueza humana. A prostituta explora a lascívia do cliente, enquanto este tira proveito da fraqueza moral daquela. Para evitar que as pessoas explorem as fraquezas morais umas das

¹⁰⁹ GALVIN, Richard. Legal Moralism and the U.S. Supreme Court. Legal Moralism and the U.S. Supreme Court. *Legal Theory*, Oxford (Inglaterra), n.º 14, 1008. p. 95.

¹¹⁰ BOYER, Allen. The antiquarian and the utilitarian: Charles Dickens vs. James Fitzjames Stephen. *Tennessee Law Review*, Knoxville (EUA), vol. 56. 1988-89. pp. 595 e ss.

¹¹¹ STEPHEN, James Fitzjames. *A history of the criminal law of England*, vol. 01. Whitefish (EUA): Kessinger Publishing. 2008. pp. 80-82.

¹¹² DEVLIN, Patrick. op. cit. p. 09.

¹¹³ *Ibidem*. p. 11.

outras é necessário que o Estado impeça este tipo de comportamento.¹¹⁴ A justificativa para um governo estabelecido é a existência do próprio Estado. E um Estado só pode usufruir de um bem estar social com a estabilização da moralidade. Devlin indica que a história demonstra que as sociedades que não estabeleceram uma moralidade comum foram desintegradas por pressões externas. Permitir, então, a liberalidade da moral seria o primeiro passo para a ruína de uma sociedade.¹¹⁵

Imoralidade, para os propósitos do direito, segundo Devlin, é tudo aquilo que uma pessoa honrada e correta presumidamente consideraria imoral. Qualquer imoralidade é capaz de afetar prejudicialmente a sociedade e afetá-la em maior ou menor proporção e isso justificaria a intervenção da lei. A moralidade envolve interesses coletivos e particulares, sendo que o maior problema é conciliá-los. Devlin parte do pressuposto de que as gerações tendem a tolerar – e não aceitar – certas imoralidades com maior flexibilidade com o passar dos tempos. A preocupação do direito deve ser com um mínimo de moralidade e não com o máximo, pois a privacidade deve ser respeitada ao máximo.¹¹⁶

Por fim, a afirmação mais contundente de Devlin é de que erram aqueles que entendem que a lei deve proteger o indivíduo. A lei tem por objeto a sociedade, é esta que deve ser protegida. Se pudéssemos reduzir o ordenamento jurídico a um único princípio, seria o de que “a lei existe para a sociedade, não para o indivíduo”.¹¹⁷ Parte-se da premissa de que as pessoas existem para a sociedade, e não o contrário.

A criminalização de atos meramente imorais Hart denominou moralismo legal, ao criticar decisões da justiça inglesa que condenavam a prática de certos atos sexuais entre adultos capazes sob a alegação de “corromperem a moral pública”.¹¹⁸ Para o autor, não faz sentido criminalizar comportamentos sexuais entre adultos capazes quando todos consentem livremente. Não é problema do Estado a preferência sexual das pessoas e seu livre exercício. A capacidade e o consentimento retiram toda legitimidade do Estado para a persecução criminal das condutas consideradas imorais pelos demais.¹¹⁹

¹¹⁴ *Ibidem.* p. 12.

¹¹⁵ *Ibidem.* p. 14.

¹¹⁶ *Ibidem.* pp. 15-16.

¹¹⁷ *Ibidem.* p. 22.

¹¹⁸ HART, H. L. A. op. cit. pp. 06 a 08.

¹¹⁹ *Ibidem.* p. 15.

Para Hart, é necessário estabelecer duas importantes distinções: (1) distinguir paternalismo e imposição de moralidade; (2) justificar a punição e justificar o seu *quantum*. Paternalismo é a imposição de uma conduta para o próprio bem da pessoa ou para protegê-la de si mesma. A imposição de um comportamento moral tem por objetivo estabelecer regras sociais de comportamento homogêneas de acordo com valores estipulados por quem determina a regra, ou seja, o objeto do moralismo não é a pessoa restringida em sua liberdade.¹²⁰ A justificativa para uma punição é sempre a lesão ou o perigo de lesão provocado em um interesse. A mera imoralidade não é capaz de justificar a sanção criminal. No entanto, configurada a lesão, a reprovação do comportamento pode ser parâmetro para o cálculo da pena.¹²¹ Podemos usar como exemplo o homicídio praticado por motivo fútil: a lesão à vida humana justifica a pena, mas os motivos que levaram o agente a praticá-la justificam o aumento da pena, pois é moralmente mais reprovável.

Hart entende ser possível criminalizar condutas imorais quando estas representarem algum tipo de incômodo ou ofensa pública.¹²² O autor faz distinção entre meras imoralidades e condutas imorais que não sejam lesivas mas que, de alguma forma, incomodam as pessoas. Uma coisa é interferir na vida privada de um sujeito para obrigá-lo a pensar ou agir conforme um dogma (por exemplo, os valores de uma religião), outra é preservar os demais de perturbações que não são obrigados a tolerar.¹²³ Certos comportamentos sexuais, por exemplo, não são lesivos como uma relação forçada, no entanto, podem perturbar o público, como a relação sexual consentida praticada em local aberto. Hart, na verdade, assimila aquilo que Feinberg denominou princípio da ofensividade (*offense principle*), segundo o qual justifica-se a criminalização de certos comportamentos que atinjam a integridade moral de alguém. O que se extrai da obra de Hart, em síntese, é uma visão liberal de direito penal que deve se preocupar com fatos que apresentem um mínimo de gravidade, para impedir o uso da coerção estatal como forma de impor valores aos cidadãos.

¹²⁰ *Ibidem*. pp. 30-34.

¹²¹ *Ibidem*. pp. 34-38.

¹²² *Ibidem*. p. 43.

¹²³ *Ibidem*. p. 44.

Alvo de discussões doutrinárias, o Relatório do Comitê Wolfenden,¹²⁴ em sua seção 13, é claro ao afirmar que

a função do direito penal é preservar a ordem pública e a decência, proteger o cidadão do que seja ofensivo ou lesivo e providenciar a proteção necessária contra a exploração e a corrupção das pessoas, particularmente daqueles que são especialmente vulneráveis em por serem jovens, fracos da cabeça e do corpo ou inexperientes.¹²⁵

Desse modo, ficou estabelecido que o comportamento entre adultos em ambiente privado não poderia ser problema do direito penal, mesmo que a sociedade não o aceitasse como algo normal. O que acontece na vida privada de adultos capazes de consentimento importa apenas a eles, não cabe ao Estado decidir se é bom ou ruim.

Aqueles que defendem a criminalização de condutas meramente imorais entendem que as respectivas vítimas são pessoas indeterminadas ou indetermináveis, pois a estrutura da sociedade é atingida de forma a provocar sua instabilidade.¹²⁶ Se o Estado permitir as meras imoralidades praticadas reiteradamente, não haveria danos imediatos, entretanto, aumentaria o risco da desintegração da sociedade. Assim, o meio social seria a única e suficiente vítima capaz de legitimar a criminalização das imoralidades.¹²⁷ O argumento principal de Devlin é que o direito penal é legitimamente preocupado com a preservação da sociedade, pois violações à moralidade compartilhada pela sociedade tendem a afetar a estrutura social, mesmo quando tais violações não tenham uma vítima pessoal direta.¹²⁸ Um exemplo deste pensamento é o caso da prostituta que mereceria punição pelo fato de prejudicar a família do homem que a contrata para serviços sexuais, mesmo que haja consenso entre as partes, ou então a situação em que o pai bebe diante dos filhos, apesar de não ficar bêbado, uma vez que seu comportamento poderia ser mau exemplo à criança e esta, no futuro, poderia se tornar alcoólatra. Certas condutas, mesmo que sem pessoas

¹²⁴ O Comitê Wolfenden foi constituído pelo Parlamento Britânico, em 1954, com a finalidade de discutir a criminalização da homossexualidade entre adultos, situação que perdurava desde 1533. Durante três anos, houve 62 encontros entre os 13 participantes, homens e mulheres, dos quais 12 recomendaram o fim da criminalização da homossexualidade, pois comportamentos entre adultos que consentem, em ambientes privados, não são ofensivos o suficiente para a necessidade de uso do direito penal.

¹²⁵ WOLFENDEN REPORT, The. Disponível em: <www.williamapercy.com/wiki/images/Wolf.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2010.

¹²⁶ Por exemplo: STEPHEN, James Fitzjames. op. cit. pp. 18 e ss.

¹²⁷ O'BRIEN, Patricia. Crime and Punishment as Historical Problem. *Journal of Social History*, Fairfax (EUA), vol. 11, n.º 4, 1978. p. 513.

¹²⁸ MURPHY, Jeffrie G. *Legal moralism and liberalism*. p. 76.

diretamente lesionadas, mereceriam ser criminalizadas para preservar o bom meio de vida.¹²⁹

Há autores que contestam esta opinião. Para todo e qualquer crime seria condição necessária a existência de vítima. Se for impossível determiná-la, também é impossível encontrar um crime.¹³⁰ Ser vítima não significa apenas ser atingido em seu interesse. Se assim o fosse, na autolesão o titular do bem lesado seria autor e vítima de crime, simultaneamente. A vitimização implica, necessariamente, em contrariar um interesse da pessoa (*wrong an interest*). Quando a lesão for consentida, apesar do bem ter sido atingido, seu titular não foi contrariado, pois o comportamento do agente foi aceito. Uma conduta consentida não possui vítimas, já que, apesar da existência de uma lesão (*harm*), não houve contrariedade a um interesse (*wrong*).¹³¹ Assim, o fato não configuraria crime porque o direito deve respeitar a vontade do sujeito que, voluntariamente, consente em abrir mão da integridade de seu interesse.

O princípio da moralidade possui semelhanças com o princípio do paternalismo. Ambos tratam de evitar danos, convertendo-os em ilícitos penais, que não supõem um dano a outros. Ou seja, são danos que atingem a própria pessoa impedida de comportar-se da forma proibida. A diferença fundamental seria que o paternalista quer evitar que se afetem negativamente os interesses de uma pessoa, enquanto para o moralista o ato deve ser evitado independentemente de afetar ou não o interesse de alguém.¹³² A vida regada pela moral é a melhor maneira de viver e, por isso, o Estado proíbe comportamentos contrários ao que se estipulou como sendo o melhor para a própria vida.

Como visto anteriormente, Hart entende que o moralismo legal é uma parte do que se designa paternalismo, mas com ele não se confunde. Apoiado na teoria de Mill, afirma ser necessário separar tipos de resultados inadequados que se pretende evitar. Deve-se distinguir os motivos da coerção: “porque isso será melhor para ele” e “porque isso o fará mais feliz” não são a mesma coisa que “porque na opinião dos outros isso seria o correto”.¹³³ O moralismo legal parece não se importar com o que a pessoa coagida pensa

¹²⁹ WERTHEIMER, Alan. Victimless crimes. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 87, n.º 04, jul. 1977. p. 307.

¹³⁰ MURPHY, Jeffrie G. *Another look at legal moralism*. p. 51.

¹³¹ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. p. 118.

¹³² ALEMANY, Macario. op. cit. p. 197.

¹³³ HART, H. L. A. op. cit. p. 31.

ser o melhor para si mesma e sim com aquilo que os outros imaginam ser o mais adequado para o sujeito como mais um membro da comunidade, ignorando-o em sua individualidade.

O moralismo, basicamente, pressupõe que (a) as considerações morais sempre precedem as considerações de outras espécies para determinar se um ato deve ser obrigatório ou proibido; e que (b) o fato de um ato dever ser obrigatório ou proibido é precedente sobre todos os outros fatos na determinação daquilo que devemos fazer.¹³⁴ Não se faz distinção entre condutas que atinjam um interesse particular ou coletivo, uma vez que determinados valores morais estão acima de qualquer outra referência. É por isso que o moralista condena alguns comportamentos que não ultrapassam a esfera individual da própria pessoa e, ainda, apóia sua criminalização.

O moralismo apresenta uma proposição *a priori* de que todo princípio moral que conhecemos, ou estamos aptos a aceitar, é em si mesmo *a priori*, ou é derivado de algum princípio moral *a priori* conhecido somado a proposições não morais conhecidas. É a chamada tese inicial, segundo a qual existem valores que não podem ser ignorados ou alterados na composição de outras premissas. Quer dizer, é senso comum que as pessoas não podem sofrer e que a sociedade deve ser igualitária. Independentemente de como desejamos buscar o fim do sofrimento ou a igualdade, a tese inicial será sempre a mesma, qual seja, a vida deve ser boa a todos de igual modo.¹³⁵ O moralista entende que o Estado pode impor ou proibir comportamentos para obrigar a realização do modo de vida (imposição positiva), enquanto o liberal apenas quer proibir condutas lesivas a terceiros, deixando a cada um a opção de ter a vida que entende ser mais feliz.

Um julgamento do examinador é *a priori* se houver uma justificação operativa ou uma garantia de que seja independente de um contexto representativo ou da experiência do examinador ou de qualquer estado de consciência.¹³⁶ O julgamento *a priori*, em resumo, independe da avaliação do examinador do objeto. A proposição *a priori* do moralista é o meio de vida que deve ser imposto conforme o seu juízo. Para o liberal, a proposição *a priori* é deixar a cada um o direito de decidir pela própria vida desde que não interfira na vida de outrem. O liberal quer que o Estado apenas propicie as condições necessárias à livre

¹³⁴ PHILIPS, Michael. Moralism and the good. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, vol. 52, n.º 01, jul. 1987. p. 133.

¹³⁵ PEACOCKE, Christopher. Moral rationalism. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 101, n.º 10, out. 2004. p. 502.

¹³⁶ *Ibidem*. p. 504.

escolha racional e prudente do indivíduo.¹³⁷ O moralista, geralmente influenciado pelo perfeccionismo, deseja um modo de vida estabelecido anteriormente por entender ser o melhor ao sujeito. O perfeccionismo está dirigido à promoção do bem estar da pessoa, seja de ordem natural (como alcançar as virtudes), seja de ordem objetiva (conhecimento, cultura, educação, habilidades).¹³⁸ Para o perfeccionista, portanto, a elaboração de regras com a finalidade de alcançar o bem estar do sujeito faz-se legítima, mesmo que não haja lesão ou ofensa no comportamento proibido ou imposto.

Alguns autores consideram que a única justificativa para a criminalização de condutas meramente imorais é impedir a influência da imoralidade no comportamento de outrem. É o que se denomina criminalização de lesões remotas. Uma lesão remota é a que ocorre quando uma conduta inofensiva de alguém contribui para a decisão de outra pessoa cometer um crime (conduta lesiva). A primeira conduta está indiretamente (ou remotamente) ligada à lesão direta proveniente da decisão influenciada de alguém.¹³⁹ Uma das vertentes da criminalização de lesões remotas é a teoria das janelas quebradas, segundo a qual se pequenos gestos reprováveis, como a prostituição ou a mendicância, forem tolerados pela sociedade, outros comportamentos mais agressivos seriam incentivados pela demonstração de impunidade pelo Estado. Essa teoria, fundamentada num utilitarismo extremo, é objeto de inúmeras críticas da doutrina, especialmente pela falta de critérios no processo de criminalização.¹⁴⁰

No Brasil, a parte especial do Código Penal foi influenciada pelo moralismo legal no reformado capítulo dos crimes sexuais. O que hoje se denomina “crimes contra a dignidade sexual”, até a alteração promovida pela Lei 12.015/2009, constava como “crimes contra os costumes”. Hungria assim comenta a opção legislativa:

O vocábulo “costumes” é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à

¹³⁷ ARNESON, Richard J. op. cit. p. 190.

¹³⁸ WALL, Steven. WALL, Steven. *Perfectionism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

¹³⁹ BAKER, Dennis J. The moral limits of criminalizing remote harms. The moral limits of criminalizing remote harms. *New Criminal Law Review*, University of California, vol. 10, n.º 03, 2007. p. 372.

¹⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas : e se a pedra vem de dentro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.11, n.º esp., out. 2003. pp. 06-08.

preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.¹⁴¹

O bem jurídico tutelado, portanto, eram os bons costumes da sociedade. Assim, se uma mulher fosse estuprada, ela não seria a principal vítima, mas sim a estrutura moral da sociedade. A forte conotação moral dos crimes sexuais foi objeto de críticas de Silveira, ao alertar sobre o excesso de tipos penais abertos e a vagueza da norma jurídica:

O frequente uso de elementos normativos do tipo em tais situações amplia, ainda mais, tal ponto, denotando as especialidades próprias deste ramo criminal. O perigo justamente está não em uma interpretação teleológica, conforme os mandamentos constitucionais, mas no reverso, consistente nas amarras morais que venham a barrar os avanços esperados.¹⁴²

Apesar de existir uma lesão efetiva (*harm*) à integridade sexual da vítima, o Código Penal considerava a moralidade pública como objeto prioritário da tutela e, assim, via-se a disparidade de crimes de extrema violência tutelarem a moral pública. Além disso, existem condutas que, a princípio, não representam lesão, como os crimes envolvendo a prostituição consentida, ou seja, casos em que a pessoa prostituída, conscientemente, diante de algumas opções, prefere buscar seus rendimentos usando o próprio corpo. Como é sabido, no Brasil não é crime ser prostituído, ilícito é, de alguma forma, explorar ou contribuir para a prostituição alheia. Quando o legislador criminaliza a exploração da prostituição, está inibindo não apenas a atividade de quem explora, mas também da própria prostituta, como forma de protegê-la indiretamente de terceiros, mesmo que esta aceite conscientemente ser gerenciada ou ajudada por outrem.

O moralismo legal, especialmente por meio do direito penal, cujas normas implicam em restrição de liberdade, não parece bem vindo nos sistemas jurídicos dos estados democráticos. Permite-se a abertura para o uso de sanção legal em nome de uma moralidade passível de erros, tanto de quem edita a norma quanto do seu receptor. Também não se justifica o rol excessivo de condutas morais sujeitas à regulamentação, resultando numa limitação severa da liberdade individual em relação a assuntos que não afetam a

¹⁴¹ HUNGRIA, Nelson, LACERDA, Romão Cortes de, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*: vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense. 1981. p. 93.

¹⁴² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. *Crimes sexuais*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. p. 40.

ninguém.¹⁴³ A mera imoralidade não é suficiente para justificar a sanção criminal; é necessário que a conduta seja tão lesiva que não haja outra solução que não seja a punição e a prevenção pelo meio da lei penal.

Se assim não fosse, o Estado poderia punir penalmente a mera intenção de se atingir um resultado lesivo, mesmo que o agente ainda não tivesse dado início aos atos preparatórios. Desejar matar alguém é imoral, mas não pode ser equiparado ao homicídio tentado ou consumado, pois nestes casos os atos executórios representam algum tipo de lesão aos interesses da vítima (seja a eliminação da vida, seja o dano à integridade física no caso da tentativa). A simples cogitação de matar alguém não cria qualquer vínculo entre o pretenso agente e a possível vítima. Não obstante, não se pode negar que há certa imoralidade em desejar a morte de outrem.

Não à toa que o direito penal não deve se preocupar, a princípio, com a cogitação e os atos preparatórios. A cogitação é a etapa do *iter criminis* desenvolvida no íntimo do agente e não pode ser abrangida pela tipicidade, conforme o princípio *cogitationis poenam nemo partitur*.¹⁴⁴ Punir a cogitação representaria verdadeiro atentado ao direito de livre pensamento e, conseqüentemente, seria uma forma de forçar a bondade ou a virtude das pessoas por meio da penalização. O direito penal não pode obrigar um pensamento homogêneo entre todos os membros de uma comunidade. Cada um pode ter seus próprios valores e pensar como quiser, desde que não concretize as ideias de forma a atingir a autonomia dos demais.

Evidente que uma pessoa que deseje o mal a outra não corresponde às expectativas do grupo social que, a princípio, gostaria de fraternidade entre todos os seus integrantes. Do ponto de vista moral, não há grandes diferenças entre desejar a morte ou matar efetivamente alguém. Mas o tratamento jurídico das duas situações não pode ser o mesmo. No caso da lesão efetiva, existe um desvalor maior tanto na conduta quanto no resultado. A autonomia da vítima foi afetada com a perda do bem jurídico vida. Ademais, punir a cogitação e o crime consumado da mesma forma, apenas pela reprovação moral, seria

¹⁴³ GALVIN, Richard. op. cit. p. 96.

¹⁴⁴ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI. José Henrique. *Da tentativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 14.

ineficiente, pois o sujeito colocaria em prática sua ideia sabendo que a punição seria a mesma se o plano ficasse apenas no seu pensamento.¹⁴⁵

Os atos preparatórios também não merecem a reprimenda penal. Muitos destes atos são condutas normais do cotidiano e sua incriminação seria uma presunção de culpa de quem os pratica. Por exemplo, quem compra uma tesoura de jardinagem pode usá-la para cuidar das plantas ou para matar alguém. Há, no entanto, comportamentos que são atos preparatórios para certos crimes e, isoladamente, podem configurar crimes. É o exemplo do porte ilegal de arma de fogo, quando a mesma é instrumento para a prática do homicídio. Não cabe a criminalização de atos preparatórios pela presunção de que o sujeito pretende praticar um crime num momento posterior. Se o ato for perigoso em si mesmo, pode ser criminalizado não por ser ato preparatório de outro crime, mas somente por seu potencial lesivo. Suposições não são suficientes para legitimar a intervenção penal.

Não restam dúvidas de que todos os crimes possuem uma carga de imoralidade. Os interesses protegidos pela norma penal são os mais importantes para uma convivência social harmônica. É altamente reprovável atingir um bem jurídico alheio sem o consentimento de seu titular, uma vez que o delito é uma forma de reduzir a liberdade de seu titular. Entretanto, a mera carga de imoralidade não é suficiente para configurar a ofensa ou a lesão exigidas para a legitimação de um crime.

Uma distinção é fundamental para entender a legitimidade do direito penal. Não se pode confundir moralidade com ética. O ético refere-se ao comportamento social, isto é, “às normas de condutas constituídas pela sociedade”. O moral, por outro lado, refere-se “às regras de conduta que cada um indica à sua consciência”. A coerção penal deve procurar materializar a “aspiração ética”, que consiste em “evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente relevantes”.¹⁴⁶ A ética, portanto, pode ser fundamento de criminalização, mas não a moralidade isoladamente.

Diante do que foi exposto, entendemos que o moralismo é importante para o processo de criminalização, porém, não é suficiente. Todo crime apresenta uma carga de imoralidade, uma vez que ameaçam a estabilidade social na medida em que a prática

¹⁴⁵ DWORKIN, Gerald. Punishment for intentions. *Mind – new series*, Oxford (Inglaterra), vol. 75, n.º 299, jul. 1966. p. 340.

¹⁴⁶ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. pp. 87-89.

reiterada de infrações tornaria inviável a vida em sociedade. No entanto, o direito penal restringe a liberdade das pessoas como um todo, por meio das proibições, e, assim, apenas as condutas que de alguma forma impedem o exercício da autonomia merecem a reprimenda criminal.

1.8. O direito penal como *ultima ratio*

Diante das diferentes argumentações da teoria do bem jurídico e do *harm principle*, constata-se que o direito penal no Estado democrático e liberal deve ser o último instrumento de resolução de conflitos por ser aquele que traz as consequências mais gravosas aos cidadãos. Percebe-se claramente que tanto no sistema romano-germânico quanto no sistema de *common law*, os autores mais liberais defendem o direito penal como *ultima ratio* do sistema jurídico, reservado apenas aos casos mais graves. Para prosseguirmos adiante no trabalho, algumas considerações devem ser feitas a respeito do direito penal como meio de solucionar conflitos.

O princípio da *ultima ratio* decorre de um imperativo político-criminal proibitivo do excesso: “não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo da liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade”.¹⁴⁷ Um direito penal subsidiário, de aplicação mínima pelo Estado, é a expressão de um ordenamento no qual o Poder Público, em especial o poder penal, estejam rigidamente limitados e vinculados à lei substancial e processualmente. Em síntese, este modelo de direito penal demonstra um Estado de direito, em contraposição ao Estado totalitário, cujo modelo é de um direito penal máximo, carente de limites e condições.¹⁴⁸

Uma proposta muito interessante para afirmar a *ultima ratio* do direito penal é a proposta de Jareborg, que vincula o processo de criminalização a seis fatores importantes: (1) o valor da culpabilidade; (2) a necessidade; (3) a moderação; (4) ineficácia; (5) custos do controle; (6) os interesses da vítima. Sobre estes fatores, o autor desenvolve três

¹⁴⁷ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*, parte geral. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 17.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Tradução de ZOMER, Ana Paula et al. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 83.

princípios relevantes: princípio do valor penal, princípio da utilidade e princípio da humanidade.

O primeiro requisito é o valor da culpabilidade, ou seja, o juízo de reprovabilidade da conduta. Para ser crime, um comportamento deve ser censurável. Parte da reprovabilidade é extraída dos valores e dos interesses que foram violados e parte deve-se à criação de risco ou de lesão originados pelo comportamento. Um ato intencional é mais reprovável que o ato culposos, o motivo que levou o agente a praticar o crime é determinante, o fato consumado é mais grave que o tentado e assim por diante.¹⁴⁹

Como segundo requisito, tem-se a necessidade. A criminalização é necessária se o resultado pretendido pelo Estado não puder ser atingido por meio menos intrusivo. A exigência, segundo o autor, deve ser analisada negativamente: em vez de afirmar que o direito penal só pode ser aplicado quando necessário, é mais eficiente dizer que a lei criminal só tem legitimidade quando os outros meios disponíveis mostrarem-se ineficazes, principalmente como forma de prevenção.¹⁵⁰

O terceiro requisito é a moderação, que também deve ser interpretado negativamente. Se a criminalização da conduta se mostrar excessivamente intrusiva, o direito penal mostra-se ilegítimo. A moderação apresenta dois aspectos: a resposta penal pode parecer desproporcional à culpabilidade do agente (aspecto que interessa à aplicação da lei penal no caso concreto) e o objetivo que se pretende alcançar pode ser reduzido comparado às medidas criminais (aspecto inerente ao processo legislativo).¹⁵¹

Como quarto aspecto o autor faz referência à ineficácia. A conduta a ser proibida criminalmente não pode fugir ao bom senso e à real capacidade do Estado. Os elementos descritos no tipo não podem ser de difícil prova, nem a proibição pode fugir dos padrões normais, pois, se a estranheza causada pela criminalização for grande, a população perderia todo respeito e toda confiança pela justiça criminal.¹⁵²

O quinto requisito apresentado é o custo do controle. Como custos do processo de criminalização podem ser destacados dois aspectos. Primeiramente, a justiça criminal é onerosa do início ao fim do procedimento (desde o inquérito policial até a decisão final do

¹⁴⁹ JAREBORG, Nils. Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*). *Ohio State Journal Of Criminal Law*, Columbus (EUA), vol. 02, 2004. p. 527.

¹⁵⁰ *Ibidem*. p. 528.

¹⁵¹ *Ibidem*. p. 529.

¹⁵² *Ibidem*. p. 529.

tribunal). O segundo aspecto são os reflexos consequentes. Criminalizar um comportamento pode implicar aumento do mercado negro e fortalecimento das organizações criminosas.¹⁵³

Por fim, o sexto fator são os interesses da vítima. O procedimento criminal, geralmente de interesse público, pode ser desgastante para a vítima. Se esta for compensada de outra maneira pelo prejuízo sofrido, o direito penal deixa de atender aos seus interesses. Em especial na ação pública, o interesse da vítima passa a ter repercussão para a Justiça Pública. Em determinadas situações, a vítima pode achar a exposição de seu problema desnecessária no procedimento criminal e uma forma mais eficaz de compensação seria mais recomendada.¹⁵⁴

Continuando o raciocínio de Jareborg, três princípios resultam dos fatores da criminalização. O primeiro é o princípio do valor penal, segundo o qual condutas que não tenham culpabilidade suficiente não podem ser criminalizadas. Quanto maior o valor penal, mais fortes as razões para tornar o fato criminoso. O segundo princípio é o da utilidade, para o qual a necessidade, os custos do controle e a eficiência devem ser considerados no processo de criminalização. Por fim, o terceiro princípio é o da humanidade, que pondera os interesses da vítima e do agente de modo a não sobrecarregar desnecessariamente nenhuma das partes envolvidas no conflito.¹⁵⁵

A proposta de Jareborg apresenta-se muito interessante como forma de conciliar a teoria do bem jurídico e o *harm principle*, buscando-se o menor uso do direito penal. Em cima das considerações expostas até agora, teceremos nossos comentários a respeito dos requisitos de legitimidade do direito penal como instrumento de controle social formal. Para confirmar a característica da *ultima ratio*, conforme a teoria do bem jurídico, não se pode refutar as considerações dos princípios da lesão e da lesividade.

Primeiramente, o direito penal não pode fugir aos princípios do Estado democrático e liberal de Direito. O Estado é democrático porque está sustentado por um ordenamento jurídico elaborado pelo Poder Legislativo, legítimo representante da população. E liberal porque não cabe ao Estado impor um estilo de vida aos cidadãos. Pode (e deve) o Estado restringir comportamentos prejudiciais à harmonia social e possibilitar o pleno

¹⁵³ *Ibidem.* p. 530.

¹⁵⁴ *Ibidem.* p. 530.

¹⁵⁵ *Ibidem.* pp. 530-531.

desenvolvimento da pessoa humana, de modo que cada um tenha condições de fazer escolhas para si autonomamente.

O atual momento do direito penal, nas palavras de Mir Puig, exige a adoção uma metodologia do direito penal politicamente comprometida. O autor propõe uma concepção tríplice de Estado para determinar os limites do poder punitivo: como Estado de direito e liberal, no que se refere a seu aspecto formal de vinculação com a lei, e como Estado social e democrático no que afeta seu conteúdo. O Estado democrático e liberal garante a *liberdade* da pessoa enquanto o Estado social efetiva a *fraternidade*. Essa união é responsável pela concretização da *igualdade* entre os cidadãos.¹⁵⁶

Os ideais políticos não podem ser desprezados ou ignorados pelo direito penal. Portanto, se vivemos num Estado democrático, liberal e social de Direito, todos estes valores devem ser agregados pela política criminal. Não se pode deixar de lado a autonomia individual e a capacidade de autodeterminação, pois cada um pode escolher o estilo de vida que desejar quando sua opção não afetar interesses alheios. Essa é a essência do liberalismo num Estado democrático: permitir que cada um escolha o que seja melhor a si mesmo. No entanto, a outra vertente, o Estado social, deve dar as condições mínimas para o desenvolvimento individual para que as escolhas sejam as melhores possíveis.

A partir das premissas do Estado democrático, liberal e social de Direito, pode-se afirmar que não cabe ao direito penal invadir a privacidade das pessoas quando o comportamento não prejudicar interesses alheios. O direito penal deve proibir condutas lesivas e gravemente ofensivas que impeçam o desenvolvimento da autonomia individual. Se não houver impedimento ao exercício da autonomia, ou seja, se a ofensa não for profunda ou se houver possibilidade do ofendido prosseguir em sua vida, não há razões para a proibição criminal.

Importante ressaltar que a disponibilidade do bem por seu titular, a princípio, também retira a legitimidade de interferência do direito penal. Se o maior interessado na preservação do bem consente na sua lesão, não pode o direito penal interferir nesta opção. Se o Estado entender que o sujeito não fez a melhor escolha, que se utilizem outros meios para conscientizá-lo que não sejam a incriminação.

¹⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideu (Uruguai), Buenos Aires (Argentina): Julio César Faira Editor. 2007. pp. 277-278.

Em vez de criar a norma e depois buscar sua justificativa, o legislador deve, primeiro, identificar o interesse concreto a ser protegido e verificar a viabilidade de fazer uso do direito penal. Criar o tipo antes e buscar a justificativa depois é uma maneira de burlar a própria legitimidade do direito penal como instrumento de *ultima ratio* na resolução de conflitos. Os esforços não devem se concentrar em legitimar a própria norma recorrendo a bens jurídicos abertos e indeterminados. Há que se valorar aquilo que realmente merece a proteção mais rigorosa de todas. Assim, resta claro que o direito penal assume uma função valorativa na seleção dos interesses que pode tutelar.¹⁵⁷

A valoração dos interesses no Estado de direito deve levar em consideração, primeiramente, a autonomia pessoal. A liberdade de escolher o meio de vida apropriado somente é possível quando o Estado impede que terceiros desrespeitem o exercício da autonomia. Daí ter que excluir do âmbito de proteção da norma penal os comportamentos meramente imorais, especialmente aqueles praticados em ambientes privados. A *ultima ratio* deve ser interpretada como o resguardo de direitos constitucionais da pessoa humana,¹⁵⁸ entre os quais a máxima liberdade de agir. Essa liberdade se dá com a incriminação de condutas heterolesivas e a inaplicabilidade de normas penais para proibir condutas que não sejam ofensivas ou não saiam do âmbito do próprio indivíduo.

Confirmando a *ultima ratio* do direito penal, pode-se afirmar que todos os interesses legitimados pela teoria do bem jurídico a receber tratamento penal estão em consonância com o *harm principle* e o *offense principle*. No entanto, o inverso não pode ser afirmado. Alguns interesses abrangidos pelo *offense principle* devem estar fora da teoria do bem jurídico por comprometer a subsidiariedade do direito penal. Muitas das ofensas profundas não estão na esfera de periculosidade suficiente para a incriminação. A ofensa deve ser capaz de ferir a autonomia individual de cada pessoa que se diz ofendida com o comportamento. Se a autonomia individual permitir que o ofendido afaste a situação ofensiva, não caberá ao direito penal resolver o conflito. Poderá o Estado fazer uso de outros meios de coerção ou de reparação dos danos, como o direito administrativo ou o direito civil. Uma conduta tida como obscena, por exemplo, pode estar fora do direito penal se o ofendido puder evitar a ofensa, quer dizer, se tiver autonomia para tal. Imaginemos o

¹⁵⁷ CEREZO MIR, José. *Derecho penal*, parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. pp. 89-90.

¹⁵⁸ BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 129.

sujeito que se depara com um casal mantendo relações sexuais em praça pública. A ofensa exclusiva a pessoas individuais capazes de desviarem os olhares e continuarem seus afazeres não é suficiente para o tratamento penal.

1.9. O princípio da autonomia

Princípio importante ao direito penal, e que não recebe a devida importância no sistema romano-germânico, é o princípio da autonomia. O Estado liberal tem como um dos fundamentos a liberdade humana e a não interferência no comportamento desejado pelo sujeito competente.

Para o princípio da autonomia “são valiosas a livre eleição individual dos planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana” e o Estado e os demais indivíduos não devem interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a delinear institutos que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta, impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução.¹⁵⁹

O princípio da autonomia dá uma concepção quase neutra de Estado, que deve se abster nas decisões das pessoas. A postura parcial estatal revela-se quando não há autonomia para decidir sobre determinados fatos da vida. Em certas fases da existência, o ser humano pode estar vulnerável por diversos motivos: imaturidade, nervosismo, conflitos internos, falta de instrução suficiente. Nota-se que são hipóteses em que não há autonomia para decidir sobre atos lesivos e a provável lesão poderá impedir que o sujeito seja autônomo em momento posterior.

No Estado liberal deve prevalecer a autonomia individual porque é o sujeito, a princípio, quem sabe o que é melhor a si próprio. O Estado não pode impor regras de conduta que sejam exclusivas à esfera individual e não atinjam a autonomia de terceiro. Decidir o melhor meio de vida para uma pessoa autônoma significa invadir sua esfera íntima de liberdade e impor normas de comportamento para se atingir padrões de moral ou níveis de perfeição (perfeccionismo).

¹⁵⁹ SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea. 2007. p. 204.

O princípio da autonomia entra em conflito com o perfeccionismo ou moralismo legal pois estes permitem ao Estado usar de sua soberania para adotar políticas que entende serem melhores aos cidadãos em sua formação. Alguns perfeccionistas afirmam que o valor de um regime político é determinado pelo valor das vidas que estão sob sua custódia e que o Estado deve traçar diretrizes que induzam quem vive mal a uma vida melhor que a própria pessoa desconhece ou se recusa a aceitar.¹⁶⁰ São políticas públicas que ignoram decisões individuais, desprezando a liberdade dos cidadãos que não se encaixam nos parâmetros estabelecidos.

O direito penal, como instrumento repressivo do Estado, deve conjugar os princípios mais usuais (subsidiariedade, ofensividade, fragmentariedade, proporcionalidade) com o princípio da autonomia. Este, doravante, é definido como a característica fundamental do direito penal que o legitima apenas nas situações de ausência de autonomia para as decisões mais drásticas sobre o próprio comportamento ou comportamento de terceiros que atinjam a pessoa que consente. Um sistema penal liberal deve permitir que os cidadãos experimentem a garantia de seus direitos individuais, que os proporcione um auto-controle, e a oportunidade de tomarem parte como cidadãos iguais num governo representativo.¹⁶¹

Portanto, destacam-se três características do princípio da autonomia em relação ao direito penal como instrumento de restrição de liberdade: (1) preservar ao máximo a liberdade da pessoa, pois ela sabe o que é melhor a si mesma; (2) interferir na liberdade quando não houver autonomia para decisão; (3) as consequências da decisão que autorizam a intervenção devem ser drásticas. Em breve conclusão, além dos tradicionais princípios do direito penal, o Estado liberal e democrático de direito exige o princípio da autonomia como reitor de um ordenamento jurídico-penal que reconheça a pessoa como objeto de proteção.

¹⁶⁰ DZUR, Albert W. Liberal Perfectionism and Democratic Participation. *Polity*, Staten Island (EUA), vol. 30, n.º 04, 1998. p. 668.

¹⁶¹ LAKOFF, Sanford. Autonomy and Liberal Democracy. *The Review of Politics*, Notre Dame (EUA), vol. 52, n.º 3. p. 363.

2. DA RELAÇÃO ENTRE UTILITARISMO E DIREITO PENAL

2.1. Primeiros esclarecimentos

A crítica a ser feita ao paternalismo penal exige uma base teórica que está além do direito penal. Sabemos que este é o ramo do direito que estuda a teoria da lei penal, a teoria do delito e a teoria da pena. Suas principais funções são limitar o poder punitivo do Estado e proteger bens jurídico-penais.¹⁶² Antes de ser punitivo, o direito penal é instrumento de garantias do cidadão. Portanto, a lei penal restringe tanto a liberdade das pessoas, ao proibir certas condutas, quanto o poder de punir do Estado. Os princípios do direito penal regem as normas do Estado democrático de Direito na busca por um equilíbrio da proteção de interesses fundamentais da sociedade e o máximo de liberdade dos cidadãos.¹⁶³

A filosofia utilitarista é importante para a análise crítica da lei penal a partir do momento em que a classificamos como racionalista.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ 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 observação e da descrição do fato. O direito penal, enquanto ciência normativa, não pode depender do empirismo. Trabalha-se com normas e restritos a elas deve-se ficar para que a conclusão seja jurídica.

Com base no utilitarismo teceremos as críticas ao paternalismo penal para apontar as hipóteses nas quais este pode ser legítimo. Fundamental advertir que não se tentará fundamentar a justiça de uma incriminação ou o valor de um bem jurídico, pois, nesse aspecto, a doutrina utilitarista não é suficiente. O conteúdo valorativo é melhor

¹⁶² MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. pp. 68 e ss.

¹⁶³ GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. pp. 155 e ss.

¹⁶⁴ PLAMENATZ, John. *The English Utilitarians*. Nova Iorque (EUA): Macmillan, 1949. p. 147.

¹⁶⁵ MARKIE, Peter. *Rationalism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

fundamentado pela filosofia kantiana, esta sim preocupada com os valores do bem protegido. O objetivo deste trabalho é chegar ao interesse fundamental que o direito penal deve proteger e, a partir deste, discorrer sobre os princípios da lesão a terceiros e da autolesão.

A tese abordará quais os limites para o direito penal interferir na esfera de liberdade de uma pessoa, punindo-a diretamente ou punindo terceiros. Para isso, conceituaremos o utilitarismo e discorreremos sobre suas vertentes, com o fim de traçar os parâmetros de uma teoria utilitarista condizente com o direito penal de proteção de bens jurídicos no Estado democrático de direito.

2.2. O bem a ser atingido pelo direito penal

Definir o paternalismo não é tarefa fácil, porém, mais complicado é afirmar qual o bem a ser atingido pela norma. Quando se diz que o paternalista quer o bem de uma pessoa, seja promovendo um benefício, seja evitando um mal, fica a pergunta: qual é o bem? A questão pode ser formulada, assim como o conceito de bem, de duas formas: (a) qual o benefício a ser atingido? e (b) qual o mal a ser evitado?

O objetivo não é afirmar categoricamente todos os interesses que são benéficos às pessoas ou aquilo que faz mal, e sim traçar as características dos bens que realmente interessam ao direito penal e que merecem sua tutela. Buscaremos uma explicação da tutela penal legítima por meio dos argumentos utilitaristas dentro de um aspecto liberal. Assim, preservaremos os princípios da subsidiariedade, da lesividade e da proporcionalidade, inerentes ao direito penal no Estado democrático de direito.

O principal motivo de recorrer ao utilitarismo é a “sinceridade” que este nos proporciona 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 explicação para certos delitos é sua utilidade, qual seja, evitar que certos comportamentos sejam praticados. O direito penal se faz útil para proibir certos comportamentos indesejados à sociedade ou à parcela desta, ficando

muito difícil verificar seu grau de lesividade ou perigo de lesão.¹⁶⁶ Somente assim podemos justificar certos crimes que, aparentemente, não causam lesão direta, como explorar a prostituição consentida de mulher adulta, os maus tratos a animais, os jogos de azar, os crimes patrimoniais sem violência mesmo quando o dano for ressarcido etc.

O utilitarismo tem como essência de um comportamento o resultado produzido. Uma conduta é avaliada por sua utilidade, quer dizer, pelo saldo final. O utilitarista faz o cálculo de tudo que está envolvido num comportamento para chegar ao saldo e, assim, valorá-lo. Pode-se sintetizar a visão utilitarista do direito penal da seguinte maneira: um comportamento deve ser proibido se o resultado que se quer evitar é indesejado pela sociedade. Não importa se há bem jurídico tutelado, a essência é impedir resultados preteridos por determinada comunidade.

A tarefa do utilitarismo é buscar o comportamento a ser evitado pelo direito penal e criminalizá-lo. Não obstante, a simples eliminação de um resultado não é suficiente para justificar a conduta. É necessário um resultado final específico. Assim, se 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. Enfim, percebe-se que a discussão sobre o bem jurídico-penal é secundária aos utilitaristas.

A contribuição do trabalho é fazer uso do utilitarismo para uma releitura do direito penal e demonstrar que é possível atingir os preceitos do Estado democrático de Direito mesmo sem discutir a teoria do bem jurídico. Vários dos principais autores anti-paternalistas são utilitaristas e mesmo os que assim não se declaram acabam sofrendo certa influência. Quem defende a autonomia da pessoa como bem maior a ser protegido faz o cálculo utilitarista sem valorar os bens envolvidos para alcançar tal fim. A variação entre os autores reside em como fazer o cálculo para chegar ao resultado final. Desse modo, o que se quer é preservar a autonomia, mas os meios para atingir o objetivo são vários.

¹⁶⁶ Defendemos em dissertação de mestrado a falta de critérios para delimitar o bem jurídico no crime de lavagem de capitais devido aos conceitos vagos que o tipo penal carrega. São tantas as indefinições que diversas são as teorias sobre o bem jurídico tutelado e todas, a nosso ver, não convencem. Assim, a melhor e mais honesta justificativa para o crime de lavagem é impedir a conduta porque assim deve ser, e nada mais (*O bem jurídico tutelado na lei de lavagem de capitais*. Dissertação (Mestrado), São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2007).

Apenas para exemplificar superficialmente, alguns autores, como Dworkin¹⁶⁷, entendem que a preservação da autonomia pode ser realizada por certas proibições a condutas autolesivas para que o sujeito não perca sua capacidade futura de decidir por seus atos. Outros, de índole perfeccionista, como Chan¹⁶⁸ e Dzur¹⁶⁹, 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 em restrição à liberdade de comportamento de todos os componentes de uma sociedade.

A finalidade a ser atingida pela lei penal pode ser interpretada de duas maneiras. Restritivamente, conforme já discorrido, pode-se considerar 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. Relativamente ao primeiro grupo, a dogmática já há muito vem se preocupando a respeito. A teoria do bem jurídico é a principal demonstração de que existem requisitos para a elaboração das normas penais quando seu foco é o interesse que se pretende tutelar. Os diversos posicionamentos buscam legitimar a incriminação de condutas com base no bem jurídico tutelado, justificando, assim, a intervenção estatal.¹⁷⁰

O interesse social, em sentido amplo, também gera inúmeras discussões e esta é uma das maiores preocupações do trabalho. Quando se faz referência ao bem estar social, surgem algumas questões como: (a) o que é bem estar social? (b) qual sua natureza? (c) como preservar o bem estar social respeitando a individualidade das pessoas? Enfim, as dúvidas são muitas e estes são apenas alguns exemplos. No momento de considerar uma conduta criminosa, 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

¹⁶⁷ DWORKIN, Gerald. Paternalism: some second thoughts. . In: _____ (coord.) *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge (Inglaterra), Nova Iorque (EUA): Cambridge. 1988. p. 122.

¹⁶⁸ CHAN, Joseph. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, n.º 1, 2000. pp. 07 e ss.

¹⁶⁹ DZUR, Albert W. Liberal Perfectionism and Democratic Participation. *Polity*, Staten Island (EUA), vol. 30, n.º 04, 1998. pp. 674 e ss.

¹⁷⁰ KUHLMAN, Kristian. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. Munique (Alemanha): Vahlen. 2005. pp. 196 e ss.

sociedade.¹⁷¹ Por isso, novamente, reitera-se a preferência pela filosofia utilitarista como método de estudar as normas penais.

2.3. Interesse individual e interesse coletivo

O interesse social, considerado como forma ampla de denominar a finalidade da norma penal, admite diversas classificações de acordo com sua natureza. Um ponto controvertido é o beneficiário deste interesse e quais os limites entre o particular e o coletivo. E, dentre os particulares, quais dizem respeito unicamente ao sujeito que o detém e terceiros. Assim, o patrimônio de uma pessoa, se for atingido, inicialmente, é problema exclusivamente desta. No entanto, se esta pessoa for provedora de uma família, o alcance das consequências é maior. No mesmo sentido, a vida humana pertence apenas ao seu titular, porém, se o sujeito cometer um suicídio os efeitos do ato atingirão seus familiares, tanto financeiramente quanto emocionalmente.

Os princípios da lesão a terceiros (*harm to others*) e da autolesão (*harm to self*) estão diretamente relacionados aos titulares dos interesses protegidos. O grande desafio a ser enfrentado é traçar os limites de aplicação dos princípios nas hipóteses em que indiretamente outras pessoas, além do titular do interesse, são atingidas. Mostra-se, assim, a necessidade de separar os que são diretamente daqueles que são indiretamente prejudicados com a lesão de um interesse. O exemplo proposto por Dworkin no caso do cinto de segurança ilustra a situação: se houver um acidente, o prejuízo direto recai sobre a vítima que não utilizou o cinto; não obstante, indiretamente, toda a sociedade pagará as contas com o tratamento.¹⁷² Acrescentando ao exemplo, pode-se afirmar que a família e os amigos da vítima terão transtornos (financeiros e emocionais) maiores do que teriam se a mesma utilizasse o cinto no momento do acidente.

Sempre haverá mais de um prejudicado quando alguém sofre uma lesão a interesse próprio. Quando alguém pratica o suicídio, a conduta não pode ser resumida à mera eliminação da própria vida. Existem diversas circunstâncias periféricas: gastos com o funeral, investigação do Estado sobre a real causa da morte, diminuição do rendimento da

¹⁷¹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. pp. 41 e ss.

¹⁷² DWORKIN, Gerald. *Paternalism: some second thoughts*. p. 122.

família, desgaste emocional das pessoas próximas etc. A vida humana é bem jurídico que pertence ao seu titular mas envolve interesses alheios. O mesmo pode-se afirmar do patrimônio, cuja redução afeta seu titular e todos que dele dependem (família, credores, empregados etc.).

Desse modo, defende-se a ideia de que toda lesão a um interesse 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. Se assim não fosse, por exemplo, aquele que mata um artista famoso poderia ser responsabilizado por ter retirado a vida da vítima e, além disso, pela dor provocada em seus fãs, o que seria um absurdo. Há necessidade de limites para o uso do direito penal na resolução de conflitos e estes são traçados com parâmetros objetivos e subjetivos dos interesses que devem ser protegidos pelo direito.

2.4. Parâmetros objetivos e subjetivos dos interesses protegidos

Outro problema que surge no âmbito da tutela penal dos interesses é qual parâmetro seguir para determinar sua importância. O que é bom para uma pessoa é determinado por ela mesma ou por terceiros observadores? Diante da questão, apresentam-se duas posições distintas para tentar respondê-las: os enfoques objetivo e subjetivo do bem estar.

Para os subjetivistas, em regra pensadores liberais, o sujeito autônomo sabe o que é melhor para si mesmo de acordo com suas preferências.¹⁷³ Ninguém melhor do que a própria pessoa para determinar os rumos de sua vida conforme as preferências pessoais. O Estado, assim, deve respeitar suas vontades para preservar sua autonomia pessoal. Em sentido contrário, se não houver autonomia suficiente, não há que se falar em respeito à vontade de quem se encontra em situação de vulnerabilidade e, portanto, estaria legitimada a intervenção do Estado.

Os objetivistas, por seu turno, defendem a existência de valores pré-estabelecidos fundamentais à configuração do bem estar social. Aquilo que é bom ao indivíduo é objetivamente identificável e, por isso, há razões para imposições contra suas decisões e

¹⁷³ SCANLON, T. M. Preference and urgency. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 72, n.º 19, 1975. pp. 655 e ss.

preferências.¹⁷⁴ Se houver incompatibilidade entre as preferências individuais e os valores determinados como bons, estes devem prevalecer porque, na ausência destes, o bem estar social restaria comprometido. É possível, ainda, estabelecer uma hierarquia entre os interesses centrais e os periféricos para a vida humana para reforçar a legitimidade de intervenção nas escolhas do sujeito.¹⁷⁵

Há, ainda, uma terceira corrente, de índole liberal, que busca a harmonia entre os parâmetros subjetivos e objetivos dos interesses para determinar os limites de intervenção do Estado. Ao mesmo tempo em que se respeita a autonomia da pessoa, deve-se preservar alguns interesses objetivamente auferidos como essenciais ao bem estar. A ideia central deste ponto de vista é que o valor objetivo da autonomia requer respeito às preferências subjetivas do indivíduo desde que estas não sejam contrárias aos valores objetivos estabelecidos.¹⁷⁶ Há necessidade de uma base moral objetiva capaz de permitir o exercício das preferências subjetivas individuais sem comprometer o bem estar social e, assim, evitar-se-iam situações extremas como todo tipo de proibição ou liberalidades que resultem em danos irreversíveis.¹⁷⁷

Para o direito penal, a discussão é de fundamental importância, pois, ao se adotar uma teoria objetivista, necessariamente está-se a considerar a existência de bens jurídicos indisponíveis para os quais qualquer tipo de consentimento seria inválido. Por outro lado, uma posição subjetivista pura levaria à conclusão de que nenhum bem seria indisponível e, portanto, a pessoa autônoma poderia abrir mão de qualquer bem do qual seja titular, inclusive a própria vida, em qualquer situação. Uma posição intermediária (a terceira via) consideraria a existência de bens jurídicos indisponíveis e outros disponíveis por seu titular quando dotado de autonomia necessária.

Na discussão do paternalismo penal, a diferenciação de bens disponíveis e indisponíveis é importante para o estudo da distinção entre paternalismo rígido (ou forte) e paternalismo flexível (ou brando). Se o bem atingido for indisponível, o paternalismo rígido sempre será justificável, pois ninguém poderá dispor dele. Caso o bem seja disponível, somente será legítima a intervenção quando seu titular não possuir autonomia

¹⁷⁴ NINO, Carlos Santiago. op. cit. p. 211.

¹⁷⁵ SCANLON, T. M. op. cit. p. 660.

¹⁷⁶ NINO, Carlos Santiago. op. cit. p. 217.

¹⁷⁷ SCANLON, T. M., DANCY, Jonathan. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Londres (Inglaterra), Vol. 74, 2000. pp. 319-338.

suficiente. Se for considerada uma posição puramente objetivista, qualquer forma de paternalismo seria justificável quando o bem fosse indisponível na opinião do terceiro observador (no caso, o Estado).

A posição adotada é intermediária, dentro de uma concepção liberal de direito. A autonomia do indivíduo deve ser sempre protegida e tal proteção demanda, muitas vezes, a interferência na sua liberdade. Isso implica legitimar a interferência na escolha de alguém se sua opção for capaz de limitar ou eliminar sua autonomia no futuro. No entanto, dentro dos limites do direito penal mínimo, nem sempre a preservação da autonomia deve ser efetivada por meio de incriminações. O Estado é dotado de outros meios para o resguardo da autonomia individual e para alcançar o bem estar social.

Assim, defende-se a existência de aspectos objetivos e subjetivos nos interesses a serem defendidos pelo direito penal. O ser humano autônomo é a pessoa mais indicada para saber o que é bom para si mesmo, entretanto, o exercício desta autonomia necessita de proteção do Estado. A tutela da autonomia se dá quando se consideram alguns bens jurídicos indisponíveis que, em determinadas situações, resguardam a autonomia do indivíduo. Quer dizer que um bem pode ser disponível ou indisponível, depende da situação em que se encontra seu titular.

A norma jurídica possui caráter universal, é dirigida a todas as pessoas, assim como o bem estar social. Por conseguinte, não é possível legislar individualmente, ou seja, criar normas para proteger os interesses de cada indivíduo de acordo com suas preferências. Não é viável ao Estado elaborar normas individuais para resguardar interesses de cada pessoa. Essa é o maior entrave ao utilitarismo subjetivista. Por outro lado, ficar restrito às escolhas discricionárias do Estado, como se este determinasse aquilo que é melhor a cada um, seria permitir um paternalismo exacerbado para a imposição de valores estabelecidos independentemente da autonomia do sujeito.¹⁷⁸

O interesse maior que o direito deve garantir no estado liberal é o exercício da autonomia individual por meio da tutela dos bens jurídicos necessários. O Estado deve utilizar o direito penal para proteger somente aqueles bens jurídicos responsáveis pelo livre desempenho da autonomia quando não houver outros meios para garanti-lo. Isso nos remete

¹⁷⁸ VITA, Álvaro de. O que há de errado com o utilitarismo de preferências? In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (org.) *O utilitarismo em foco*. Florianópolis: Editora da UFSC. 2007. p. 207.

ao princípio da lesão a terceiros (*harm to others*), segundo o qual é justificável a interferência na liberdade de uma pessoa quando houver lesão (ou perigo de lesão) a interesses alheios.

Quando não houver autonomia suficiente para decidir pela disponibilidade do bem jurídico, é legítimo invocar o princípio da autolesão (*harm to self*), pois o indivíduo não pode dispor de algo sem ter condições para tal. Enfim, tanto o princípio da lesão a terceiros quanto o princípio da autolesão podem sustentar a legitimidade de uma infração criminal. Apesar de cada um saber o que é melhor para si mesmo, tal afirmativa só é completamente correta se houver autonomia para decidir e seguir adiante nas preferências individuais.

Do conflito aparente entre subjetivistas e objetivistas, resta-nos confirmar a existência de um valor objetivo que deve coexistir com as preferências individuais de cada um: a autonomia. Assim, diante das dificuldades de estabelecer critérios objetivos de valores que devem ser assegurados pelo Estado, uma vez que cada pessoa tem o direito de decidir sobre sua própria vida, a autonomia aparece como o mais importante interesse a ser preservado pelo direito penal. Se é defendida a manutenção do princípio da subsidiariedade penal, a autonomia deve ser o interesse mais importante, pois não há dúvidas quanto à sua função essencial ao desenvolvimento da vida de acordo com as preferências. Resta, pois, afirmar que os meios que o Estado deve proporcionar ao exercício da autonomia são objetivos para que, subjetivamente, cada um desempenhe seus papel social conforme as preferências inerentes a si próprio.

2.5. A filosofia utilitarista

Conforme exposto na introdução do capítulo, a importância de se estudar o utilitarismo e suas características é traçar as condições de se chegar a um conceito de bem a ser tutelado pela norma penal. A teoria utilitarista ajuda a compreender os limites de atuação do direito penal na proteção de bens considerados fundamentais à manutenção de uma sociedade equilibrada, com a possibilidade de que todos possam exercer sua autonomia.

As normas penais possuem certas finalidades que são determinadas de acordo com o que se entende por direito penal. Entendemos que 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 nos referirmos às consequências da norma, devemos considerar as condutas proibidas (redução da liberdade das pessoas) e os bens tutelados (interesses que merecem proteção penal).

A legitimidade da norma penal deve ser discutida pela conjugação dos dois aspectos acima descritos: redução da liberdade das pessoas e os interesses protegidos. É por isso que devemos considerar a capacidade da pessoa, sua responsabilidade e seu consentimento, além da natureza do bem jurídico. 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.

Uma dificuldade é encontrar um consenso para elaborar as normas, uma vez que estas refletem-se sobre todas as pessoas, indistintamente. Mas cada um pensa de uma maneira particular. Há certos comportamentos que, de fato, não encontram discordância quanto à sua proibição. A maioria das pessoas entende que algumas regras devem ser impostas, que alguns comportamentos devem ser evitados, que certas condutas poderiam ocorrer com mais frequência e que algumas coisas não poderiam acontecer no mundo.¹⁷⁹ Podemos exemplificar com o homicídio, reprovado por quase todas as pessoas, e a honestidade dos administradores públicos, defendida e exigida pela maioria.

Nesse sentido, podemos fazer a seguinte pergunta quanto ao fim do direito penal: qual o bem a ser protegido? Antecipamos uma breve resposta. O bem é a menor intromissão do direito penal na vida privada das pessoas que, em outras palavras, significa o maior exercício da autonomia. Aglomerando todos os interesses merecedores de tutela penal numa única utilidade a ser buscada entendemos 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 da 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.

¹⁷⁹ MOORE, G. E. *Ethics*. Londres (Inglaterra): Oxford University Press. 1912. p. 07.

2.5.1. Conceito de utilitarismo

O utilitarismo é uma teoria ética desenvolvida, em sua versão clássica, por Jeremy Bentham, James Mill e John Stuart Mill, que respondem a todas as questões sobre o que fazer, o que admirar ou como viver em termos de maximizar a utilidade ou a felicidade.¹⁸⁰ Os utilitaristas aplicam o princípio da utilidade, segundo o qual (a) o prazer e a ausência de dor são, de fato, desejados por todos os seres humanos e (b) 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.¹⁸¹

Mais do que simplesmente uma forma de pensamento confinado ao meio acadêmico, a doutrina utilitarista, com certeza, encontra uma grande repercussão na vida prática. O utilitarismo foi objeto de observação de Rachels ao afirmar que *“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”*.¹⁸²

Os principais enunciados da doutrina utilitarista são: (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.¹⁸³

Para os utilitaristas, quando alguém precisar escolher entre duas ações, e uma provocar mais prazer do que a outra, sempre será sua obrigação escolher a primeira. Também afirmam que, dentro de um universo, aquela parte que proporciona mais prazer

¹⁸⁰ BLACKBURN, Simon. *Oxford Dictionary of Philosophy*. Nova Iorque (EUA): Oxford University Press. 2008. p. 375.

¹⁸¹ ANGELES, Peter A. *The Harper Collins Dictionary of Philosophy*. Nova Iorque (EUA): HarperCollins. 1992. p. 326.

¹⁸² RACHELS, James. *The elements os moral philosophy*. Nova Iorque (EUA): Random House. 1986. p. 79.

¹⁸³ *Ibidem*. pp. 326-327.

sempre será a melhor.¹⁸⁴ A maior utilidade de uma ação é aquela que promove o maior prazer e, portanto, deve prevalecer sobre o menor prazer. Em poucas palavras, o utilitarista olha para o futuro,¹⁸⁵ procurando as melhores consequências do seu ato.

Quando uma pessoa encontra-se diante de uma situação de decisão sobre o que fazer, para saber qual a opção correta, perguntamos qual o tipo de conduta deve ser adotada para promover a maior quantidade de felicidade possível para todos que forem afetados. A moralidade para o utilitarista deve ser encarada do ponto de vista da melhor promoção da felicidade ao maior número de envolvidos numa decisão.¹⁸⁶

Existe uma relação de utilidade entre a boa finalidade e uma conduta correta. Os utilitaristas afirmam que a finalidade que se deseja, qual seja, 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 ato.¹⁸⁷ Apesar da 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.

2.5.2. Princípio da utilidade

Para melhor compreensão de uma teoria utilitarista no campo jurídico, importante ressaltar suas características valendo-se das classificações das teorias éticas propostas por Diego Farrell. Primeiramente, 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 eu entendo que matar alguém é válido para salvar a vida de outras pessoas é porque aceito antecipadamente que o mais importante é a maior utilidade de um

¹⁸⁴ MOORE, G. E. op. cit. p. 39.

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ RACHELS, James. op. cit. p. 81.

¹⁸⁷ BIERMAN, A. K. *Life and morals*, an introduction to ethics. Nova Iorque (EUA): Harcourt Brace Jovanovich. 1980. p. 397.

comportamento. Parte-se, pois, do princípio da melhor utilidade para comportar-se conforme o que se julga mais útil.¹⁸⁸

Outra classificação diz respeito à quantidade de valores envolvidos num comportamento. 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 a alcançamos e sua distribuição.¹⁸⁹ No que tange o direito penal, a proteção de bens jurídicos deve ser a utilidade da norma, não obstante esta não possa ser arbitrária.

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.¹⁹⁰ 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 o ser humano como capaz de escolher seu próprio caminho de vida. Por conseguinte, a autonomia é o valor a ser preservado pela norma, é 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, a princípio, aprecia a moral como algo corpóreo, palpável, próximo da pessoa. Quer dizer que 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.¹⁹¹ Assim, podemos afirmar 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.¹⁹² A utilidade de um comportamento é medido

¹⁸⁸ DIEGO FARRELL, Martín. *Privacidad, autonomia y tolerancia*. Buenos Aires (Argentina): Hammurabi. 2000. pp. 24-25.

¹⁸⁹ Ibidem. p. 29.

¹⁹⁰ Ibidem. p. 31.

¹⁹¹ RACHELS, James. op. cit. p. 81.

¹⁹² MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Indianapolis (EUA): Hackett Publishing Company. 2001. p. 07.

pelo prazer que ele proporciona. A variação do princípio encontra-se na quantidade e na qualidade do prazer que se busca.

Obviamente, o conceito de utilidade que nos interessa não é o hedonista, proveniente do utilitarismo clássico. 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 provocados. Se houver outros meios menos gravosos para resolver um problema, o direito penal deve ser descartado porque sua utilidade não será a melhor.

2.5.3. Principais utilitaristas

Como qualquer ideia ou linha de pensamento da filosofia, não há uniformidade quanto ao conceito e aos fundamentos utilitaristas. Ao nos referirmos ao utilitarismo, como leciona Carvalho, “se existe unanimidade entre os protagonistas dessa doutrina quanto à prioridade que se deve dar às consequências daquilo que está sob julgamento moral, as divergências entre eles não tardam a aparecer em aspectos não secundários da doutrina”.¹⁹³ Várias são as correntes utilitaristas, que se caracterizam por buscar na consequência o fundamento de determinadas condutas.

Para a finalidade deste trabalho, é fundamental traçar as características importantes do utilitarismo para o estudo da norma penal. Por isso, recorreremos a algumas das concepções utilitaristas mais importantes para, a seguir, analisar os princípios basilares do direito penal e justificar o paternalismo.

2.5.3.1. Utilitarismo clássico

A doutrina costuma apontar que Bentham e Stuart Mill desenvolveram o utilitarismo clássico e, a partir de suas obras, influenciaram os demais utilitaristas. Estes autores estavam preocupados com uma reforma legal e social, afirmando-se, inclusive, que

¹⁹³ CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. John Stuart Mill: o utilitarismo reinventado. In: _____. *O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos*. Florianópolis: Editora UFSC. 2007. p. 08.

“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”.¹⁹⁴

O utilitarismo clássico é fortemente marcado por um viés consequencialista. Por consequencialismo entende-se a doutrina segundo a qual um ato é correto dependendo de suas consequências. Não importam as circunstâncias desse ato ou sua natureza, nem o que acontece antes dele.¹⁹⁵ A forma de pensar e desenvolver determinada ideia ganha importância de acordo com o que se atinge em momento posterior.¹⁹⁶ É por esse caminho que devemos tomar nossas decisões.

O utilitarismo é a espécie mais influente de consequencialismo, “uma espécie tão influente que por vezes se confunde com o próprio gênero”.¹⁹⁷ O fundamento principal do utilitarismo reside nos efeitos do ato. Apesar de considerar suas consequências, isto é, projetando-se um comportamento para o futuro, o utilitarista não ignora o momento anterior da conduta. O momento anterior - a escolha de um comportamento - é de extrema importância.

Antes de agir, é preciso tomar decisões baseadas nas consequências dos atos que serão praticados. O tipo de avaliação a ser realizada demonstra a existência de diversos consequencialismos. Podemos questionar se as consequências de um ato serão moralmente relevantes, se serão certas ou erradas ou se conseguirão maximizar a maior utilidade possível.¹⁹⁸ O consequencialismo apresenta uma roupagem conforme o ponto de vista de quem faz a análise do comportamento.

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ BRONCANO RODRÍGUEZ, Fernando. Epistemología social y consenso en la ciencia. *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 31, ago. 1991. p. 27.

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ STOCKER, Michael. Consequentialism and Its Complexities. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 6, n.º 4, out. 1969. p. 277.

Versões maximizadoras do consequencialismo sustentam que uma ação é moralmente certa se, e somente se, produz a melhor consequência dentre todos os atos disponíveis ao agente. Também existem versões do consequencialismo satisfatório, segundo o qual uma ação é moralmente correta se, e somente se, produz um saldo de consequências boas o suficiente.¹⁹⁹ Enquanto para uns os efeitos devem ser os maiores possíveis, para outros basta que sejam suficientes.

Também é possível distinguir versões do consequencialismo considerando o agente que pratica o ato. Pode ser uma versão egoísta, para a qual um ato é moralmente correto apenas reputando as consequências ao agente (faça o que é melhor a você), o que provavelmente gerará certos conflitos. No entanto, a maior parte dos consequencialistas adota uma posição neutra sobre o agente. Quer dizer, não há conflitos na finalidade de cada conduta pois todos são igualmente considerados nas consequências de um comportamento.²⁰⁰

Visto que o consequencialismo fundamenta um ato nas suas consequências, podemos afirmar que a ética consequencialista 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 bem que deixaria de produzir.²⁰¹

De acordo com a deontologia, 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.²⁰² Quando alguém mentir para salvar a vida de outrem, sua conduta será reprovada pelo deontologistas e, por outro lado, aprovada pelos consequencialistas.

¹⁹⁹ GAULT, Berys. Consequentialism. In: Robert Audi (coord.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. p. 176.

²⁰⁰ *Ibidem*. p. 177; CARD, Robert F. Consequentialist Teleology and the Valuation of States of Affairs. *Ethical Theory and Moral Practice*, Amsterdan (Holanda), vol. 7, n.º 03, jun. 2004. p. 257.

²⁰¹ 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.

²⁰² CRISP, Roger. Deontological ethics. In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. 2005. p. 200.

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.²⁰³ Vista a distinção entre as duas doutrinas, cabem algumas observações.

Os utilitaristas clássicos, como Bentham e Mill, propuseram uma doutrina que se afasta de conceitos morais. Estabelecer o que é certo ou errado considerando o objeto isoladamente é tarefa de grande dificuldade. Imaginemos a seguinte situação. Um sujeito depara-se com um dilema: se não matar determinada pessoa, membros de sua família serão executados por aqueles que exigem tal homicídio. Pergunta: para preservar duas ou mais vidas, é permitido matar uma pessoa? A resposta pode variar entre a ética deontologista e a consequencialista. Sacrificar uma vida em favor de outras é defensável para os consequencialistas, enquanto qualquer homicídio deve ser repudiado para os deontologistas.

Podemos, assim, compreender a ética deontologista aplicável 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. Afirmar 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. Afirmar-se, assim, que o utilitarismo possui fundamento teleológico.²⁰⁴

Outra característica importante do utilitarismo é o hedonismo. A doutrina hedonista orienta as ações humanas no sentido da busca pelo prazer. Taylor acusa três espécies de hedonismo que nem sempre são diferenciadas por seus proponentes: (a) hedonismo psicológico: o prazer é o único objeto possível de desejo do homem; (b) hedonismo de avaliação: prazer é aquilo que nós devemos desejar ou perseguir; (c) hedonismo racional:

²⁰³ 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.

²⁰⁴ 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.

prazer é o único objeto que torna um desejo racional.²⁰⁵ O que se percebe é a busca constante pelo prazer como finalidade de um ato, o que varia é o conteúdo do prazer.

O hedonismo clama que o prazer é o bem e a dor é o mal. O estado mental de prazer é a única coisa que possui valor intrínseco, isto é, a única coisa boa em si mesma, seja qual forem suas consequências. Todo resto contém valores extrínsecos, de modo a apresentarem algum valor na medida em que proporcionam o valor intrínseco, ou seja, o prazer.²⁰⁶ Há, entretanto, diversos tipos de prazer considerando a quantidade e a qualidade, variando com a interpretação que se dá às sensações experimentadas. Uma pessoa pode sentir o mesmo prazer aprimorando seus conhecimentos por meio de leituras e assistindo a programas de esportes pela televisão. Mesmo que se atribua a mesma quantidade a ambas as atividades, a qualidade pode ser diferente.²⁰⁷ Um observador pode achar que o prazer de melhor qualidade é desenvolver o intelecto, pois competições esportivas nada acrescentam a sua vida. No que se refere ao direito penal, o maior prazer e a menor dor como utilidades devem ser interpretados, respectivamente, como a maior proteção dos interesses e a menor restrição da liberdade dos cidadãos como consequências de uma norma penal incriminadora.

A seguir, esboçaremos as principais doutrinas do utilitarismo clássico. Bentham e Mill trouxeram à tona um pensamento que divergia, especialmente, da moral cristã, que defende a existência de bens indisponíveis e inalienáveis, por serem propriedades de Deus, e não do homem.²⁰⁸ Suas ideias alteraram profundamente regras de pensar e agir do homem enquanto ser livre da imposição de regras divinas.²⁰⁹ Podemos, inclusive, reconhecer no utilitarismo um marco divisório para o estudo do direito penal.

2.5.3.1.1. Jeremy Bentham

²⁰⁵ GOSLING, J. C. B., Hedonism. In: HONDERICH, Ted. *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. 2005. p. 363.

²⁰⁶ BRINK, David O. Mill's Deliberative Utilitarianism. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, n.º 01, 1992. p. 71.

²⁰⁷ MONTMARQUET, James A. Hedonism. In: AUDI, Robert (coord.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. pp. 364-365.

²⁰⁸ TER VOERT, Marijke; FELLING, Albert; PETERS, Jan. The Effect of Religion on Self-Interest Morality. *Review of Religious Research*, EUA, vol. 35, n.º 04, jun. 1994. pp. 303 e ss.

²⁰⁹ Conferir: GONZALEZ CASANOVA, Pablo. Un Estudio de Sociologia Religiosa. *Revista Mexicana de Sociologia*, Cidade do México (México), Vol. 09, n.º 3, set./dez. 1947. p. 361.

Considerado por muitos como o pai do utilitarismo, fortemente influenciado pela 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, 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.²¹⁰

A utilidade de 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. Resumindo em poucas palavras, a utilidade de Bentham é a que produz prazer.²¹¹

O que seriam os prazeres para Bentham? Uma lista de exemplos é fornecida por Brandt: prazeres do paladar, do cheiro, do toque, de adquirir uma propriedade, que alguém deseje o bem a outro, do poder, de ver o prazer das pessoas com quem nos importamos.²¹² Constatamos uma forte tendência hedonista na sua doutrina ao atribuir os prazeres às sensações experimentadas pelas pessoas.

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.²¹³ Bentham entendia, portanto, que é possível restringir a liberdade de alguém para maximizar sua felicidade.

A questão da liberdade e do hedonismo sempre foi fruto de diversas interpretações. Vejamos a famosa frase de Bentham: *every man is a better judge of what is conducive to*

²¹⁰ CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. op. cit. p. 75.

²¹¹ HARRISON, Ross. Bentham, Jeremy. In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide of philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2005. p. 88.

²¹² BRANDT, Richard B. Bentham, Jeremy. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge dictionary of philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. p. 80.

²¹³ 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.

*his own well-being than any other man can be.*²¹⁴ Quer dizer, cada um é o melhor juiz para determinar o que seja melhor para si próprio, mais do que qualquer outra pessoa pode ser. Um sujeito A julga o melhor para sua vida de maneira mais eficiente que B; por outro lado, B sabe o que é melhor para seu próprio bem estar, mais do que A. Há uma forte individualidade no utilitarismo de Bentham, demonstrando um evidente espírito anti-paternalista.

Por isso, na concepção de Bentham o direito natural é uma contradição em termos, pois é composto por entidades de ficção. Questões meramente morais que não encontram infração correspondente na lei só são obedecidas por causa de uma obrigação imaginária, e não uma obrigação legal. Afirma que da lei real surgem obrigações reais, da lei imaginária surgem obrigações imaginárias.²¹⁵ A missão do legislador, portanto, é regulamentar a conduta das pessoas de forma a buscar a máxima utilidade do comportamento humano, preservando sua liberdade e segurança.

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. Com isso, Bentham defendia a punição com dupla finalidade: punir aquele que praticou a infração e prevenir que outros sejam infratores (funções retrospectiva e prospectiva).²¹⁶

2.5.3.1.2. John Stuart Mill

Talvez Mill seja o mais influente dos utilitaristas até a atualidade. Dentre suas obras, as 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.²¹⁷ Sua argumentação teve reflexos não apenas na filosofia, mas também no direito, na política, na bioética e outros campos do

²¹⁴ BENTHAM, Jeremy. *Deontology together with a Table of the Springs of Action and the Article on utilitarianism. apud* CRIMMINS, James E. op. cit. p. 755.

²¹⁵ HARRISON, Ross. op. cit. p. 90.

²¹⁶ BRANDT, Richard B. Bentham, Jeremy. pp. 80-81.

²¹⁷ GALVÃO, Pedro. op. cit. [s.p.].

conhecimento. Enfim, é de se admirar sua honestidade intelectual e seu domínio sobre a investigação do conhecimento humano.²¹⁸

Um dos primeiros pontos de destaque 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.²¹⁹

Ao argumentar que a consequência que se busca numa conduta é a felicidade, Mill especifica que a esta implica em prazer e ausência de sofrimento e, *a contrario sensu*, infelicidade é o sofrimento e a privação de prazer.²²⁰ Para Mill, felicidade e prazer são conceitos intrínsecos, fortemente ligados e, em muitas partes de sua obra, parecem se confundir numa mesma coisa. Apesar das semelhanças, sua teoria apresenta diferenças para a doutrina de Bentham.

Um dos esforços de Mill foi argumentar de forma convincente que a busca pelo prazer não era um mero hedonismo vulgar, diferenciando os prazeres em qualidade, não apenas em intensidade e duração, afastando-se de Bentham, para quem “todos os prazeres possuem igual valor” e são equivalentes na intensidade e na duração.²²¹ 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.²²² O valor de uma experiência aprazível não depende apenas de sua duração e intensidade, mas também da sua qualidade.²²³ Segundo o autor, não há uma quantidade suficiente de prazeres menores que possa superar um prazer maior.²²⁴ As próprias pessoas, no gozo de sua racionalidade, sem quaisquer obrigações morais e em plena liberdade, proferem a opção do maior prazer.

²¹⁸ SPARKS, Jared, EVERETT, Edward, LOWELL, James Russell. *The North American Review*, Boston (EUA), vol. 97, n.º 200, jul. 1863. p. 273.

²¹⁹ MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. p. 08.

²²⁰ *Ibidem*. p. 07.

²²¹ CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. op. cit. p. 81 e 84.

²²² MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. p. 08.

²²³ BRINK, David O. op. cit. pp. 70 e ss.; GALVÃO, Pedro. op. cit. [s.p.].

²²⁴ MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. p. 17.

Enquanto ser racional, o homem possui as condições de agir com liberdade. A 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.²²⁵ Seu discurso anti-paternalista 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.²²⁶

Reconhecem-se duas dimensões da liberdade. Existem a liberdade positiva e a liberdade negativa. Por liberdade positiva compreendemos 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 outro lado, é a ausência de interferência de outros. 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.²²⁷ A liberdade plena deve ser alcançada tanto no sentido positivo quanto no negativo.

A proposta de Mill tem como base a proteção da liberdade quando o sujeito tiver condições de usá-la. Quando a pessoa não possuir capacidade suficiente para entender o que é bom ou ruim, pode o 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 meios de normas de conduta.²²⁸ Podemos dar o exemplo do Código Penal quando prevê o crime de abuso de incapazes, norma que impede a livre atividade de pessoas com algumas restrições mentais.

Mill 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

²²⁵ MILL, John Stuart. *On liberty*. p. 59.

²²⁶ *Ibidem*. pp. 119-120.

²²⁷ DWORKIN, Gerald. Positive and negative freedom. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. p. 723.

²²⁸ MILL, John Stuart. *On liberty*. p. 132.

prejudicar o direito de outros; (4) ao escolher provocar um dano a terceiro, caberá a punição apropriada.²²⁹ Enfim, o homem é livre inclusive para optar por agir contrariamente à lei e ser punido por isso. Por essa razão, apenas o homem consciente pode ser punido, pois deve haver capacidade de interpretar a norma, compreender a lesividade da conduta e entender a punição proveniente da infração.

Outro ponto discutido por Mill é a lesão a outrem com consentimento. A sociedade tem apenas interesse indireto – se tiver – quando uma pessoa causa danos a outra com o consentimento livre e voluntário. Consentir em ser lesado faz parte da liberdade humana e, desde que o ofendido seja capaz de consentir, não pode haver interferência do Estado.²³⁰ Isso é fundamental para compreender adiante os casos de paternalismo indireto, em que a punição se dá a quem prejudica outrem mesmo com seu consentimento.

2.5.3.2. Variações do utilitarismo

Além das versões tradicionais, autores recentes apresentam variações do utilitarismo. Lyons distingue as denominadas “três famílias” de teorias utilitaristas: (1) utilitarismo de atos, que formula o padrão de uma conduta correta de acordo com as consequências de um ato particular: é certo ou errado um comportamento dependendo de sua utilidade; (2) utilitarismo geral, que aponta o fundamento de um ato (se é certo ou errado) na sua utilidade generalizada, ou seja, na utilidade, positiva ou negativa, da performance geral dos atos do seu tipo; (3) utilitarismo de regras, que aplica a prova da utilidade nem para atos particulares, nem para performances conjuntas dos atos de todas as pessoas de determinada classe, mas preferencialmente para regras – sejam aquelas impostas pelo governo, sejam regras ideais hipotéticas.²³¹ Na literatura especializada, a divisão de espécies mais comum é a dicotomia utilitarismo de atos – utilitarismo de regras.

O utilitarismo de atos considera todos os efeitos de um ato particular e individualizado, enquanto o utilitarismo geral preocupa-se com os efeitos totais que poderiam ser produzidos se diversos atos semelhantes fossem praticados. No primeiro caso, pergunta-se: o que acontecerá se esta conduta for praticada? No segundo, a questão é

²²⁹ SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008. p. 25.

²³⁰ MILL, John Stuart Mill. *On liberty*. p. 71.

²³¹ LYONS, *Forms and limits of utilitarianism*. Oxford (Inglaterra): Clarendon Press. 1965. pp. 225 e ss.

diferente: considerando que todos podem ter este comportamento, quais seriam os efeitos de uma hipotética prática generalizada?²³² Os dois grupos de utilitarismo avaliam condutas individuais ou individualizáveis quanto ao seu resultado e respectiva utilidade, considerando-os no plano dos fatos.

Em relação ao utilitarismo de regras (*rule utilitarianism*), em vez de observar as consequências de um ato particular ou de um conjunto de atos, deve-se determinar se um ato é correto por um método diferente. 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.²³³ 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).

Com a evolução do utilitarismo de regras, o princípio da utilidade, que considera a promoção da felicidade por um ato individual, muda seu contexto. Quem sobrepõe o utilitarismo de regras sobre o utilitarismo simples (*act utilitarianism*) entende que a promoção da felicidade deve estar no regramento da sociedade e não em condutas individuais. Quer dizer, 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 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).²³⁴

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 a vida de 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

²³² *Ibidem.* pp. 03 e ss.

²³³ BIERMAN, A. K. op. cit. p. 297.

²³⁴ FEINBERG, Joel. The forms and limits of utilitarianism. *The Philosophical Review. The Philosophical Review*. Pittsburgh (EUA), vol. 76, n.º 03, 1967. p. 373.

melhor.²³⁵ Aqui percebemos a distinção entre o utilitarismo simples e o utilitarismo de regras.

A doutrina utilitária que mais interessa ao direito penal é 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,²³⁶ através da qual as regras sociais de bem estar resultam do comportamento do maior número possível de pessoas, indeterminavelmente. 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.

2.6. Utilitarismo e direito penal

Foi exposto até aqui que a doutrina utilitarista fundamenta-se na utilidade de um comportamento. 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 iguais. 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 tenhamos bem definida a utilidade que desejamos e os meios legítimos 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.²³⁷

Diante de tais afirmações, vamos dividir a relação entre utilitarismo e direito penal nos seguintes pontos: (a) maior utilidade na proteção a bens jurídicos relevantes e (b) maior

²³⁵ BIERMAN, A. K. op. cit. p. 298.

²³⁶ HARE, R. M. *Freedom and reason*. London, Oxford (Inglaterra), New York (EUA): Oxford University Press. 1963. p. 118.

²³⁷ BRANDT, Richard B. *The utilitarian theory of criminal punishment*. p. 412.

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.²³⁸ Trata-se, na verdade, de uma leitura utilitarista de dois princípios do direito penal, respectivamente: lesividade e subsidiariedade.

A conjugação dessas duas utilidades será o núcleo do que chamaremos “utilitarismo normativo-axiológico”. Em primeiras e breves palavras, entendemos 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 em elaboração e aplicação das normas e *axiológico* à medida que há valores que devem ser 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.²³⁹

Antes de expor o “utilitarismo normativo-axiológico” é mister fazer as considerações sobre o “utilitarismo da melhor proteção” e o “utilitarismo da maior liberdade”, uma vez que tais conceitos serão a estrutura do trabalho.

2.6.1. 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 proteção de bens jurídicos que não encontram outra forma de tutela no ordenamento. Assim, deve-se fazer um balanço daqueles interesses que o direito em geral deve proteger e, no fim,

²³⁸ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. p. 33.

²³⁹ WARNOCK, G. J. *The object of morality*. Londres (Inglaterra): Methuen Young Books. 1971. p. 31.

destacar os mais relevantes que não podem ser protegidos de outra maneira. É o que vamos denominar “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, como a mais repressiva hipótese de controle social formal, existem os 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).²⁴⁰ Por controle social informal entendemos o conjunto de regras impostas por grupos não oficiais do Estado e que, de alguma maneira, impõem determinados comportamentos. Por exclusão, podemos 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.

Quando nos referimos a comportamentos paternalistas, estes podem ser provenientes do controle social formal ou informal. Quer dizer que negar a legitimidade de uma norma penal paternalista (controle social formal) não implica necessariamente em rejeitar uma interferência que não seja originária do Estado (controle social informal).²⁴¹ Assim, por exemplo, entendemos inconcebível a norma penal como meio de incentivar a fidelidade conjugal, porém, é viável que uma religião imponha certas regras para a

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ RAMIRO AVILÉS, Miguel A. A vueltas con el paternalismo jurídico. *Derechos y libertades*, Madri (Espanha), n.º 15, jun. 2006. pp. 236 e ss.

estabilidade da vida em comum do casal. Por isso, alguns casos não podem sofrer influência do paternalismo penal, mas outras formas de paternalismo são legitimadas.

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 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.²⁴²

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 valer 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 incluímos 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.

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. Temos aqui a utilidade da maior eficácia.

2.6.2. A maior liberdade aos cidadãos

²⁴² BRANDT, Richard B. The utilitarian theory of criminal punishment. p. 411.

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 tipos penais num ordenamento, menor a liberdade de agir das pessoas daquela sociedade. Se elevado for o número de condutas proibidas numa sociedade, 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 se aumentar a utilidade da norma, o direito penal terá um valor meramente simbólico e sua legitimação encontrar-se-á em crise.²⁴³

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, menor será o 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.

2.6.3. Utilitarismo normativo-axiológico

Dados os conceitos necessários, podemos apresentar a proposta de um utilitarismo normativo-axiológico aplicável ao direito penal. Se a função do direito penal 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. Ao

²⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pp. 292 e ss.

proibir um comportamento, o legislador deve analisar as maiores probabilidades possíveis de atingir o resultado almejado.²⁴⁴

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 têm o objetivo de evitar prejuízos aos interesses tutelados pelo direito penal. Todos, sem exceção, devem 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.

Os bens jurídicos passíveis de serem tutelados pelo direito penal são aqueles que permitem o exercício da autonomia. Seguem alguns exemplos para ilustrar a afirmação. Se alguém furta o dinheiro de uma pessoa, reduzirá a capacidade da vítima de dispor de seu próprio patrimônio, ou seja, haverá uma diminuição da autonomia de comprar objetos ou investir em algo. Se uma pessoa agride fisicamente seu desafeto, o ofendido perderá parte da autonomia de usufruir sua integridade física, a qual ficou comprometida com a agressão. Enfim, há redução de autonomia do titular sobre um bem jurídico quando este é atingido por comportamento de alguém.

A utilidade de ordem axiológica parte do pressuposto de que a utilidade da norma penal não pode ser qualquer proteção a 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

²⁴⁴ 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.

(principalmente subsidiariedade, lesividade e proporcionalidade). A imposição de comportamentos deve estar 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 para si mesmo.²⁴⁵ 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. Novamente recorrendo ao conflito das preferências objetivas e subjetivas, 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 da cada pessoa não é suficiente para proibir ou ordenar condutas justamente pela falta de coincidência entre os interesses de todos os membros de uma sociedade.²⁴⁶ 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.²⁴⁷

²⁴⁵ DIEGO FARRELL, Martín. op. cit. p. 141.

²⁴⁶ GAUTHIER, David P. *Morality and rational self-interest*. New Jersey (Estados Unidos): Prentice Hall. 1970. pp. 03 e ss.

²⁴⁷ JAREBORG, Nils. op. cit. p. 524.

3. PATERNALISMO

3.1. Origem do termo

Antes de entrar no conceito de *paternalismo*, é necessário discorrer, mesmo que brevemente, sobre a origem da palavra. Sua raiz *pater* vem do latim e significa *pai*. Em maior esclarecimento, o termo representa um tipo de comportamento de um superior sobre seu inferior, como o pai agindo sobre comportamento do filho²⁴⁸. A relação de fragilidade entre sujeitos, muitas vezes, pode passar uma ideia pejorativa,²⁴⁹ mas não é bem assim que deve ser encarada. O paternalismo pode ser legítimo e útil à sociedade. Apesar das diferentes concepções desenvolvidas, três ideias básicas podem ser extraídas.

Primeiramente, considerando que uma criança é mais vulnerável e indefesa, requer-se um suporte e uma assistência de alguém mais forte. Segundo, por não ter a criança capacidade e responsabilidade sobre suas ideias, ela precisa de uma orientação. Por fim, a criança ignora muitas coisas e pode ser facilmente enganada ou conduzida a servir apenas aos interesses do adulto, sem ser recompensada por isso.²⁵⁰

Nada é mais necessário à vida humana e, felizmente, nada mais comum que a preocupação dos pais em relação aos filhos. O desenvolvimento da criança depende do recebimento de atenção e cuidados. No curso original das coisas, os pais, mais maduros e competentes, sempre interferem nas escolhas dos infantes com o fim de prevenir lesões e trazer benefícios e estes. Assim acontece para se buscar o melhor interesse para as crianças, não para os pais ou outras pessoas.²⁵¹

A pessoa debilitada é representada pela figura de uma criança que necessita de um “grande pai” que possa ensinar-lhe o que é bom para si mesma. O *pater* é o mais forte, como historicamente sempre foi concebida a imagem masculina. Por isso, considera-se o

²⁴⁸ SUBER, Peter. Paternalism. In: BERRY GRAY, Christopher (org.) *Philosophy of Law: An Encyclopedia*, vol. II. Nova Iorque (EUA): Garland. 1999. p. 632.

²⁴⁹ RAMÓN DE PÁRAMO ARGUELLES, Juan. Prólogo da obra *Autonomia y paternalismo*. p. 09.

²⁵⁰ MOULDS, Elizabeth F. Chivalry and Paternalism: Disparities of Treatment in the Criminal Justice System. *The Western Political Quarterly*, Salt Lake City (EUA), vol. 31, n.º 03, set. 1978. p. 418.

²⁵¹ MORRIS, Herbert. A paternalistic theory of punishment. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 18, n.º 04, out. 1981. pp. 263 e ss.

mais preparado para buscar o melhor a quem dele depende. Como pessoa debilitada, incapaz de tomar suas decisões, podemos citar a própria criança e determinados adultos sem o discernimento mínimo necessário.

Esta analogia é aplicável quando o Estado, uma organização, ou mesmo um indivíduo agem sobre outro Estado, outra organização ou outro indivíduo como se o pai estivesse atuando sobre um filho.²⁵² Os dois pólos da relação paternalista são ocupados por duas partes bastante distintas: aquele que quer proteger, como se fosse o pai, e o protegido, o suposto filho.

Apesar da raiz *pater* ter surgido do latim, o termo *paternalismo* tem origem anglo-saxã e é definido como a prática de uma administração paternal ou como a intenção de suprir as necessidades ou regular a vida de uma nação da mesma forma como um patriarca faz com sua família.²⁵³ A explicação preliminar, extraída de sua origem, ainda não é suficiente para satisfazer um estudo filosófico e jurídico do paternalismo. Faz-se necessária uma análise mais profunda do conceito para considerar a legitimidade da interferência do direito penal nas escolhas dos cidadãos.

O paternalismo requer uma diferenciação entre seus aspectos descritivos e normativos. São questões que se retroalimentam reciprocamente, pois “a descrição das interferências que se consideram paternalistas repercute no planejamento e na solução de problemas normativos que suscitam”.²⁵⁴ A interferência na liberdade no Estado democrático de Direito precisa ser justificada e, portanto, o melhor é começar pelo aspecto descritivo do paternalismo para, adiante, discorrer sobre sua justificação.²⁵⁵

²⁵² FOTION, N. Paternalism. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 89, n.º 2, pp. 191-198, jan. 1979. p. 191.

²⁵³ ALEMANY, Macario. op. cit. p. 38.

²⁵⁴ DÍAS PINTOS, Guillermo. *Autonomía y paternalismo*. Murcia (Espanha): Universidad de Castilla – La Mancha. 1993. p. 67.

²⁵⁵ Essa é a metodologia sugerida e adotada por quase toda a doutrina. Conferir, entre outros: DÍAZ PINTO, Guillermo. op. cit. pp. 68 e ss.; HUSAK, Douglas N. Paternalism and autonomy. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, n.º 01, 1981. pp. 27 e ss.; TROUT, J. D. Paternalism and Cognitive Bias. *Law and Philosophy*, Holanda, vol. 24, pp. 393-434, 2005; ALEMANY, Macario. op. cit. pp. 29 e ss.; DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://www.seop.leeds.ac.uk/entries/paternalism>>. Acesso em: 10 out. 2008; ROSTBOLL, Christian. Preferences and paternalism – on freedom and deliberative democracy. *Political Theory*, Thousand Oaks (EUA), vol. 33, n.º 03, pp. 370-396, jun. 2005.

3.2. Três conceitos de paternalismo

O primeiro ponto importante do trabalho é delinear os conceitos de paternalismo que serão utilizados até sua conclusão. Partiremos de um conceito mais amplo para chegarmos ao mais estrito. O primeiro conceito é o de paternalismo, ou, para ser mais preciso, paternalismo geral. Em seguida, refinaremos o conceito para chegar ao paternalismo jurídico. Por fim, trabalharemos com o paternalismo jurídico-penal (ou, simplesmente, paternalismo penal). Entendemos ser necessário compreender o paternalismo em sentido amplo, ao contrário de opiniões que defendem como único interesse de estudo a crítica ao paternalismo fundada na ética normativa-individual, ou seja, no uso das leis do Estado como meio de restringir a liberdade individual.²⁵⁶ Existem outras formas de comportamento paternalista além do sistema normativo, que fazem parte do controle social informal.

Os conceitos vão se afinando, de modo a ser um mais amplo que o outro. O paternalismo geral é mais amplo que o paternalismo jurídico, assim como este é mais amplo que o paternalismo penal. Considerar-se-á um conceito como espécie do outro. Desse modo, paternalismo penal é espécie de paternalismo jurídico, e este é espécie de paternalismo geral.

Paternalismo → Paternalismo jurídico → Paternalismo jurídico-penal

O objetivo central da tese é confirmar se existem casos em que o paternalismo jurídico-penal seja legítimo. Não obstante, para se chegar a uma resposta satisfatória, devemos examinar o paternalismo em seus conceitos mais amplos. Cada conceito apresentará os pontos em comum e outros distintos. As características distintas são as peculiares inerentes à natureza das normas jurídicas. Nem todo comportamento paternalista vem do Estado, assim como nem todas as normas paternalistas são da mesma espécie. Há normas paternalistas de natureza civil, trabalhista, penal, administrativa, entre outras. Por isso há a necessidade de traçar os limites de atuação do direito penal e buscar sua legitimidade quando houver interferência nas possibilidades de escolha de uma pessoa.

²⁵⁶ RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, vol. LVI, fasc. 227, jul./set. 2007. p. 346.

Pode-se adiantar que o paternalismo penal é exercido por meio da coerção estatal, que utiliza leis penais com o fim de proibir determinadas condutas. Somente podem ser criminalizadas condutas que representam uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico penalmente relevante.²⁵⁷ Essas condutas são descritas nos tipos penais e a elas são cominadas penas, que podem ou não ser aplicadas, de acordo com o caso concreto.²⁵⁸

A cominação de penas demonstra a coerção do Estado, que faz uso do seu meio mais repressivo para impedir a prática de uma infração. Quando um comportamento é descrito como crime, o Estado quer interferir na escolha de alguém, mostrando que, caso opte pela conduta proibida, a pena cominada é a possível consequência dessa opção.

3.3. Conteúdo material de paternalismo

Para a melhor compreensão do paternalismo, necessário que se desenvolva seu conteúdo, parte por parte, explicitando os conceitos fundamentais. A partir daí será possível entrar nas questões pertinentes ao paternalismo jurídico. Neste capítulo serão tratados os pontos que compõem a definição de paternalismo e, adiante, seus aspectos normativos.

3.3.1. Primeiros esclarecimentos

O conceito de paternalismo não é único. Algumas de suas características parecem ser aceitas unanimemente pela doutrina, no entanto, há algumas variações quanto ao alcance do conceito. Apesar de diferentes concepções, os fundamentos são os mesmos. Consideram-se o bem que se busca e a pessoa beneficiada. O paternalista age em favor de outro, para buscar-lhe as melhores consequências.

Em uma ampla concepção, podemos dizer que uma pessoa age paternalisticamente quando trata alguém como se fosse um pai ditando as regras a uma criança. Este comportamento paternalista demonstra preocupação com o bem-estar da pessoa e a

²⁵⁷ Conforme já defendemos na dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP (MARTINELLI, João Paulo Orsini. *O bem jurídico tutelado na lei de lavagem de capitais*. 2007).

²⁵⁸ Para alguns casos são aplicados o perdão judicial, a transação penal, a suspensão condicional do processo, ou pode incidir uma causa de extinção da punibilidade. Por isso, não confundir pena cominada com pena aplicada.

presunção de que esta escolha é a melhor. O paradigma do paternalismo e o foco da maioria da discussão filosófica sobre o tema é a restrição da liberdade das pessoas, contra sua vontade, para seu próprio bem.²⁵⁹ Como sintetizou Archard, a essência do paternalismo é a usurpação da escolha de alguém, para seu próprio bem, feita por outra pessoa.²⁶⁰

3.3.2. Definição

Para uma definição bem elaborada, faz-se necessário discorrer sobre as características que entendemos essenciais para afirmar que uma conduta seja paternalista. Ao juntar as características que estão expostas abaixo, podemos definir paternalismo como a interferência na liberdade de escolha de uma pessoa, presumidamente incapaz, contra sua vontade, com o objetivo de promover-lhe um bem. Esta é uma definição bastante sintética e, por isso, merece maiores detalhes.

3.3.2.1. Características do paternalismo

Analisando as definições elaboradas por diversos autores²⁶¹, chegamos à conclusão de que um comportamento paternalista apresenta as seguintes características: (a) um comportamento, positivo ou negativo, no sentido de informar ou obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo; (b) falta de confiança de quem age em relação à capacidade de alguém; (c) segurança suficiente sobre aquilo que se entende ser melhor a alguém; (d) contrariedade à vontade de alguém; (e) objetivo, final ou não, de promover um bem ou evitar um mal. Ressalta-se que tais características referem-se ao paternalismo em geral, que pode ser praticado por qualquer pessoa ou entidade, sem um meio específico, entendendo-se por alguém a pessoa que sofre a restrição em sua liberdade.

²⁵⁹ ARNESON, Richard J. Paternalism. In: CRAIG, Eduard (Org.) *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres (Inglaterra), vol. 07, 1998. p. 250.

²⁶⁰ ARCHARD, David. Paternalism Defined. *Analysis*, Oxford (Inglaterra), vol. 50, n.º 01, jan. 1990. p. 36.

²⁶¹ Conferir, entre outros: Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (orgs.) *Philosophy of Law*. Encino (EUA): Dickenson Publisling. 1975. pp. 230-239; HOSPERS, John. Libertarianism and legal paternalism. *The Journal of Libertarian Studies*, Alburn (EUA), vol. IV, n.º 03. pp. 255-265. 1980; KLEINIG, John. *Paternalism*. Totowa (EUA): Rowman and Allanheld, 1984.

3.3.2.2. Comportamento contrário à vontade de alguém

O comportamento exigido contra a vontade de alguém pode apresentar-se em três modalidades: uma informação ou um conselho; uma restrição na escolha; e a imposição de uma conduta (positiva ou negativa). Cada uma destas modalidades será exposta a seguir mais detalhadamente.

Podemos dividir estas modalidades em duas categorias, de acordo com o meio de execução. A primeira categoria abrange a informação ou o conselho, e sua característica principal é a maior liberdade de ação da pessoa meramente informada. A segunda, que contém a restrição de escolhas e a imposição de uma conduta, caracteriza-se por reduzir as possibilidades de comportamento de alguém. Na verdade, a segunda categoria interfere diretamente na liberdade do sujeito, diferentemente da primeira, que o auxilia na hora de optar por uma conduta, como tentativa de induzi-lo a agir de outra maneira.

A primeira categoria não é aceita por alguns como exemplo de paternalismo. Parte da doutrina entende que há necessidade de restringir efetivamente a liberdade de escolha pela coerção,²⁶² ceifando opções possíveis, o que não se passa com o mero conselho. *Data venia*, entende-se que o conselho insistente, cuja finalidade é alterar o rumo do comportamento da pessoa, contra sua vontade, também é paternalismo, conforme se verá adiante.

3.3.2.2.1. Informação ou conselho

A primeira possibilidade de comportamento paternalista é informar alguém sobre seus atos e suas eventuais consequências. Uma das situações em que julgamos uma pessoa incapaz de se comportar de determinada maneira é a falta de informação mínima sobre os desdobramentos de sua conduta. Quem se julga mais forte adverte o mais fraco, sem, no entanto, coagi-lo. Não obstante, para que um conselho seja paternalista, é necessário que o mesmo seja insistente, capaz de perturbar o eventual beneficiário.

²⁶² Entre os que entendem que apenas a coerção é meio de praticar o paternalismo: HART, H. L. A. *Law, liberty and morality*. pp. 08 e ss.

A informação implica o uso dos meios de comunicação para alertar uma pessoa, seja por palavras, seja por qualquer tipo de sinais. Não há imposição ou coerção, apenas é oferecida a oportunidade de refletir sobre eventuais danos que uma ação pode causar sobre a própria pessoa. Podem ser utilizados um conselho, uma propaganda, um aviso, desde que insistentemente.

Desta forma, a informação insistente aparece como a forma mais branda de interferir na vontade do supostamente mais fraco. Não há norma, nem coação. Abre-se uma faculdade de agir ao sujeito. Recebida a informação suficiente para tomar suas decisões, pode o mais fraco agir ou não conforme foi informado.

Ao considerar a informação como meio de ação paternalista, adota-se um conceito amplo de paternalismo, compreendido como tudo aquilo que um pai poderia fazer para alcançar o melhor a seu filho. Mas a insistência é diferente de uma simples informação. O pai dá conselhos ao filho para que o mesmo desenvolva sua capacidade de agir por si mesmo. A partir do momento em que essa capacidade é exercida e promove-se uma insistente tentativa de alterar as ideias de alguém, temos um comportamento paternalista mesmo que sem a coerção.²⁶³

Informar insistentemente alguém é um comportamento paternalista que não restringe a liberdade de escolha de uma pessoa. Ao contrário, a finalidade da informação é dar condições melhores de optar com maior convicção. Mas não é qualquer tipo de informação que pode ser entendido como paternalismo. Algumas informações surgem como necessárias, pois o sujeito precisa delas para formular suas ideias. Por exemplo, se houver uma ponte quebrada, a pessoa que pretende atravessá-la tem o direito de saber para refletir se vai ou não arriscar sua integridade física ou vida. Isso não é paternalismo. Por outro lado, se A sabe que a ponte está quebrada, e B insiste para que A não atravesse, B está sendo paternalista ao informar novamente que pode haver um incidente.

Parte-se, assim, de duas situações distintas. No primeiro caso, A não possui a informação suficiente para refletir sobre sua conduta e eventuais consequências. Se B o informar devidamente, A pode prosseguir ou desistir. Se decidir por prosseguir, apesar de ciente dos riscos, B pode deixar ou insistir na informação. Reforçar a informação, com o

²⁶³ SANKOWSKI, Edward. "Paternalism" and social policy. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 22, n.º 01, jan. 1985. p. 02.

intuito de mudar a ideia de A, é uma atitude paternalista, pois há alguém inconformado com a decisão de outrem a respeito de seu próprio bem estar.

Reafirma-se que fornecer a informação suficiente para alguém refletir sobre seus atos e suas consequências não configura paternalismo. Paternalista é a repetição da informação já adquirida pela pessoa, ou seja, tentar mudar sua ideia a respeito de um comportamento autolesivo. Quem reforça a informação não precisa ser necessariamente aquele que a forneceu primeiro. O próprio sujeito que pretende lesar a si mesmo pode, por conta própria, ter adquirido a informação necessária ao completo discernimento e um amigo, na tentativa de alterar sua conduta, alerta-o sobre eventuais danos.

Assim, a primeira forma de comportamento paternalista é o conselho insistente. A informação sobre prováveis danos integra o intelecto da pessoa, que faz a opção pela autolesão. A partir do momento em que esta sente-se importunada pela insistência de alguém que quer evitar-lhe a lesão ou promover-lhe um benefício, temos uma conduta paternalista.

3.3.2.2.2. Redução de escolhas

Pode-se dizer que restringir a escolha de alguém quanto à sua conduta pode ser uma forma de paternalismo. Se A sabe que B pode se prejudicar com determinada ação, A pode impedir que B o faça reduzindo suas opções. É o exemplo do marido (A) que esconde as pílulas de dormir da esposa (B) que apresenta características suicidas.

Percebemos que não adiantaria A informar a B que tomar as pílulas poderia ser fatal. É necessário agir para evitar a autolesão, pois B está disposta a praticar o suicídio. Assim, A restringe a possibilidade de suicídio de B ao esconder as pílulas. Trata-se, pois, de intervenção em sua liberdade de escolha. Tomar as pílulas, mesmo que esta seja a sua opção, não será possível, pois houve uma conduta de A no sentido de restringir a liberdade de agir de B.

Outra hipótese de restrição de escolhas ocorre, com frequência, no relacionamento do médico com o paciente.²⁶⁴ Temendo algum desconforto emocional, pode o médico

²⁶⁴ Conferir, entre outros: McGEE, Andrew. Finding away through the ethical and legal maze: withdrawal of medical treatment and euthanasia. *Medical Law Review*, Oxford (Inglaterra), vol. 13, pp. 357–385, 2005;

mentir ao seu paciente sobre a real situação de sua saúde. Ao não revelar a gravidade de sua doença, o médico pode restringir a liberdade de escolha do paciente que, por sua personalidade, provavelmente cometeria o suicídio. Outra finalidade a ser atingida pode ser um estímulo maior do doente em seguir no tratamento, uma vez que, se soubesse da gravidade da moléstia, desistiria de buscar a própria cura. Agindo desta maneira, o médico restringe a escolha do paciente no que se refere às emoções negativas.

Esta primeira modalidade de restrição da liberdade não pressupõe coação, apenas reduz as escolhas, deixando à pessoa protegida um campo menor de atuação. Não se comina qualquer tipo de sanção ou ameaça para impedir um comportamento, restando somente opções não prejudiciais ao protegido. O sujeito paternalista, por meio de uma ação, provoca a omissão da pessoa, que não vê outros meios de praticar a autolesão.²⁶⁵

3.3.2.2.3. Imposição

Como última modalidade de comportamento que pode ser exercido sobre a vontade de alguém está a imposição (ou coerção), que já chegou a ser confundida com o próprio conceito de paternalismo. O sujeito paternalista faz uso de ameaça ou sanção para impedir o comportamento da pessoa que pode se prejudicar. É o meio mais gravoso de restrição da liberdade, pois há a cominação de uma sanção a determinada conduta caso esta seja praticada (por exemplo, as infrações administrativas ou penais). Há quem entenda que essa imposição que restringe a liberdade deve-se à natureza do direito, não à natureza do paternalismo.²⁶⁶

Duas são as hipóteses de imposição paternalista. Quando A obriga B a fazer algo, para seu próprio bem, há a imposição de um comportamento positivo. Por outro lado, se B for coagido a omitir-se, temos um comportamento negativo. Nas duas hipóteses há uso de ameaça, inclusive por meio de sanção, ou violência para obrigar o beneficiado a fazer ou deixar de fazer algo, contra sua vontade, para o seu bem. Diferentemente da restrição de

MANNING, Joanna. Informed consent to medical treatment: The Common-Law and New Zealand's Code of Patient's Rights. *Medical Law Review*, Oxford (Inglaterra), vol. 12, pp. 181-216, 2004.

²⁶⁵ ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*, Alicante (Espanha), vol. 05, pp. 1998. p. 206.

²⁶⁶ GERT, Bernard, CULVER, Charles M. Paternalistic Behavior. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 06, n.º 01, out. 1976. p. 47.

escolhas, em que o beneficiado desconhece a existência de outras opções, na imposição de um comportamento o beneficiado sabe da existência de diversas opções, porém, não consegue, por algum motivo, agir conforme sua vontade.

A imposição de um comportamento positivo consiste em obrigar uma pessoa a agir, contra sua vontade, entendendo que a conduta imposta é a melhor. São exemplos de imposição de comportamentos positivos: (a) o sujeito é obrigado a contribuir mensalmente para a Previdência Social, sob pena de responder administrativa e penalmente, com o fim de garantir sua aposentadoria no futuro; (b) o motociclista é obrigado, mediante imposição de multa administrativa, a usar capacete enquanto trafega pelas vias públicas; (c) o motorista deve usar cinto de segurança, caso contrário será multado; (d) o usuário de drogas pode ser obrigado, por decisão judicial, a submeter-se a tratamento.

Quando um comportamento positivo é imposto a alguém, a pessoa beneficiada deixa de se omitir ou de agir de outra maneira, contrariamente à sua vontade. Nos exemplos acima citados, pouco importa se a pessoa não esteja preocupada com uma aposentadoria confortável no futuro, se aceita correr o risco de morrer num acidente de trânsito ou se quer se recuperar da dependência. Para o seu próprio bem, segundo o julgamento de outrem, o sujeito é impelido a agir conforme o entendimento de um terceiro, que pode ser uma entidade ou outra pessoa.

É possível, também, que a pessoa beneficiada seja obrigada a não agir como deseja. Se A entender que B não deve entregar uma grande quantia em dinheiro como doação a uma entidade, pode, além de esconder o montante, impedir a ação de forma brusca ou sob ameaça (a esposa pode dizer ao marido que, se a doação for efetivada, ela dará início ao processo de divórcio). O mesmo fundamento está na norma que proíbe a redução à condição análoga à de escravo, mesmo que o sujeito aceite viver em condições de submissão em troca de comida e lugar para dormir. As tentativas de impedir o comportamento descrito estão fundamentadas na ideia de que a doação é exagerada e poderá privar o doador de uma vida digna, pois seu patrimônio será dissipado, e na premissa de que ninguém pode ser privado de viver com o mínimo de dignidade e, assim, não é aceitável haver escravidão.

Quando uma pessoa impede outrem de agir de forma a lesar a si mesmo ou deixar de obter um benefício dizemos que o beneficiado foi coagido a um comportamento

negativo. A abstinência é a forma buscada para evitar um dano que poderia ser provocado caso a pessoa se comportasse positivamente. É a hipótese, também, do potencial suicida que é amarrado à cama enquanto dormia para não ter condições de se matar durante a madrugada, quando não está sendo vigiado.

A coerção a um comportamento negativo é, portanto, uma maneira de interferir na liberdade de escolha de uma pessoa. Apesar de alguém consentir numa autolesão ou na perda de um benefício, paternalisticamente sua ação é restringida, contra sua vontade, por outrem, por entender que a omissão, no caso, é a melhor opção. A diferença entre restringir as opções e impor um comportamento negativo está na consciência da pessoa protegida: na primeira hipótese, falta consciência sobre a possibilidade de agir porque ocultou-se algo; na segunda, existe esta consciência, no entanto, apesar de ser possível, a pessoa é impedida de atuar conforme sua vontade.

3.3.2.3. Contrariedade à vontade de alguém

O conselho insistente, a redução de opções e a imposição possuem como característica comum a contrariedade à vontade de quem é julgado incapaz de reger o próprio comportamento. A conduta paternalista de A sobre B deve ser contrária aos desejos de B, que, por suposição de A, não teria condições de refletir sobre o que seja melhor para si. Por um raciocínio inverso, se A acreditasse na capacidade de B, não interferiria em sua decisão.²⁶⁷

Aquele que recebe um tratamento paternalista, inicialmente, possui uma ideia que, a princípio, pode ser prejudicial a si mesmo. Quem quer protegê-lo ou promover-lhe um benefício imagina que sua vontade deve ser desconsiderada por algum motivo: inconsciência no momento, falta de capacidade de discernimento, imaturidade ou qualquer outro fundamento semelhante. Por entender que a vontade da pessoa não tenha validade, o sujeito paternalista age contrariamente a esta e impõe aquilo que entende ser melhor.

O sujeito paternalista sabe que, ao fazer ou omitir algo da pessoa protegida, está a contrariar sua preferência, sua disposição ou sua intenção no preciso momento em que

²⁶⁷ WHITMAN, Douglas Glen, RIZZO, Mario J. Paternalist slopes. *NYU Journal of Law & Liberty*, Nova Iorque (EUA), vol. 02, 2007. pp. 414 e ss.

atua.²⁶⁸ Uma lei paternalista segue o mesmo critério: rompe-se a liberdade de alguém, limitando os interesses individuais, em face de sua própria liberdade de ação, não sendo oferecida a escolha de recusar a medida protetiva.²⁶⁹

Quando uma lei entra em vigência, num primeiro momento, o Estado não considera a vontade da pessoa em cumpri-la ou não. A lei deve ser cumprida, sob ameaça de uma sanção cominada. Apesar da lei expressar, em tese, a vontade da maioria, o seu cumprimento, quando obrigatório, independe da aceitação do indivíduo concreto. Desse modo, podemos afirmar que o Estado, quando edita uma lei paternalista, desconsidera as pessoas que não querem receber um benefício ou evitar um mal a si mesmas. Não há necessidade de que os beneficiados sejam determinados, basta que sejam presumidos,²⁷⁰ como é o caso de uma lei paternalista, que tem como característica a universalidade.

Por outro lado, quando a pessoa beneficiada concorda com o comportamento de quem lhe quer o bem, o tratamento deixa de ser paternalista. Quando alguém acerta os números do sorteio da loteria e, por determinação legal, tem o direito de receber o prêmio, não se trata de paternalismo, uma vez que quem apostou concorda em ser beneficiado por aquilo que é seu por direito. Seria paternalista, por exemplo, uma lei que obrigasse o ganhador a receber o prêmio se este não o quisesse mais.

Poder-se-ia levantar que o conselho insistente, aqui considerado como paternalismo, seria incompatível com o requisito da contrariedade da vontade, pois, uma vez aceito o conselho, a vontade seria modificada. Entende-se que a insistência do conselho também é contrária à vontade da pessoa protegida. Além da liberdade física, é possível limitar a liberdade de consciência, transformando uma ideia original, pois o agente paternalista entende que a sua opinião é mais benéfica e, desse modo, desvia o curso inicial do comportamento de alguém.

Enfim, uma conduta paternalista é caracterizada pela divergência de vontades entre a pessoa beneficiada e aquele que quer beneficiá-la. A lei paternalista é aquela que pretende proteger a outra parte da relação quaisquer que sejam seus desejos sobre o assunto.²⁷¹ A

²⁶⁸ DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de bienestar. *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*, Alicante (Espanha), vol. 05, 1998. p. 178.

²⁶⁹ RIGOPOULOU, Maria. op. cit. p. 345.

²⁷⁰ ATIENZA, Manuel. op. cit. p. 207.

²⁷¹ ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito penal. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, vol. LVI, fasc. 227, jul./ago. 2007. p. 335.

convergência de vontades significa que aquilo que o sujeito quer é o mesmo que o outro entende ser melhor, portanto, não há conflitos. Sem atrito de vontades, não existe a necessidade de restringir as opções do sujeito.

Caso interessante, e sempre citado pela doutrina, é o autopaternalismo. Ocorre quando alguém solicita a privação de sua própria liberdade para evitar prejuízos. O sujeito consente na restrição em situações determinadas, mesmo que contrariando sua vontade factual. Exemplo comum é o dependente químico pedir para ser amarrado quando não houver alguém por perto que o impeça de usar drogas ou o sujeito solicitar aos amigos que não o deixem dirigir se beber muito. A doutrina costuma citar o caso relatado na *Odisséia*, no qual Ulisses pede para ser amarrado ao mastro como forma de se proteger de si mesmo quando estiver sob efeito do canto das sereias. Assim, Ulisses, sem possibilidade de se mover, não cederia aos encantos e não colocaria sua vida e a dos demais navegadores em risco. Enquanto está consciente, Ulisses demonstra a vontade de estar protegido e de ser desamarrado quando estiver em hipnose, mesmo que neste momento a vontade demonstrada seja a de ceder aos encantos das sereias.²⁷²

O autopaternalismo contraria a vontade do agente demonstrada no momento da conduta paternalista. Respeita-se a vontade real, aquela que seria explicitada caso o sujeito tivesse capacidade para tal. No exemplo do usuário de drogas amarrado, o que se pretende é levar adiante sua vontade demonstrada quando estava em estado mental normal, junto de seus familiares. Já no caso de Ulisses, o que vale é sua vontade anterior ao encanto das sereias. Preserva-se, assim, com um comportamento paternalista, a autonomia da pessoa, evitando-se um dano a pedido dela própria e permitindo que a mesma continue a ser autônoma posteriormente.²⁷³

3.3.2.4. Falta de confiança na capacidade de alguém

Numa relação paternalista, A entende que B não tem condições de buscar o melhor a si mesmo. Podemos afirmar que existe uma espécie de pré-julgamento sobre a capacidade

²⁷² ALEMANY, Macario. op. cit. p. 362; DWORKIN, Gerald. Paternalism. p. 236.

²⁷³ POPE, Thaddeus Mason. Monstrous impersonation: a critique of consent-based justification for hard paternalism. *University of Missouri-Kansas Law Review*, Kansas City, vol. 73, n.º 03, pp. 681-713, 2005. p. 690.

de discernimento de B, o qual, sozinho, não teria condições de levar adiante suas ações. Exemplos históricos não faltam para ilustrar situações em que a capacidade e a cultura de certos povos foram subestimadas por quem se julgava superior.

A América Latina experimentou durante sua história um comportamento paternalista da Igreja Católica sobre os indígenas, com a atuação dos jesuítas em terras americanas. Por desconhecerem a cultura dos brancos e, na avaliação destes, serem menos evoluídos, os índios foram obrigados a uma educação e à transformação cultural porque eram seres muito vulneráveis e incapazes de dirigir da melhor maneira a comunidade em que viviam. A vida comunitária primitiva era vista como algo impróprio pelos jesuítas, pois os deuses a quem obedeciam não era o mesmo da Igreja católica.²⁷⁴

Outros fatos históricos também importantes foram os governos populistas. Uma nova forma de paternalismo instaurou-se na América Latina. O fundamento era o mesmo dos jesuítas. O povo marginalizado, sem cultura e educação, como eram os camponeses e os pobres, não estaria preparado para exercer a liberdade política adquirida com a independência dos países. Assim, houve apoio da Igreja aos governos populistas, de cunho meramente paternalista, como algo necessário, pois a consciência política não seria adquirida de uma hora para outra.²⁷⁵ Apesar do paternalismo ser auto-destrutivo, num primeiro momento, far-se-ia necessário para evitar o uso indevido da liberdade nunca antes provada.²⁷⁶

De maneira semelhante, Schweitzer descreveu a África como um continente despreparado para a independência política, já que, para alcançá-la, seriam necessárias a independência econômica e a irmandade entre as tribos. Como o continente africano, nos anos 50, ainda vivia de uma economia primitiva e recheada por guerras tribais, o autor defendia a necessidade de governos paternalistas que permitissem, mais tarde, a plena independência dos países. Um comportamento paternalista do Estado fazia-se plenamente

²⁷⁴ KADT, Emanuel de. Paternalism and Populism: Catholicism in Latin America. *Journal of Contemporary History*, Sussex (Inglaterra), vol. 2, n.º 4, out. 1967. p. 91.

²⁷⁵ *Ibidem.* p. 98.

²⁷⁶ Opinião semelhante: VARLEY, Ann. ¿Clientelismo o tecnocracia? La logica politica de la regularizacion de la tierra urbana, 1970- 1988. *Revista Mexicana de Sociología*, Cidade do México (México), vol. 56, n.º 04, out./dez. 1994. p. 157.

justificado porque havia a necessidade de preparar quem não tinha capacidade de se desenvolver por conta própria.²⁷⁷

Portanto, o paternalismo sugere uma suposta vulnerabilidade da parte mais fraca, o que tende a ser compensado com o comportamento de uma pessoa mais preparada. Pressupõem-se, em determinado momento, que o sujeito a ser protegido é vulnerável em suas decisões e, assim, haveria a necessidade de intervenção em sua liberdade de escolha.

3.3.2.5. Segurança sobre o que seja melhor a alguém

Esta característica do paternalismo pode ser desmembrada em duas. Primeiramente, quem age paternalisticamente deve querer o bem de alguém. Não quer dizer que este bem seja a finalidade, pode ser meio, mas deve ser desejado. Em segundo lugar, deve haver segurança sobre aquilo que se entende ser o melhor a alguém. O paternalismo não permite palpites, deve haver certeza de que aquilo que se deseja ao sujeito é o melhor para ele.

3.3.2.5.1. Desejo de querer o bem de alguém

Quando A age de forma paternalista sobre B, é porque deseja o seu bem. Nunca um comportamento paternalista pode buscar o mal, pois o pai, a princípio, sempre quer o melhor a seu filho. Não é possível conceber uma atitude paternalista com intuito de prejudicar uma pessoa, mesmo que o objetivo final seja um benefício para o próprio sujeito que age paternalisticamente.

Querer o bem de alguém não significa, necessariamente, ser altruísta. Nem sempre o bem-estar é a finalidade última; muitas vezes pode ser o meio para se atingir outro objetivo, como o bem de quem age paternalisticamente. Apoiando-se em outro exemplo histórico, veja-se a política empresarial de Henry Ford durante a grande depressão econômica após 1929. Os trabalhadores mais pobres receberam tratamento paternalista, em especial os negros, para estimular a produção e aumentar a fidelidade destes com a direção da empresa. A estratégia de Ford foi atender, sem atritos, as reivindicações dos sindicatos e fornecer

²⁷⁷ DAVENPORT, Manuel M. The Moral Paternalism of Albert Schweitzer. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 84, n.º 2, jan. 1974. pp. 123 e ss.

benfeitorias a mais. Além do aumento da produção, ao evitar o desgaste com a classe trabalhadora, a imagem da empresa estaria fortalecida.²⁷⁸ O paternalismo assume, portanto, uma preocupação putativa com o bem estar da classe trabalhadora como forma de adquirir confiança e facilitar a exploração.²⁷⁹

A ciência política reconhece que as grandes revoluções político-sociais tendem a ser marcadas por três experiências comuns: (a) a implementação de um projeto de Estado burocrático; (b) bem estar externo; (c) a expansão de um terror revolucionário. Assim aconteceu com o governo revolucionário chinês que aplicou medidas paternalistas para impor seu regime ditatorial. Para evitar mobilizações populares ou oposição ao novo regime, abriu-se mão de medidas que Strauss denominou “terror paternalista”, este caracterizado pela adoção de cuidados para quem apoiasse o governo ou perseguição a quem o contrariasse.²⁸⁰

A sociologia também indica o “paternalismo reformista”, típico da segunda metade do século XX, como uma tentativa de apagar os erros da industrialização capitalista e o plano de consumo coletivo. Os problemas urbanos têm a ver com o consumo coletivo, que provocou uma demanda da produção, aumento populacional das cidades, tudo isso sem uma regulação devida. Portanto, haveria necessidade de recriar a legislação e dar proteção aos mais fracos na relação com os detentores do capital.²⁸¹

Diante dos exemplos históricos, é evidente que o conceito de paternalismo assume uma conotação, a princípio, pejorativa, como algo prejudicial. No entanto, nem sempre uma conduta paternalista é ilegítima. Há situações em que se faz necessário restringir as opções de escolha porque a pessoa não sabe o que faz ou porque o interesse atingido não é apenas dela. Há outros interesses por trás do mero favorecimento do destinatário dos benefícios.

²⁷⁸ Para mais detalhes: BRUEGGEMANN, John. The Power and Collapse of Paternalism: The Ford Motor Company and Black Workers, 1937- 1941. *Social Problems*, University of California, vol. 47, n.º 2, mai. 2000. pp. 225 e ss.

²⁷⁹ HAY, Douglas. Patronage, paternalism and welfare: Masters, Workers, and Magistrates in Eighteenth-Century England. *International Labor and Working-Class History*, Cambridge (Inglaterra), n.º 53, 1998. pp. 28-29.

²⁸⁰ STRAUSS, Julia C. Paternalist Terror: The Campaign to Suppress Counterrevolutionaries and Regime Consolidation in the People’s Republic of China, 1950–1953. *Comparative Studies in Society and History*. Cambridge (Inglaterra), vol. 44, n.º 01, 2002. pp. 80-105.

²⁸¹ CASTELLS, Manuel. Propositiones teoricas para una investigacion experimental sobre los movimientos sociales urbanos. *Revista Mexicana de Sociología*, Cidade do México (México), vol. 34, n.º 01, jan./mar. 1972. pp.02 e ss.

O bem de uma pessoa, portanto, não deve ser entendido, necessariamente, como a finalidade do paternalismo. É possível que seja o meio para outro fim. Assim, afirma-se que o bem a ser alcançado é fundamento do comportamento paternalista. Pode-se, inclusive, confirmar o desejo de promover o bem como um requisito subjetivo do paternalismo, pois é inerente à estrutura psicológica do sujeito. Pouco importa se o benefício é fim ou meio. Basta querer melhorar a condição da pessoa protegida.

3.3.2.5.2. Certeza de saber o que é melhor para alguém

Numa relação paternalista, aquele que se julga mais preparado deve ter a certeza ou convicção de que sabe o que é melhor para o outro. Se A age paternalisticamente sobre B, então A deve estar certo daquilo que é melhor para B, e que B não sabe o que é melhor para si. A relação de superioridade deve existir na consciência de A para legitimar, pelo menos para ele próprio, sua interferência sobre a liberdade de B.

Importante reforçar que a relação de superioridade não implica necessariamente em poder ou hierarquia. Pode acontecer de A julgar-se mais capacitado que B em um determinado momento apenas. Por exemplo, o aluno sabe que seu professor tem mais cultura e experiência de vida. Se um dia os dois resolvem jogar futebol, o aluno, esportista habitual, pode sentir-se superior ao professor naquele momento específico e, para que este fique contente, jogue de maneira displicente e possibilite a vitória; se jogasse o que sabe, este aluno venceria facilmente o professor e poderia causar-lhe certa frustração.

O médico que esconde a verdade sobre a saúde do paciente entende que o melhor é esperar a evolução no tratamento, pois a realidade poderia desestimular o paciente a prosseguir.²⁸² Também o amigo que esconde o inibidor de apetite da pessoa magra tem consciência de que o melhor é não fazer uso de tal remédio, que poderia trazer graves problemas ao organismo. Outro exemplo é o professor que aplica provas semanais aos alunos, contrariamente à vontade destes, como forma de obrigá-los a estudar com frequência, pois entende que este seria o melhor método de aprendizagem e evitaria o estudo cumulativo e ineficiente de última hora.

²⁸² GUNN, M. J. et. al. Decision-making capacity. *Medical Law Review*. Oxford (Inglaterra), vol. 07, 1999. p. 278.

Diante da presunção de que uma pessoa ou uma determinada classe não entenda o que é melhor a si mesma, o Estado impõe certas regras legais que devem ser cumpridas quando se entender que não há equilíbrio numa relação entre dois sujeitos. São exemplos as muitas normas trabalhistas que, em especial na América Latina, restringem a liberdade de negociação e explicam a resistência que há em permitir ao empregado abrir mão de certos direitos, mesmo quando assim o deseja, para facilitar o vínculo empregatício (por exemplo, deixar de receber cesta básica e décimo-terceiro salário).²⁸³ Manifesta-se, aqui, paternalismo claro ao impedir a livre negociação entre empregados e empregadores, restringindo a liberdade de escolha contra a própria vontade do suposto beneficiado.

Quando A age de forma paternalista sobre B, despreza sua vontade e seu consentimento, pois, na consciência de A, B não sabe o que é melhor a si próprio. Se assim não fosse, a conclusão lógica seria que A não visava ao bem de B, pois somente uma razão viável justificaria a interferência em sua liberdade. Ao não buscar o bem de alguém, uma conduta não poderia ser paternalista.

A convicção de saber o que seja melhor para outrem é outro requisito subjetivo de uma conduta paternalista. O sujeito que assim se comporta não arrisca algo sem acreditar que pode alcançar o bem da pessoa que sofreu a interferência em sua liberdade. Portanto, além de querer o bem da pessoa que tem sua liberdade restrita, deve-se também crer na opção escolhida como a melhor.

3.3.2.6. Objetivo de promover um bem ou evitar um mal

Por fim, como último requisito de um comportamento paternalista, apontamos o objetivo do agente, que deseja promover um bem ou evitar o mal a alguém. Conforme já discorrido, a promoção do bem ou a evitação do mal não precisa ser a finalidade última, pode ser apenas o meio para atingir outro fim. É o exemplo do empresário que obriga o uso de equipamentos de segurança na fábrica, para proteger seus funcionários, mas com a finalidade de não perder dinheiro com futuras indenizações trabalhistas.

²⁸³ CORDOVA, Efren. Sobre la Implementacion del Derecho Laboral en la America Latina. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, vol. 8, n.º 3, jul. 1966. p. 459.

Assim, o objetivo do paternalismo pode ser de duas categorias: (a) evitar um mal ou (b) promover um bem. Tanto o benefício quanto o malefício são alvos de quem age paternalisticamente, só que em pólos inversos. Podemos incluir estas categorias em um grupo que denominaremos simplesmente “bem”.

Há quem entenda ser objetivo do paternalismo apenas evitar um mal. Para esta corrente, o agente paternalista quer impedir uma lesão ao sujeito protegido, nada mais. Alguns ajustes elaborados pelo Estado seriam necessários para evitar um prejuízo e estabelecer um equilíbrio nas relações, mas não promover um benefício.²⁸⁴ Com todo respeito à opinião, ambas as categorias (promover um benefício ou evitar um prejuízo) são parte de um objetivo comum: o bem de uma pessoa. Tanto promover algo benéfico quando evitar algo prejudicial são situações em que se busca o bem de alguém. São pólos invertidos de um mesmo objetivo que se quer atingir.

Alguns autores defendem, por exemplo, a necessidade das pessoas tomarem decisões para investimentos a longo prazo e, por isso, deve o Estado impor regras atuais para garantir benefícios futuros para alguém que pode se arrepender por não ter tomado os cuidados necessários.²⁸⁵ Nestes casos, não basta o mero conselho para guardar dinheiro, é necessário que haja regras obrigando tal comportamento do futuro beneficiado porque o mesmo, na atualidade, pode não pensar na vida futura.

O bem, portanto, pode ser definido como a evitação de um mal ou a promoção de um benefício. Para efeitos do direito penal, a regra é impedir um comportamento para evitar a lesão a um bem jurídico. Para o paternalista, a proteção da pessoa e sua segurança são mais importantes que sua própria liberdade.²⁸⁶ Os casos em que se busca promover um bem não são de competência da lei penal, pois o princípio da lesividade, basilar do direito penal, determina que só há legitimidade para criminalizar um comportamento que represente lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, e não para promover um benefício a este.

Quando o pai obriga o filho a poupar parte de seu salário todo mês, mesmo que este queira gastar tudo, a finalidade a ser alcançada é um certo conforto futuro, pelo menos

²⁸⁴ LEONARD, Thomas C., GOLDFARB, Robert, SURANOVIC, Steven. New on paternalism and public policy. *Economics and Philosophy*, Cambridge (Inglaterra), vol. 16, pp. 323-331. 2000. pp. 325.

²⁸⁵ CLARK, Gordon L., KNOX-HAYES, Janelle. The ‘new’ paternalism consultation and consent: Expectations of UK participants in defined contribution and self-directed retirement savings schemes. *Pensions*, Oxford (Inglaterra), vol. 14, 2009. pp. 60-61.

²⁸⁶ SUBER, Peter. op. cit. p. 632.

financeiramente. O que se busca é um benefício vindouro. Por outro lado, quando este mesmo pai proíbe o filho menor de ingerir bebida alcoólica, quando este deseja ir a uma festa, sua finalidade é evitar um prejuízo, como, por exemplo, complicações da saúde. As duas situações descritas podem ser convergidas ao conceito de um bem que se busca à pessoa.

3.4. Classificação das condutas paternalistas

Com o fim de desenvolver o conceito de paternalismo jurídico-penal e apontar as situações em que o mesmo pode ser legítimo, é necessário fazer as classificações pertinentes, de acordo com o critério preponderante. Tais classificações são importantes para a compreensão do objeto e do fundamentos das normas paternalistas.

3.4.1. Paternalismo rígido e paternalismo moderado

Esta classificação tem por base a *qualidade* das pessoas atingidas pela restrição da liberdade e de quem se quer o bem. Consideram-se os destinatários da norma em duas categorias: responsáveis e irresponsáveis. Os sujeitos responsáveis são aqueles que possuem capacidade de discernimento sobre seus atos e prováveis resultados lesivos, enquanto os irresponsáveis não a possuem. Leva-se em consideração a consciência de quem deseja praticar uma conduta autolesiva ou consente numa heterolesão.

Paternalismo moderado (*soft*) é o ponto de vista que considera justificado o paternalismo quando for necessário determinar se a pessoa a ser atingida está agindo voluntária e conscientemente. Nos casos em que não for possível determinar a capacidade do sujeito ou quando tal capacidade não restar comprovada, o comportamento paternalista estaria justificado. É o caso de interferir nas autolesões quando praticadas por crianças, doentes mentais ou adultos com perturbações mentais temporárias. Justifica-se, por exemplo, impedir negócios celebrados por sujeito incapaz quando decorrer algum tipo de prejuízo fora de sua consciência.

Para o paternalismo rígido (*hard*), são justificáveis, pelo menos algumas vezes, intervenções paternalistas mesmo quando o sujeito está consciente de sua conduta e deseja

praticar uma autolesão ou consente para uma heterolesão. A distinção entre os destinatários do comportamento paternalista não é importante, uma vez que haveria legitimidade tanto na interferência sobre responsáveis quanto sobre os irresponsáveis. Se, por exemplo, um adulto consciente resolvesse doar todo seu patrimônio, sabendo que não teria mais condições mínimas de uma vida confortável, seria legítimo alguém impedir tal procedimento para garantir seu bem-estar.

Essa classificação é importante para a elaboração de normas penais que tutelam os bens jurídicos considerados indisponíveis. Para estes, o paternalismo rígido é aplicável, uma vez que pouco importa a capacidade de seu titular, o essencial é a indisponibilidade do bem. No caso de bens disponíveis, incide o paternalismo moderado, pois quem tem capacidade pode abrir mão de sua tutela.

3.4.2. Paternalismo puro e paternalismo impuro

Para o paternalismo puro, são justificáveis interferências no comportamento de um grupo de pessoas para protegê-las de suas próprias condutas. Quem sofre a restrição da liberdade é o próprio beneficiado. O paternalismo puro, também denominado direto, age sobre indivíduos que se comportam de modo autolesivo. Há coincidência entre o sujeito beneficiado e o que sofre a restrição. Exemplo usual é a norma que impõe o uso do cinto de segurança para proteger o próprio usuário, ou seja, este não tem liberdade de optar por não usar o cinto para seu próprio bem.

Diferentemente, o paternalismo impuro, também denominado indireto, legitima a interferência no comportamento de um grupo de pessoas para proteger outras que não fazem parte desse grupo. Exemplo bastante didático é a edição de uma lei que proibisse a produção de cigarros com o objetivo de proteger a saúde dos fumantes. O Estado estaria agindo indiretamente de forma paternalista, já que atingiria os fabricantes com a finalidade de restringir a liberdade de escolha dos fumantes, que encontrariam dificuldades na aquisição do cigarro. Se, ao contrário, a lei proibisse que qualquer pessoa pudesse fumar, teríamos um caso de paternalismo direto, uma vez que os fumantes teriam sua liberdade restrita para seu próprio bem.

A maioria dos casos de paternalismo no direito penal está na modalidade impura. São normas proibitivas que visam a proteger bens jurídicos cujos titulares são pessoas vulneráveis que não podem consentir. O exemplo mais emblemático é o artigo 217-A do Código Penal, que pune o estupro de vulnerável. O legislador restringe a liberdade do maior de 18 anos como forma de proteger os menores de 14, tornando inválido seu consentimento.

3.4.3. Paternalismo de bem-estar e paternalismo moral

Muitas vezes a interferência paternalista tem por finalidade buscar o bem-estar da pessoa que sofre a restrição. Interferir na liberdade de escolha da prostituta pode ter como objetivo protegê-la da exploração forçada ou consentida pelo cafetão, que age de acordo com a vulnerabilidade da vítima. O objeto de proteção é a pessoa individualizada na sua dignidade. O paternalista impõe aquilo que entende ser melhor no que se refere ao bem estar físico e mental de alguém, sem considerar exclusivamente aspectos morais.²⁸⁷

Pode alguém entender que não é digna a vida de quem se prostitui sem considerar seu bem-estar, mas apenas o contexto do comportamento nos valores morais da sociedade. O foco da valoração do comportamento não é o bem-estar individual e sim a comunidade em que este é praticado. O paternalismo moral é a intervenção na liberdade de alguém com o objetivo de evitar a violação a preceitos morais. No caso da atividade de arremesso de anões, em que estes são pagos para serem arremessados em competições, o paternalismo moral autoriza a proibição porque tal ato afronta a moral, sem dar ênfase à probabilidade de lesões.²⁸⁸

O paternalismo moral marca forte presença nas discussões sobre a legitimidade da criminalização de condutas que, aparentemente, não representam uma lesão efetiva a bens jurídicos. Durante várias décadas, por exemplo, o Código Penal brasileiro considerou os crimes sexuais verdadeiras violações aos bons costumes, deixando em segundo plano a integridade sexual da vítima. A proibição do estupro tinha como fundamento primeiro evitar a prática de atos imorais aos costumes da sociedade, o que demonstra a forte

²⁸⁷ DOLAN, Paul; PEASGOOD, Tessa. Measuring Well-Being for Public Policy: Preferences or Experiences? *Journal of Legal Studies*, Chicago (EUA), vol. 37, pp. 05-31, jun. 2008. pp. 05-31.

²⁸⁸ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://www.seop.leeds.ac.uk/entries/paternalism>>. Acesso em: 10 out. 2008.

influência do paternalismo moral. Por outro lado, o paternalismo do bem-estar sugere a proibição de condutas que prejudiquem o exercício do poder sobre o bem jurídico tutelado (por exemplo, a integridade física ou o patrimônio) e consequentes frustrações ao seu titular.

3.4.4. Paternalismo ativo e paternalismo passivo

Esta é a distinção proposta por Kleinig, que considera a atitude que se exige do sujeito beneficiado²⁸⁹. Um comportamento paternalista ativo é aquele que interfere na liberdade de escolha de um sujeito obrigando-o a fazer algo para seu próprio bem. Por exemplo, as normas que obrigam o uso de capacete ou atribuem uma sanção administrativa para aqueles que não recolhem a contribuição social para garantir um futuro melhor a si mesmo.

Por paternalismo passivo compreende-se uma exigência imposta a um indivíduo, para seu próprio bem, consistente em deixar de fazer algo, a princípio, prejudicial. Dentre as hipóteses, podemos apontar normas que proíbem o banho de mar em determinadas regiões com correnteza, as que proíbem transitar sobre a caçamba de caminhonetes, as que proíbem a doação de determinados órgãos do próprio corpo etc. O que estas duas espécies de paternalismo possuem em comum é a restrição à liberdade de escolha do sujeito, que está submetido a agir ou omitir-se, coercitivamente.

As proibições criminais, em regra, são normas de caráter passivamente paternalista. O legislador emprega as normas penais para proibir comportamentos que, a rigor, devem ser lesivos ou ofensivos. Quando a lei afirma que portar droga para uso próprio configura crime, sua pretensão é a abstinência quanto ao consumo para o bem do próprio usuário que poderá sofrer as consequências penais.

3.4.5. Paternalismo homogêneo e heterogêneo

²⁸⁹ KLEINIG, John. op. cit. pp. 28 e ss.

Esta distinção²⁹⁰ está baseada na finalidade da norma paternalista, ou seja, o objetivo que o sujeito que interfere na liberdade de alguém quer atingir. Quando o comportamento paternalista é homogêneo, o objetivo a ser alcançado é a prevenção de autolesões ou lesões consentidas. Já o paternalismo heterogêneo possui, além do escopo já descrito, a função de prevenir danos a terceiros ou à população em geral.²⁹¹ Como exemplo de paternalismo homogêneo temos o artigo 122 do Código Penal, que pune a participação em suicídio, pois proíbe o cidadão de colaborar na eliminação da vida do suicida. O paternalismo heterogêneo é ilustrado com o artigo 28 da Lei de Drogas, que pune o porte para uso próprio. Ao impedir o porte, a norma está interferindo na liberdade do usuário de praticar uma autolesão e, também, segundo a doutrina tradicional, protegendo a saúde pública, um bem jurídico de natureza difusa.²⁹²

3.4.6. Paternalismo por assimetria de informações e paternalismo pretoriano

Paternalismo por assimetria de informações é um complexo de procedimentos que evidencia a capacidade de refletir sobre os atos e, em caso de danos provocados, permite a responsabilização de quem provocou a conduta autolesiva. É uma forma de paternalismo que prestigia a autonomia e compartilha a responsabilidade pelos danos. Situando esta forma de paternalismo no direito do consumidor, Sampaio Júnior apresenta suas características: a) análise das cláusulas padrão, b) imposição do dever de informar, c) concessão de períodos de reflexão e arrependimento e d) estabelecimento de limites à escolha do agente.²⁹³

Por paternalismo pretoriano compreende-se “a conduta jurisprudencial de conferir proteção a certa pessoa por ocasião do julgamento da demanda com base na convicção pessoal do magistrado”. Põe por terra a lógica do sistema privado, que confere liberdade à pessoa para agir de acordo com a sua vontade, mas, concomitantemente, exige que ela

²⁹⁰ Os termos apresentados por Feinberg são “mixed” e “unmixed”, que traduzimos por heterogêneo e homogêneo, respectivamente, de acordo com as definições de cada espécie, conforme exposto no próprio tópico.

²⁹¹ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. p. 08.

²⁹² Por exemplo: GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 133.

²⁹³ SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. In: ANAIS DO XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, Belo Horizonte, 2007. p. 4824.

responda por seus atos. Não se exige, portanto, qualquer responsabilidade do indivíduo, que fica livre para agir irrefletidamente.²⁹⁴

Pode-se extrair de tais definições que o paternalismo pretoriano ignora a vontade da pessoa que se autolesou ou consentiu para uma heterolesão, retirando-lhe qualquer responsabilidade legal. O juiz concebe a pessoa protegida sempre como mais fraca e incapaz de agir diferentemente. O paternalismo por assimetria de informações dá maior valor à vontade do indivíduo lesado e considera sua consciência e sua vontade a fim de impor-lhe certa dose de responsabilidade. Quer dizer, existe um limite quanto à sua fragilidade.

3.5. Conclusões preliminares

Paternalismo requer a consideração de uma relação em que uma das partes julga-se mais preparada que a outra para certos tipos de decisão. O paternalista foca a pessoa a ser beneficiada ou protegida e o bem que se pretende atingir (evitação de um mal ou promoção de um benefício). O comportamento de natureza paternalista, em regra, reduz a liberdade da pessoa que se quer atingir, seja por meios mais brandos, seja por meios mais drásticos. Desde uma simples conduta insistente que procura a mudança de ideia até a restrição da liberdade pela cominação de sanção, aquele que age paternalisticamente quer retirar a parcela da atuação de alguém que entende não possuir autonomia para o ato.

Um comportamento paternalista pode partir de uma relação exclusivamente entre pessoas ou com a presença do Estado. A restrição da liberdade pode ocorrer pela cominação de sanção ao próprio beneficiado ou a terceiro que, de alguma forma, presumidamente poderá prejudicar a pessoa incompetente. Portanto, três são os requisitos fundamentais do paternalismo: uma relação entre sujeito presumidamente incompetente e quem se julga mais preparado, o bem que se quer alcançar e a restrição da liberdade.

Além destes requisitos, outros conceitos importantes serão desenvolvidos no trabalho. Autonomia, responsabilidade, consentimento, vulnerabilidade, exploração, entre outros, estão diretamente envolvidos na elaboração de uma teoria legitimadora do paternalismo no direito penal. É preciso especificar ao máximo os limites de invasão da

²⁹⁴ *Ibidem.* p. 4831.

individualidade por meio de proibições sob pena de violar os princípios do direito penal e do Estado liberal e democrático de direito.

4. DOCTRINAS ANTI-PATERNALISTAS

4.1. Notas introdutórias

O presente capítulo expõe duas das mais importantes teorias anti-paternalistas do direito. Joel Feinberg dedicou parte de sua obra às intervenções específicas do direito penal na liberdade individual para separar comportamentos merecedores de sanções rigorosas daqueles que podem ser evitados por outros meios de controle social. Gerald Dworkin busca a utilidade da norma jurídica (não especificamente a norma penal) na restrição da liberdade individual para legitimar as diversas formas de proibição.

Diante destas exposições, será possível verificar como a doutrina trata das intervenções na liberdade e seus fundamentos. Assim, ter-se-ão mais elementos para a construção de uma teoria legitimadora do direito penal na restrição da liberdade individual, considerando a lesão ao bem jurídico e a efetividade da proteção.

4.2. A doutrina de Joel Feinberg

4.2.1. Introdução

Um dos principais pensadores que dedicaram seus estudos ao paternalismo no direito penal é Feinberg, autor de diversas obras sobre o tema. Entre estas, destaca-se a série *The moral limits of criminal law*, formada por quatro volumes, respectivamente: (1) *Harm to others*, (2) *Offense to others*, (3) *Harm to self*, e (4) *Harmless wrongdoing*. A preocupação do autor é traçar os limites em que o Estado encontra legitimidade para interferir na liberdade das pessoas como meio de protegê-las de atos lesivos. O autor, logo no início, deixa claro que tentará responder a seguinte indagação: quais tipos de condutas pode o Estado incriminar corretamente?²⁹⁵ Seu objetivo não é buscar políticas úteis de

²⁹⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1984. p. 03.

legislação penal, senão apenas princípios válidos para o processo de criminalização, distinguindo as propostas legislativas legítimas das ilegítimas.²⁹⁶

Um dos núcleos da doutrina de Feinberg é o princípio da lesão (*harm principle*), segundo o qual a interferência do Estado no comportamento dos cidadãos apenas é moralmente justificável quando se mostrar razoavelmente necessária para prevenir lesões ou graves riscos de lesões às pessoas que não sejam o próprio sujeito que sofra a intervenção.²⁹⁷ O autor faz, ainda, referência a outras formas que a doutrina aponta como justificação para a intervenção penal: prevenir as pessoas de serem ofendidas moralmente (*offense principle*); prevenir lesões à própria pessoa que sofre a restrição de ação (*legal paternalism*); e prevenir condutas inerentemente imorais mesmo que estas não representem efetiva lesão ou ofensa a alguém (*legal moralism*).²⁹⁸

O autor adverte que sua preocupação na obra são os crimes, definidos como infrações à lei cuja consequência direta e principal seja a pena.²⁹⁹ Ficam de lado os outros meios de punição como as indenizações civis ou as infrações administrativas. Para Feinberg, a discussão dos limites de interferência do Estado ficará restrita aos meios coercitivos em que a pena seja usada como efeito direto do comportamento ilícito.³⁰⁰

4.2.2. *Harm to others* (1984)

Logo no início do primeiro volume, Feinberg preocupa-se em definir o que seja *lesão*. Para se sustentar no princípio da lesão, é necessário determinar o conteúdo desta, pois os atos lesivos são os objetos diretos do direito penal. O autor alerta para a vagueza e ambiguidade do termo “lesão” e aponta três sentidos. (1) O primeiro sentido é amplo e implica que qualquer coisa pode ser lesada, como os vidros de uma janela e o jardim de uma casa. Neste caso, Feinberg prefere utilizar o termo “dano”.³⁰¹ (2) O próximo sentido

²⁹⁶ *Ibidem*. p. 04 e 05.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 11.

²⁹⁸ *Ibidem*. p. 12.

²⁹⁹ *Ibidem*. pp. 20-21.

³⁰⁰ Importante alertar para a distinção de Feinberg entre *primary crimes* e *derivative crimes*. Os primeiros são os fatos típicos, antijurídicos e culpáveis do sistema brasileiro, ou seja, o crime propriamente dito. Os segundos são as outras infrações à norma cujas consequências diretas não são as penas, pois estas seriam aplicadas apenas em último caso.

³⁰¹ No primeiro sentido de lesão (*harm*), Feinberg diz ser preferível utilizar o termo dano (*damage*) porque o alcance da conduta foi a integridade de objetos. (FEINBERG, Joel. *Harm to others*. p. 32).

refere-se à frustração de um interesse. A lesão ocorre quando alguém invade os planos de uma pessoa para frustrá-los.³⁰² (3) O terceiro sentido, muito próximo do segundo, é a lesão como violação ao direito de outro. A lesão aparece como resultado de uma conduta injustificável contrária ao direito de terceiro.³⁰³ Para o autor, o que interessa ao estudo do direito penal é a fusão dos sentidos (2) e (3): frustrações de interesses que são ilegais e ilegalidades que são frustrações aos interesses de alguém.³⁰⁴

Feinberg ressalta que nem tudo aquilo de que não gostamos ou que nos fazem ressentir, e que por isso queremos evitar, são lesões. Algumas experiências desagradáveis são incômodas mas não atingem um patamar lesivo. As experiências “infelizes” de vida podem ser divididas em dois grupos: aquelas que efetivamente lesionam e as que meramente ofendem. No primeiro grupo estão inseridas não somente as dores físicas como também as dores mentais. No segundo grupo estão as situações de desconforto.³⁰⁵ Esta distinção, segundo o autor, é um tanto arbitrária e baseada em “analogias obscuras”. Por isso dá-se importância maior ao contraste entre as lesões e as demais formas de ofensas para determinar em que pontos pode atuar o direito penal.³⁰⁶

Nem tudo que seja indesejável é necessariamente lesivo. Algo não desejado somente é lesivo quando sua presença é suficiente para impedir um interesse: quando uma dada condição torna-se extremamente sofrível ao ponto de atingir as metas e os objetivos da pessoa. Por isso, Feinberg ressalta que as lesões não estão restritas ao sofrimento físico, pois o estresse mental também é capaz de prejudicar os interesses de alguém.³⁰⁷ As ofensas morais, mesmo as mais intensas, não são lesões em si mesmas, mas algumas vezes são sintomas ou consequências de lesões anteriores ou concorrentes ou, com mais frequência, são causas de lesões subsequentes.³⁰⁸

Em regra, a aplicação do princípio da lesividade (*harm principle*) requer o conceito de normalidade. São as pessoas normalmente vulneráveis que devem ter os interesses protegidos pela força coercitiva. Se o grau de vulnerabilidade é alto, deve-se verificar o caso concreto para constatar se pode o Estado interferir no comportamento do indivíduo. Se

³⁰² FEINBERG, Joel. *Harm to others*. pp. 33-34.

³⁰³ *Ibidem*. pp. 34-35.

³⁰⁴ *Ibidem*. p. 36.

³⁰⁵ *Ibidem*. pp. 45-46.

³⁰⁶ *Ibidem*. p. 47.

³⁰⁷ *Ibidem*. p. 48.

³⁰⁸ *Ibidem*. p. 49.

o incômodo causado estiver fora da normalidade, a pessoa incomodada deve recorrer a outros meios não coercitivos.³⁰⁹ Não são ofensas normalmente incômodas os meros desapontamentos causados pelo comportamento particular de uma pessoa. Se alguém se sente perturbado porque descobriu que o colega é homossexual, não poderá recorrer à coerção do Estado para impedir esse comportamento privado. Diferente é a situação de um sujeito que faz barulho exagerado no meio da madrugada e perturba seus vizinhos, que não conseguem dormir. Esse é o tipo de incômodo que atingiria qualquer pessoa com grau normal de tolerância.

Como formas de atingir os interesses de alguém, Feinberg elenca algumas condutas nas quais, segundo ele, é aplicável o princípio da lesividade: (1) violar, (2) invadir, (3) enfraquecer, (4) retroceder, (5) provocar defeitos, (6) impedir a realização, (7) evitar e (8) destruir os interesses.³¹⁰ São todos comportamentos que, de alguma forma, atrapalham o exercício de um direito ou o proveito de algum interesse de terceira pessoa, frustrando-lhe um plano de vida. Mas quais seriam esses interesses? Para dar a resposta, lista aquilo que a jurisprudência norte-americana mais aponta como interesses que devem ser protegidos pela lei: interesses da personalidade, interesses de propriedade, interesses de reputação, interesses nas relações domésticas, interesses na privacidade, entre outros.³¹¹

Entre os interesses protegidos, o autor aponta os interesses públicos. Estes aparecem de duas maneiras. A primeira são os interesses que afetam diretamente as pessoas de forma coletiva, como a saúde, a segurança, a tranquilidade. A segunda são aqueles inerentes à estrutura do governo e que não atingem diretamente as pessoas, por exemplo, a disciplina das Forças Armadas, o recolhimento de tributos, a boa condução de um processo judicial. Esta última classe de interesses não é inerente diretamente à pessoa humana, quer dizer, se alguém violar as normas de conduta das Forças Armadas, sonegar tributos ou atrapalhar a Administração da Justiça, não provocará lesões a uma pessoa. No entanto, a repetição desenfreada destes comportamentos afetaria o bem estar social e tornaria inviável a vida em sociedade.³¹²

³⁰⁹ *Ibidem.* p. 50.

³¹⁰ *Ibidem.* p. 51.

³¹¹ *Ibidem.* p. 61.

³¹² *Ibidem.* pp. 63-64.

Feinberg faz a definição de lesão (*harm*) como algo contraditório ao que se convencionou correto (*wronging*).³¹³ A lesão é contrária aos costumes, à lei e à moral. Do ponto de vista jurídico, a lesão inclui uma pessoa que age sobre a vítima e um ato que produz frustração sobre o interesse dessa vítima. Assim, o autor resume a ideia de lesão da seguinte forma: A lesiona B quando (1) há um comportamento (ação ou omissão); (2) este comportamento cria riscos ao interesse de B; (3) o comportamento de A não é moralmente defensível (não está justificado, nem é exculpável); (4) o comportamento de A frustra um interesse de B; (5) B tem um direito violado.³¹⁴

Nem sempre uma conduta supostamente lesiva pode ser considerada uma lesão efetiva. Feinberg ressalta que o direito permite situações em que alguém prejudique interesse de terceiro de forma moralmente aceitável. Mesmo que um interesse seja prejudicado, o fato não é grave para configurar uma lesão.³¹⁵ São os casos de justificação e exculpação. Na teoria do delito são as hipóteses correspondentes, respectivamente, que excluem a antijuridicidade e a culpabilidade. O direito não pode proibir alguém de agir dentro dessas situações de justificação e exculpação, como a legítima defesa e o estado de necessidade, por exemplo.

Feinberg faz a distinção entre direitos morais e direitos legais. Os direitos morais nem sempre são exigíveis por lei. Quando o forem, além de morais, também são legais. Por isso, apenas os direitos morais e, simultaneamente, legais podem ser exigíveis por coerção do Estado.³¹⁶ Os interesses de bem estar são exigíveis perante o Estado “por excelência”. É razoável garantir a todos, sem exceção, o bem estar e, por isso, qualquer um pode opor-se à violação a este direito. E aqui inicia-se uma grande polêmica, pois o legislador nem sempre tem noção do que é bem estar para cada indivíduo. Há pessoas que se contentam com a pobreza, outras que não querem trabalhar, algumas que estão sofrendo com doenças. Nem sempre aquilo que o legislador imagina ser o melhor terá efeitos sobre o bem estar desses sujeitos: alguns pobres podem recusar ajuda financeira, alguns vadios não querem que lhes

³¹³ Feinberg utiliza o verbo *wrong* como indicio de *harm* em diversos pontos da obra. A tradução de *wrong* para o português, como um verbo, fica prejudicada pela falta de correspondente que mantenha seu sentido. Por isso, optamos por dar o significado de *wrong* como contrariedade aos preceitos legais que protegem os interesses das pessoas. Assim, o substantivo *wrong*, dentro do contexto, tem sentido muito próximo de *antijuridicidade*.

³¹⁴ FEINBERG, *Harm to others*. pp. 105-106.

³¹⁵ O autor afirma que “excused or justified wrongdoing is not wrongdoing at all” (p. 109), quer dizer, um interesse frustrado nem sempre é uma lesão efetiva considerada inaceitável pelo direito.

³¹⁶ FEINBERG, *Harm to others*. p. 110.

ofereçam emprego e alguns doentes querem encurtar a vida para não prolongar o sofrimento.³¹⁷

O bem estar sempre é presumido pelo legislador, uma vez que cada indivíduo tem sua consciência e sua vontade. No entanto, a consideração mais importante a fazer em relação ao bem estar, segundo Feinberg, é o interesse na liberdade de escolha.³¹⁸ O Estado deve dar ao sujeito o direito de escolher aquilo que é melhor ao seu bem estar. Ao entrar na questão da liberdade de escolha, aponta a discussão que, segundo ele, é a mais interessante: pode uma pessoa ter um interesse frustrado mesmo que com seu inteiro consentimento? O autor inicia sua argumentação fazendo uso do princípio *volenti non fit injuria*, que traduz como “para aquele que consente não há lesão”.³¹⁹ Dar o consentimento a um comportamento é fazer parte dele, por isso há sempre um mínimo do resultado que deve ser imputado a quem consente.³²⁰

O princípio *volenti non fit injuria* é plausível quando o consentimento é completo e a pessoa que consente o faz de forma voluntária, o que implica competência e ausência de deficiências. Quer dizer, o consentimento é válido quando emitido por adulto consciente e que não esteja sob ameaça, fraude ou manipulação (ocultação ou alteração de fatos relevantes sobre o fato). O uso da coerção ou da fraude pode invalidar o consentimento.³²¹ Feinberg ainda afirma que, quando o comportamento para o qual se consente seja tão lesivo que ninguém em sã consciência poderia consentir, pode-se presumir que quem dá o consentimento seja insano. Isso permitiria a intervenção na liberdade, amparada pelo princípio da lesividade, como suplemento ao princípio *volenti non fit injuria*.³²² A relação entre quem interfere na liberdade e aquele que sofre a restrição é análoga àquela estabelecida entre o pai (que sabe mais) e o filho, ideia que Mill rejeitou e, mais tarde, viria a ser denominada “paternalismo”.³²³

O autor, após apresentar três sentidos para o conceito de *vítima*, explica o que entende por “vitimização”. Vítima é aquele que sofre uma lesão de terceiro sem consentir. Ninguém pode ser vítima do próprio comportamento prejudicial ou da conduta lesiva de

³¹⁷ *Ibidem.* p. 112.

³¹⁸ *Ibidem.* p. 113.

³¹⁹ Tradução livre de “to one who has consented no wrong is done” (p. 115).

³²⁰ *Ibidem.* p. 115.

³²¹ *Ibidem.* p. 116.

³²² *Ibidem.* p. 116.

³²³ *Ibidem.* p. 117.

outrem com seu consentimento válido. Feinberg, assim, defende a existência de crimes sem vítima quando o resultado lesivo atingir apenas o agente ou quando houver consentimento válido sobre os riscos de uma conduta.³²⁴

4.2.3. *Offense to others* (1985)

No segundo volume da obra, Feinberg apresenta o conceito de “ofensa” e aponta quais suas implicações para o direito penal. Logo no início, é exposto o princípio da ofensa³²⁵ da seguinte maneira: é sempre uma boa razão apoiar uma proibição criminal que possa ser eficiente e necessária na prevenção de sérias ofensas (que não são lesões nem injúrias) a terceiros pessoas.³²⁶ O princípio da ofensa permite ao legislador coibir as graves ofensas, que são menos graves que as lesões.³²⁷ Feinberg propõe que as penas cominadas às meras ofensas devem ser menos severas que as cominadas às lesões. Deve-se priorizar a multa sobre a prisão e, no caso de prisão, deve-se contar o tempo em dias em vez de meses ou anos.³²⁸

Existem certos incômodos com os quais o direito consuetudinário mostra preocupações. Alguns comportamentos que geram irritações ou inconveniências podem chegar a pontos extremos e atingir o limiar de uma lesão. É o exemplo dos barulhos de uma construção que impedem o jovem de estudar todas as noites. Todos demandam proteção contra incômodos quando se sentem “capturados” e quando entendem ser injusto pagar o preço para “escapar” deles.³²⁹ Torna-se necessário, assim, verificar a razoabilidade da demanda pela magnitude do incômodo causado.

Feinberg sugere critérios para interferir em condutas ofensivas. Devem ser analisados três aspectos: seriedade, razoabilidade e interesse social da intervenção. É necessária a presença de certos requisitos para justificar a interferência na liberdade das pessoas por meio da norma penal, tais como a extensão e a duração do incômodo, o valor

³²⁴ *Ibidem*. pp. 117-118.

³²⁵ Optamos por traduzir “offense principle” como “princípio da ofensa” para não confundi-lo com o princípio da ofensividade, tão propagado pela doutrina do direito penal. Ofensa, no sentido proposto por Feinberg, diferencia-se de lesão.

³²⁶ FEINBERG, Joel. *Offense to others*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1985. p. 01.

³²⁷ *Ibidem*. p. 02. O autor diz: “offense is surely a less serious thing than harm”.

³²⁸ *Ibidem*. p. 04.

³²⁹ *Ibidem*. p. 05.

social da restrição ao comportamento ofensivo, a eficácia da norma em reduzir ou evitar a ofensa, entre outros.³³⁰

Um dos grandes méritos de Feinberg é o uso de casos concretos para ilustrar as diversas situações de incômodo às quais uma pessoa pode se submeter. O autor fez a divisão em seis grandes grupos de casos: (1) afronta ao bom senso; (2) desgosto ou reprovação; (3) choque aos sentimentos morais, religiosos ou patrióticos; (4) vergonha, embaraço ou ansiedade; (5) irritação, chateação e frustração; (6) medo, humilhação, ressentimento e raiva.³³¹ Para cada grupo de casos, o autor desenvolve situações concretas que geram desconforto para as pessoas.

O direito à privacidade é outro ponto importante na obra de Feinberg. Garantir a privacidade das pessoas é protegê-las de situações indesejáveis. Mas o que é privacidade? O autor aponta algumas definições do direito à privacidade relacionadas na jurisprudência norte-americana. No direito civil³³², há julgados definindo que é o direito de não ser reconhecido³³³, assim como o direito de “não ver ou escutar o que os outros fazem”. No direito constitucional, a Suprema Corte dos EUA já conclamou o direito à privacidade para afastar leis que imponham limites à vida privada dos cidadãos.³³⁴ Apesar das variações de conceito, Feinberg afirma que todos podem ser reduzidos a uma frase, de certo modo imprecisa: o direito de se permitir ficar sozinho.³³⁵ Não é somente o direito de ficar só, é também o direito de que os outros permitam que a pessoa fique sozinha.

O autor elabora seu conceito de privacidade por meio de metáfora. A ideia principal é a de um território sobre a qual a pessoa tem a autoridade exclusiva de determinar se alguém pode entrar e sob quais condições pode fazê-lo. O justo poder sobre a propriedade “interna” (a soberania sobre a própria conduta) é violado quando terceiro aprende ou revela o segredo para ingressar nesse território sem o consentimento do soberano. Assim, o autor aponta que um dos problemas legislativos em determinar quando uma conduta ofensiva é

³³⁰ *Ibidem*. pp. 07-10.

³³¹ *Ibidem*. pp. 10-13.

³³² Utilizamos a expressão “direito civil” para incluir os atos ilícitos de natureza civil, utilizados frequentemente por Feinberg como “law of torts” (direito de indenização). Para esclarecimento, “torts” são os atos ilícitos de natureza civil, em contraposição aos atos ilícitos de natureza criminal. No direito brasileiro, à semelhança do direito americano, nem todos os ilícitos civis também configuram ilícitos criminais.

³³³ Tradução livre de “the right not to be known about in certain ways”.

³³⁴ FEINBERG, *Offense to others*. p. 22.

³³⁵ Tradução livre de “the right to be let alone”.

de natureza criminal é a extensão da privacidade e da autonomia pessoal³³⁶, uma vez que a criminalização da conduta é a maneira mais violenta de intromissão do Estado na vida das pessoas.

O princípio da ofensividade precisa ser formulado em termos mais precisos. A seriedade da ofensa deve ser determinada por alguns fatores: (1) a intensidade e a durabilidade da repugnância provocada e sua extensão em relação às pessoas em geral, com um nível médio de tolerância (devem ser descartadas as pessoas com baixo nível de tolerância); (2) a facilidade com a qual se pode evitar as situações ofensivas; (3) se a pessoa ofendida assumiu o risco da ofensa seja por prazer, seja por curiosidade (o princípio *volenti non fit injuria* aplica-se tanto ao princípio da lesividade quanto ao princípio da ofensividade).³³⁷ A seriedade da ofensa varia diretamente com a intensidade razoável que se espera de alguém com um padrão médio de tolerância.³³⁸

Ao constatar que uma conduta poderá causar uma ofensa a qualquer pessoa que presenciá-la, haverá razões para uma proibição por meio da lei, de caráter universal. Não é a conduta em si que legitima sua proibição, mas é o resultado ofensivo que provoca nas pessoas.³³⁹ A extensão da ofensa deve ser interpretada na proporção em que as pessoas toleram suas consequências. O peso que se deve imputar a uma ofensa é inversamente proporcional à quantidade de pessoas que a suportam, ou seja, quanto menos sujeitos toleram uma conduta ofensiva, maior sua relevância no plano legislativo.³⁴⁰

Ninguém tem o direito de receber proteção do Estado contra as experiências ofensivas das quais pode, fácil e efetivamente, livrar-se sem esforço moderado. Se houver meios razoáveis de evitar uma situação considerada ofensiva, por conta da própria pessoa, o Estado perde legitimidade para interferir no comportamento. Quem poderia evitar e não o faz acaba por colaborar com a situação e, por isso, não pode reclamar medidas estatais de proteção. O autor cita o exemplo de um livro considerado obsceno, o qual pode ou não ser lido: depende da pessoa iniciar a leitura, não cabe ao Estado proibir sua comercialização porque alguém sentiu-se ofendido ao ler seu conteúdo.³⁴¹

³³⁶ FEINBERG, *Offense to others*. p. 24.

³³⁷ *Ibidem*. p. 26.

³³⁸ *Ibidem*. p. 27.

³³⁹ *Ibidem*. pp. 30-31.

³⁴⁰ *Ibidem*. p. 33.

³⁴¹ *Ibidem*. pp. 32-33.

O autor novamente retoma as condições que determinam a seriedade de uma ofensa: (1) sua magnitude (intensidade, duração e extensão); (2) sua evitabilidade dentro de um padrão razoável (não se pode exigir grande esforço para evitar a ofensa); (3) o grau de voluntariedade (até que ponto o ofendido colaborou com o comportamento ofensivo); (4) a tolerância razoável (não podemos ter como padrão pessoas com baixo grau de tolerância). Feinberg alerta que, de forma proposital, não menciona a razoabilidade da própria ofensa. Justifica essa ausência pelo poder que seria dado ao agente do Estado para determinar o que seria razoável quando cada pessoa tem sua sensibilidade e tolerância.³⁴²

A razoabilidade da ofensa, segundo Feinberg, é condição que deve ser analisada à parte, pois possui suas próprias peculiaridades. Para determinar se é razoável considerar uma conduta ofensiva, devemos nos ater aos seguintes critérios: (1) a importância que o comportamento representa ao agente (quanto mais significativa a conduta ao agente, para atingir seus propósitos, mais razoável considera-se sua ofensividade); (2) valor social (quanto maior a utilidade social da conduta, maior sua ofensividade); (3) expressão livre (uma opinião, por si mesma, não contém ofensividade capaz de proibi-la, o que importa é a maneira como é expressada); (4) alternativa de oportunidades (menor peso terá a ofensa quanto menores as possibilidades do autor agir de outra maneira); (5) malícia e maldade (o motivo da ofensa deve ser a malícia ou maldade do agente); (6) natureza do local (o comportamento ofensivo é relevante de acordo com as expectativas para o local onde é praticado, quer dizer, se no local a prática reprovada é comum, menor seu grau de ofensividade).³⁴³

Em geral, os incômodos são problemas pequenos para o direito penal. No entanto, há formas de ofensas tão sérias que alguns defendem punições severas para quem as pratica. O autor, dessa forma, faz a distinção entre *ofensas profundas* e *meros incômodos*.³⁴⁴ As ofensas profundas são aquelas inevitáveis, que constituem uma dimensão maior de importunação. A diferença entre uma ofensa profunda e um mero incômodo é, basicamente, qualitativa. O grau de ofensividade dos meros incômodos não é suficiente para uma intervenção penal. O autor entende que não se pode estender o princípio da ofensividade (e,

³⁴² *Ibidem.* p. 42.

³⁴³ *Ibidem.* p. 44.

³⁴⁴ Optamos por traduzir as expressões *profound offense* por “ofensa profunda” e *nuisance merely* por “mero incômodo”.

consequentemente, a legitimidade da intervenção estatal) nas hipóteses de meros incômodos, porque estes podem ser resolvidos por outros meios.³⁴⁵

4.2.4. *Harm to self* (1986)

Talvez este seja, dos quatro volumes, o mais importante para o estudo do direito penal no Estado liberal. Aqui Feinberg desenvolve seu conceito de paternalismo e expõe as situações em que este é considerado justificado e injustificado. O autor discorre sobre o paternalismo legal, faz a distinção entre este e o princípio da lesão, aponta os requisitos da autonomia, da soberania pessoal e da voluntariedade e, por fim, trata das falhas de consentimento.

Primeiramente, Feinberg expõe os diversos significados de paternalismo e o compara a outros princípios limitadores da liberdade de conduta. Para isso, parte do conceito de *liberalismo*, que define como ideia segundo a qual apenas os princípios da lesão e da ofensa são razões boas e relevantes para a coerção do Estado por meio do direito penal. Nenhum outro princípio limitador da liberdade, a princípio, possui propriedade moral no Estado liberal.³⁴⁶

Paternalismo, para Feinberg, é um conceito muitas vezes concebido de forma pejorativa pelos defensores do liberalismo. No entanto, não é um conceito único. Há que se fazer a distinção das duas “famílias” de paternalismo: (1) paternalismo presumivelmente reprovável e (2) paternalismo presumivelmente não reprovável.³⁴⁷ Desse modo, surgem duas classes de paternalismo conforme as definições que se seguem.

(1) Paternalismo presumivelmente reprovável: consiste em tratar adultos como se fossem crianças ou crianças mais velhas como se fossem mais novas, para o bem da própria pessoa, mesmo que esta não deseje este tratamento (paternalismo benevolente), ou para o bem de terceiros, não importando o seu desejo (paternalismo não benevolente).³⁴⁸

³⁴⁵ FEINBERG, *Offense to others*. pp. 90-94.

³⁴⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1986. p. 03.

³⁴⁷ O autor utiliza os termos “blamable” e “nonblamable”, que preferimos traduzir por *reprovável* e *não reprovável*. (FEINBERG, *Harm to self*, p. 05).

³⁴⁸ FEINBERG, *Harm to self*, p. 05.

(2) Paternalismo presumivelmente não reprovável: consiste em defender pessoas relativamente vulneráveis de perigos externos, incluindo lesões de outras pessoas quando a parte protegida não consente voluntariamente, assim como os pais protegem seus filhos menores.³⁴⁹

Diante da distinção, Feinberg considera paternalismo, para os fins de sua discussão, apenas o primeiro sentido: tratar adultos como crianças ou crianças mais velhas como se fossem mais novas, para seu próprio bem, independentemente de sua vontade. Não se deve, entretanto, conferir um sentido pejorativo ao termo “paternalismo”, pois em algumas situações ele se faz legítimo. A partir daí, inicia-se a avaliação de uma teoria paternalista como princípio limitador da liberdade.

O autor é claro em afirmar que paternalismo não implica sempre coerção. Do mesmo jeito, não é essencial que haja interferência na liberdade de ação. Cita como exemplo o médico que mente ao paciente sobre sua real situação de saúde para que este persista no tratamento e tenha benefícios. Feinberg, então, aponta como único provável requisito a todos os atos paternalistas a busca pelo bem da pessoa protegida, não importando o seu desejo quanto a essa proteção.³⁵⁰

Em relação às leis paternalistas coercitivas, Feinberg aponta algumas classificações propostas pela doutrina. A primeira classificação tem como base o comportamento que se exige por meio da coerção. Paternalismo ativo é aquele que requer um comportamento para que se atinja um benefício ou se evite um mal. Do outro lado, o paternalismo passivo pretende atingir o mesmo objetivo, porém, proibindo determinado comportamento.³⁵¹

A segunda classificação está calcada na quantidade de objetivos que se quer atingir. Se a norma pretende proteger o sujeito de lesões de outros, ou de si mesmo, e também busca outros resultados, teremos um caso de paternalismo mesclado (*mixed*). Podemos citar como exemplo do empregador que exige cuidados de seus funcionários para protegê-los dos riscos do trabalho e, ao mesmo tempo, evitar prejuízos para a empresa. Se o objetivo é único, como evitar autolesões ou heterolesões consentidas, o caso será de paternalismo genuíno ou puro (*unmixed*).³⁵²

³⁴⁹ *Ibidem.* p. 05.

³⁵⁰ *Ibidem.* p. 07.

³⁵¹ *Ibidem.* p. 08. A classificação encontra-se amparada em KLEINIG, John. op. cit. 1984. pp. 26 e ss.

³⁵² *Ibidem.* p. 08.

Outra classificação tem como referência o objetivo que a norma paternalista pretende atingir. Quando a restrição da liberdade busca melhorar a condição de alguém, teremos um caso de paternalismo de promoção de benefício (*benefit-promoting paternalism*). Se a finalidade da intervenção na liberdade é evitar um dano ao sujeito, o caso será de paternalismo de prevenção de danos (*harm-preventing paternalism*).³⁵³

O autor também classifica os atos paternalistas de acordo com as partes envolvidas pela norma. Existem normas paternalistas aplicadas a uma única parte do fato e aquelas que incidem em ambos os envolvidos no fato. Uma lei paternalista é aplicável às duas partes de um fato quando a alguém solicita ou consente para que outra pessoa provoque uma lesão.³⁵⁴ Exemplo emblemático é a eutanásia. Há duas partes envolvidas: o médico e o paciente. Mesmo quando o paciente solicitar ao médico que desligue seus aparelhos, este não pode prosseguir para satisfazer essa vontade, pois será punido. Esta espécie de paternalismo envolve duas partes da seguinte maneira: uma parte solicita ou consente na lesão, a outra parte age para provocar a lesão.³⁵⁵

Ainda dentro da mesma classificação, a norma paternalista pode incidir sobre uma única parte do fato. É o exemplo do mandamento que obriga o uso do cinto de segurança pelos motoristas. O bem que se pretende buscar pelo uso do cinto não depende da conduta de outra pessoa, mas apenas de quem se quer proteger. O Estado proíbe ou obriga um comportamento de alguém para o bem da própria pessoa. Feinberg prefere utilizar uma denominação diferente para esta classificação. Para os casos envolvendo uma única parte, trata-se de paternalismo direto. Quando forem duas as partes envolvidas, teremos um caso de paternalismo indireto.³⁵⁶

O paternalismo indireto deve ser analisado com cautela para não ser confundido com o princípio da lesão a outrem - e aqui está um dos pontos mais importantes da obra. O princípio da lesão a outrem impede que uma pessoa provoque uma lesão em outra, desde que não haja consentimento. A partir do momento em que alguém solicita a outrem que lhe

³⁵³ *Ibidem.* pp. 08-09.

³⁵⁴ *Ibidem.* p. 09.

³⁵⁵ Distinção semelhante é proposta por Dworkin, conforme se verá adiante: paternalismo puro e paternalismo impuro.

³⁵⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. pp. 09-10.

provoque uma lesão, o comportamento lesivo não é reprovável. Conforme este princípio, por exemplo, se A injetar droga em B, a seu pedido, a conduta não pode ser proibida.³⁵⁷

Diferente é o paternalismo indireto. Por este princípio, ninguém pode provocar lesões em outra pessoa, mesmo que haja consentimento. A norma indiretamente paternalista passa por cima do consentimento da pessoa que permite ou solicita a lesão em si mesma. Assim, o Estado pode proibir que A injete droga em B, mesmo que este consinta na conduta.³⁵⁸

Talvez a distinção mais significativa de Feinberg aplica-se ao paternalismo legal quando se considera a qualidade da pessoa atingida pela restrição da liberdade. O paternalismo pode ser moderado (*soft*) ou rígido (*hard*). O paternalismo rígido aceita como fundamento de uma intervenção penal a necessidade de proteger adultos competentes contra sua própria vontade, quando houver consequências danosas a si mesmos, apesar da vontade completamente livre.³⁵⁹

O paternalismo moderado defende o direito do Estado de prevenir condutas lesivas consentidas apenas quando não houver voluntariedade da pessoa prejudicada ou quando a intervenção for temporariamente necessária para determinar se a vontade é livre ou não.³⁶⁰ Desse modo, Feinberg questiona se o paternalismo moderado deveria ser considerado um tipo de paternalismo ou um princípio anti-paternalista. O autor entende que o paternalismo moderado não é por completo um tipo de paternalismo, pois, na verdade, poder-se-ia usar o rótulo “anti-paternalismo” moderado, uma vez que há limites para se aceitar o direito penal de forma paternalista.³⁶¹ Enfim, o autor entende que o paternalismo moderado é um princípio de restrição da liberdade que se legitima quando se quer proteger a pessoa de comportamentos externos lesivos e involuntários.

A seguir, Feinberg elabora a seguinte pergunta para se buscar a resposta: o que faz uma restrição ser paternalista? Primeiramente, o autor considera a existência de normas penais e não penais de restrição de liberdade, cujo ponto em comum é prevenir a lesão de pessoas que se quer proteger. Depois, aponta duas razões para justificar a intervenção paternalista. A primeira é a necessidade de proteger diretamente a pessoa que sofre a

³⁵⁷ *Ibidem.* p. 10.

³⁵⁸ *Ibidem.* p. 11.

³⁵⁹ *Ibidem.* p. 12.

³⁶⁰ *Ibidem.* p. 12.

³⁶¹ *Ibidem.* p. 13.

restrição e, indiretamente, tutelar interesses de terceiros (casos de paternalismo mesclado). Outra é a possibilidade de fundamentos modificados, quer dizer, no momento da elaboração da norma sua qualidade fundamental é uma, porém, anos mais tarde muda-se a essência.³⁶²

As leis paternalistas, em geral, vêm acompanhadas de diversos fundamentos que estão além da proteção da pessoa que sofre a restrição. Muitas vezes a proteção dos interesses de uma maioria está atrelada à proteção da minoria. Por exemplo, obrigar os restaurantes a venderem apenas comidas preparadas com higiene é a melhor forma de proteger a maioria, mesmo passando por cima da vontade da minoria que não liga em comer produtos elaborados sem higiene. Os custos econômicos e administrativos fundamentam uma lei paternalista porque o resultado final é mais vantajoso ao Estado.³⁶³

Há situações que estão no limite entre interesses próprios e interesses de terceiros, que Feinberg denomina de “limiar da guarnição”. Tal nome vem do caso descrito pelo autor e que ilustra muito bem o problema discutido. Imaginemos uma comunidade invadida por colonos selvagens, capazes de usarem de todos os meios para conquistar o território. A única proteção que esta comunidade possui é sua guarnição. Um membro dessa guarnição, cansado de tudo, resolve se matar e diz que sua morte é problema exclusivamente seu. A partir daí outros membros praticam o suicídio. Dado certo momento, o suicídio que, a princípio, é um problema exclusivo da pessoa morta, passa a ser problema também da comunidade.³⁶⁴

A maneira como o problema é visto pode legitimar ou não o paternalismo legal. O suicídio de um pai de família pode ser problema apenas dele ou da família toda, que depende dos rendimentos de seu trabalho para viver. A falta do uso do cinto de segurança pode ser somente da conta do motorista acidentado ou da saúde pública, que vai arcar com seu tratamento, que poderia ser mais barato se as lesões graves fossem evitadas. O importante é não ser taxativo na rejeição do paternalismo ou de qualquer princípio de restrição de liberdade, pois sua legitimidade varia de acordo com as consequências consideradas (sentido mais ou menos amplo de lesão).

³⁶² *Ibidem.* p. 17.

³⁶³ Conforme se verá adiante, Dworkin defende tais leis de forma semelhante. É o exemplo da água fluoretada, que deve ser fornecida a todas as residências, pois o custo é mais vantajoso quando o Estado serve à maioria que deseja o flúor.

³⁶⁴ *Ibidem.* pp. 22-23.

Um dos argumentos para se apoiar o paternalismo é a indiferença quanto ao resultado provocado por terceiro (com ou sem consentimento) e o provocado pelo próprio ofendido. É viável e racional prevenir lesões consentidas porque estas não são menos lesivas que as provocadas sem o consentimento. O ganho social é muito grande quando a lei impede lesões de qualquer natureza.³⁶⁵

Argumento contrário ao paternalismo é a possibilidade de criação de novos crimes que poderiam ser odiosos ao senso comum. O Estado poderia usar do direito penal para obrigar as pessoas a aderirem a um estilo de vida que não seja próprio, com o argumento de que todos devem viver com prudência.³⁶⁶ Seria uma brecha para o Estado invadir a esfera privada dos cidadãos e controlar excessivamente o comportamento humano.

A estratégia mais promissora, segundo Feinberg, para o anti-paternalista, é construir uma concepção convincente de autonomia que possa funcionar como um “triunfo”, não meramente um argumento de balanço sobre as questões conflitantes.³⁶⁷ Quer dizer, é preciso ter argumentos morais que sejam mais contundentes que o mero “cálculo” de resultado da provável lesão e da intervenção na liberdade. Por isso, o autor dedica um capítulo apenas para desenvolver seu conceito de autonomia e sua importância numa teoria liberal.

Feinberg aponta a existência de quatro significados de autonomia estreitamente relacionados: (1) capacidade; (2) condição; (3) ideal; (4) direito. Primeiro, a autonomia como capacidade. O sujeito autônomo possui habilidade de autogoverno por meio de escolhas racionais. Diz-se que o sujeito autônomo é competente, pois sabe o que faz. Existe a capacidade de discernimento para separar as coisas, definir o que é certo e errado segundo sua consciência. Geralmente, a autonomia como capacidade atinge adultos maduros, excluindo-se os infantes, os senis, os débeis e os insanos.³⁶⁸

O segundo sentido de autonomia é a condição. Feinberg entende que a autonomia apresenta um conjunto de virtudes que condiciona o homem ao autogoverno. Nesse aspecto, algumas virtudes são mencionadas para a formação da estrutura da autonomia. Ninguém exerce a posse sobre outro ser humano, mas apenas sobre si mesmo. Existe uma identidade

³⁶⁵ *Ibidem.* p. 25.

³⁶⁶ *Ibidem.* p. 25.

³⁶⁷ *Ibidem.* p. 26.

³⁶⁸ *Ibidem.* pp. 28-31.

própria de cada indivíduo, por isso não podemos dizer que um sujeito autônomo é mero reflexo de outro. Se há semelhanças, é por sua vontade.³⁶⁹

Outra virtude é a autenticidade. A pessoa autônoma não é mero porta-voz ou representante de outra. Seus desejos, suas vontades, seus sentimentos em geral são seus. Não há autonomia quando não existe opinião crítica. Quem desenvolve seus gostos obedecendo à imposição de alguém não é autônomo. Assim, a autonomia impede a manipulação por outras pessoas, pois estas podem e mudam suas opiniões por suas próprias razões, sem sentimento de culpa.³⁷⁰

A próxima virtude apontada pelo autor está diretamente relacionada a Kant, especificamente à terceira formulação de seus imperativos categóricos. No momento de elaborar uma lei universal, consideramos nossa vontade. A lei moral nos impõe uma obrigação que é legítima porque parte de nós mesmos. A autoridade da lei moral e a origem da obrigação de cumpri-la é nossa vontade racional.³⁷¹ Essa virtude, portanto, é a autolegislação, ou seja, a capacidade de criarmos nossas próprias regras morais.

Outra virtude que aparece é a capacidade de não apenas possuir gostos e opiniões autenticamente suas, mas também de possuir convicções morais e princípios genuinamente seus. As convicções e princípios não estão somente incorporadas ao sujeito, eles fazem parte de seu caráter. Dessa maneira, a pessoa comporta-se respeitando os demais porque é de sua natureza, seu caráter assim o determina, e não apenas por prudência ou temor.³⁷²

A pessoa cujos preceitos morais não estão enraizados em suas próprias razões pode ser objeto de manipulação e demagogia. Suas convicções, na verdade, são frágeis e não haveria dificuldades em transformá-las para tirar algum tipo de proveito.³⁷³ Por isso, o sujeito autônomo encontra um leque menor de convicções e princípios, já que estes estão enraizados em seu caráter e não podem sofrer influências externas. Ao contrário do sujeito não autônomo, que sempre encontra uma “vitrine” de princípios exposta pelas outras pessoas e por ela deixa-se levar.

³⁶⁹ *Ibidem.* p. 32.

³⁷⁰ *Ibidem.* p. 32.

³⁷¹ *Ibidem.* p. 35. Cf. KANT, Immanuel. *The Philosophy of Law*. Tradução de W. Hastie. Edinburgh (Escócia): T & T Clark. 1887. pp. 45 e ss.

³⁷² *Ibidem.* pp. 36-37.

³⁷³ *Ibidem.* pp. 38-39.

A fidelidade às próprias convicções é outra virtude do sujeito autônomo. A autenticidade moral permite ao sujeito ser fiel a seus princípios na condução de sua vida. As influências externas são incapazes de mudar sua convicção sobre o comportamento adequado para dado momento.³⁷⁴ Dessa virtude extraímos que a pessoa autônoma só age diferentemente de suas convicções se estiver sob coação, isto é, a convicção ainda existe, mas não pode ser colocada em prática. Daqui podemos extrair outra virtude, a auto-confiança. Confiar em suas convicções torna o sujeito apto a exercê-las sem a influência de outros.³⁷⁵

Por fim, a última virtude exposta é a responsabilidade por si próprio. Feinberg, citando Arneson, afirma que a ideia central de autonomia é que, ao fazer uma escolha voluntária, deve responder o sujeito por todas as consequências subsequentes que emanam dessa escolha. Quem age autonomamente está sujeito ao julgamento de sua conduta e a pagar o preço pelo resultado. A conexão entre autonomia e responsabilidade pode ser resumida da seguinte forma: a responsabilidade é a causa que contribui para o desenvolvimento da autonomia.³⁷⁶

Após discorrer sobre as virtudes da autonomia, Feinberg apresenta o terceiro sentido: autonomia como ideal. Autonomia não significa individualismo pleno, pois o sujeito autônomo vive em uma comunidade. O ideal da pessoa autônoma é de um indivíduo autêntico cuja autodeterminação seja completa e consistente com a exigência de que ele seja um membro da comunidade. A autonomia respeita as convicções dos demais como exige respeito por suas próprias convicções.³⁷⁷

Por fim, o autor explica o quarto sentido da autonomia: um direito. Feinberg inicia sua exposição diferenciando dois conceitos do direito internacional e da ciência política: autonomia e soberania. Dois são os pontos de distinção. Primeiramente, autonomia é parcial e limitada, enquanto a soberania é um todo e indivisível. A segunda diferença é a mais importante. A autoridade de um Estado soberano é um direito, enquanto a autoridade de uma região autônoma é um privilégio revogável.³⁷⁸

³⁷⁴ *Ibidem.* p. 40.

³⁷⁵ *Ibidem.* p. 42.

³⁷⁶ *Ibidem.* pp. 43-44.

³⁷⁷ *Ibidem.* pp. 44-47.

³⁷⁸ *Ibidem.* p. 47.

A soberania garante ao Estado fazer aquilo que é de sua vontade. A autonomia local é delegada, é o último recurso de autoridade. Diante do vocabulário da ciência política, o autor prefere utilizar o termo “soberania” como o quarto sentido de autonomia moral. Por isso, quando se utiliza a palavra “autonomia” para explicar seu último sentido, na verdade, deve-se ler “soberania pessoal”.³⁷⁹ A partir dessa explicação prévia, Feinberg faz a analogia entre soberania de uma nação e soberania pessoal.

Cada Estado, assim como cada pessoa, deve ser respeitado pelos demais. A ninguém é dado o direito de interferir na organização do Estado, nas suas relações, no modo de vida da população, na cultura. Enfim, o que acontece no interior do Estado é problema seu. Não obstante, há situações em que são permitidas intervenções, como, por exemplo, o extermínio de pessoas num determinado país. No caso das pessoas, ninguém pode interferir em suas condutas para protegê-la, a não ser em casos extremos. Quando o sujeito é autônomo, ele possui o direito de ter sua “soberania” respeitada.³⁸⁰

Continuando com sua analogia, Feinberg trabalha com os conceitos de “soberania” e “território”. Um Estado soberano possui domínio sobre sua extensão territorial, delimitada por uma metragem e coordenadas. O corpo da pessoa corresponderia ao território de um país. No entanto, sua soberania vai além do domínio sobre o próprio corpo. Alguém pode violar a autonomia de alguém sem tocar seu próprio corpo, basta exibir uma cena indesejável, expelir um odor desagradável, produzir sons sem sua permissão etc.³⁸¹ Invadir a privacidade de alguém é uma forma de violar sua soberania sem atingir seu “território” (o próprio corpo).

O núcleo da ideia de autonomia é o direito de fazer escolhas e tomar decisões. É o direito de alguém decidir como viver a própria vida, especialmente como fazer criticamente decisões sobre seus atos.³⁸² A dúvida levantada pelo autor é onde estão exatamente os “limites territoriais” da pessoa, pois o paternalismo necessita desses limites para saber quando intervir sua na liberdade.³⁸³

Também questiona-se o que vem a ser o “próprio bem” do sujeito. Tal conceito está ligado diretamente aos interesses pessoais, que também podem variar de acordo com o

³⁷⁹ *Ibidem.* p. 48.

³⁸⁰ *Ibidem.* pp. 49-51.

³⁸¹ *Ibidem.* pp. 52-54.

³⁸² *Ibidem.* p. 54.

³⁸³ *Ibidem.* pp. 56-57.

indivíduo. Feinberg lembra da visão majoritária da doutrina que associa bem ao “autopreenchimento” (*self-fulfillment*), definido brevemente como o desenvolvimento das aptidões genuínas de cada um, dos talentos de vida, das metas alcançadas. É a realização ativa das propostas de vida, as que são comuns a todas as pessoas e as individuais.³⁸⁴ O autor relaciona quatro possíveis sentidos para bem próprio: (1) direito de exercer a autonomia na medida em que esta promova o bem à pessoa; (2) o exercício da autonomia deve ser respeitado mesmo que provoque alguma lesão à pessoa, se a intervenção em sua liberdade for mais prejudicial; (3) o exercício da autonomia é mais importante que o bem estar da pessoa, não importa o prejuízo que possa lhe causar; (4) quando o interesse próprio e a autonomia não coincidirem, deve-se decidir intuitivamente o que é melhor ao sujeito, ou seja, não há prioridade da autonomia, nem do bem estar.

Percebe-se que a discussão sobre bem estar no Estado liberal gira em torno da autonomia da pessoa. Parece ser inquestionável que a vontade individual não pode ser desprezada. As diferenças encontram-se nas prioridades: se vale mais a vontade ou o bem estar. A posição particular de Feinberg parece ser a segunda, pois todos têm o “direito de errar, de cometer erros, de decidir tolamente, de assumir grandes riscos. Se não fosse assim, a ideia de autonomia perderia o sentido”.³⁸⁵

A opinião liberal de Feinberg não é irrestrita. O autor deixa claro que se deve valorizar a autonomia quando a vontade do agente estiver livre de defeitos. O exercício da autonomia envolve a compreensão real dos fatos e o conhecimento das prováveis consequências de uma decisão. Quando a vontade do indivíduo for defeituosa, pode haver a intervenção em seu comportamento para preservá-lo de um prejuízo não concebido, o que justifica o paternalismo moderado proposto pelo autor. A soberania individual, portanto, deve ser respeitada dentro de certos limites.

A primeira hipótese de falha na vontade é a compulsão, que faz o sujeito agir por impulso, sem refletir o mínimo necessário para assumir um risco. Outra hipótese é a coerção, como forma de pressão externa experimentada pela pessoa. Há ainda situações em que a vontade encontra-se distorcida por distúrbios psicológicos, como a neurose, a inibição,

³⁸⁴ *Ibidem.* p. 57.

³⁸⁵ *Ibidem.* p. 62.

a obsessão e certas incapacidades. Por fim, pode-se apontar o erro sobre os fatos, seja um erro provocado (fraude), seja um erro não provocado.

A coerção provoca o consentimento falho no indivíduo. Quem sofre coerção tem consciência real dos fatos, porém, não pode agir conforme sua vontade. A força coercitiva deve ser suficiente para reduzir a capacidade de resistência da pessoa. Não é qualquer ameaça que pode ser capaz de controlar o sujeito coagido. Deve ser uma ameaça que impeça o exercício da autonomia. O autor aponta critérios subjetivos (que consideram o indivíduo e suas peculiaridades) e objetivos (considerando o ambiente em que o indivíduo vive) para provar a redução da capacidade de resistência. Dentre estes, a comparação do sujeito com uma pessoa *média*. Esta pessoa é aquela que, dentro das expectativas, não se sentiria incapacitada com ameaças consideradas leves para as pessoas em geral. Ao contrário, as ameaças que normalmente reduzem a capacidade das pessoas estão dentro das expectativas de impedir o exercício da autonomia.³⁸⁶

O autor discorre também sobre as “propostas coercitivas”, que se assemelham a certos tipos de ameaças. São promessas bilaterais, em que o proponente oferece um benefício em troca de algo. Entretanto, se a outra parte não aceitar o benefício, pode experimentar um prejuízo. Por exemplo, um juiz oferece ao acusado a possibilidade de servir como cobaia numa experiência médica em troca da comutação da pena; se o acusado não aceitar a proposta, o juiz mandará executá-lo. Na situação, apesar de não querer fazer algo, o sujeito enxerga na proposta a única possibilidade de evitar um dano maior a si mesmo, o que torna o consentimento defeituoso. É um caso de dano a si mesmo para impedir um dano maior prometido pela outra parte da relação, mas não é um dano desejado. O que se deseja é evitar o dano maior.³⁸⁷

Outra forma de invalidar o consentimento é a “crença defeituosa” (*defective belief*). Acontece quando alguém concorda com algo que compreendeu de forma errada, diversa da realidade. O erro de compreensão pode derivar de (a) fraude, quando alguém dissimula a realidade; (b) ignorância, quando a pessoa desconhece parcela da realidade e toma a decisão acreditando conhecer a situação toda; (c) erro nas expectativas, nos casos em que a pessoa acredita num resultado que não acontece. O consentimento nesses casos fica

³⁸⁶ *Ibidem*. pp. 189-228.

³⁸⁷ *Ibidem*. pp. 213-219.

prejudicado porque o sujeito enxerga uma realidade diversa e, caso conhecesse inteiramente os fatos, teria tomado uma decisão diversa.³⁸⁸

4.2.5. *Harmless wrongdoing* (1988)

Logo no início, Feinberg convida o leitor a considerar a principal questão da obra: se o Estado pode legitimamente criminalizar condutas moralmente injustas que não provocam lesões ou, se provocam, o fazem de forma jurídica. Explica-se. O autor utiliza o termo *wrong* para indicar um comportamento injusto mas que não provoca lesão (*harm*) ou uma conduta lesiva que não seja injusta (por exemplo, quando há consentimento do ofendido). O objeto da obra, portanto, são os comportamentos injustos não lesivos ou, em outras palavras, são violações a direitos que não representam lesões a interesses.³⁸⁹

Feinberg discorre sobre o moralismo legal afirmando que tal princípio não foi recepcionado pelo Estado liberal. Moralismo legal, em sentido amplo, tem por finalidade a preservação de um meio de vida tradicional, a imposição da moralidade, a prevenção de vantagens injustas e a elevação ou o aperfeiçoamento do caráter humano. Em sentido estrito, abrange apenas a imposição da moralidade por meio da lei.³⁹⁰ Também elabora uma distinção entre moralismo puro e moralismo impuro. O moralismo legal puro impõe proibições porque a conduta proibida é errada em si mesma, enquanto o moralismo legal impuro prevê as proibições com a finalidade de evitar outros danos além da mera imoralidade.³⁹¹

Para o autor, existe um patamar mínimo de casos em que o moralismo legal, como princípio limitador da liberdade, parece correto. Desde que um mal seja passível de desapontamento ou desprezo, mesmo que não seja lesivo ou ofensivo, aparentemente haverá razões, embora remotas, para sua criminalização. Não pode o direito penal intrometer-se em comportamentos imorais que não sejam reclamados pelo suposto ofendido. Assim, um primeiro argumento liberal para impedir a criminalização de atos imorais é a

³⁸⁸ *Ibidem*. pp. 269-304.

³⁸⁹ FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing*. pp. xxvii-xxix.

³⁹⁰ *Ibidem*. pp. 03-05.

³⁹¹ *Ibidem*. pp. 08-09.

ausência de pessoas que denunciem a conduta. Se ninguém demonstrar sua insatisfação, mesmo que o ato seja imoral, não poderá ser reprimido criminalmente.³⁹²

Feinberg dedica-se a explicar situações imorais que podem ser proibidas criminalmente quando ameaçarem radicalmente um padrão de estilo de vida, por fundamentos no conservadorismo moral. Segundo o autor, trata-se de uma forma de moralismo legal puro, pois infortúnios capazes de transformarem as estruturas de uma sociedade são um mal em si mesmos. São citados, como exemplos, os atentados ao idioma de um país, aos costumes desenvolvidos por muito tempo, aos valores culturais. As transformações sociais são aceitáveis e fazem partes do desenvolvimento de uma comunidade, no entanto, não são toleradas condutas maléficas que afetem bruscamente as expectativas das pessoas.³⁹³

Os membros de uma comunidade estão fortemente identificados com suas regras e sua submissão a elas. Os valores da comunidade fazem parte da identidade de seus integrantes. É difícil no Estado liberal resguardar os valores de cada indivíduo porque, muitas vezes, estes podem se contrapor aos valores da sociedade em geral. Os interesses da pessoa, quando diferirem da maioria, devem ser respeitados e permitidos quando não forem conflituosos com valores fundamentais da sociedade. Atingir um interesse da comunidade é o mesmo que atingir interesses alheios de forma indireta, por isso pode o Estado proibir tais comportamentos.³⁹⁴

Não é qualquer tipo de interesse contrário à sociedade que pode ser proibido. Deve ser um infortúnio imoral. O autor refere-se à moralidade como um sistema de normas racionais que se aplicam igualmente a todas as nações e comunidades, inclusive padrões para criticar as normas convencionais que podem ser estabelecidas num dado momento, num determinado período ou às normas convencionais de nossa própria comunidade em nosso tempo.³⁹⁵ Feinberg, assim, compreende que a “verdadeira moralidade” pode ser imposta dentro de certos limites, quando houver interesse da comunidade, e não apenas interesse individual de quem imponha as proibições.³⁹⁶

³⁹² *Ibidem.* pp. 35-38.

³⁹³ *Ibidem.* pp. 67-80.

³⁹⁴ *Ibidem.* pp. 118-120.

³⁹⁵ *Ibidem.* p. 173.

³⁹⁶ *Ibidem.* pp. 174-175.

Em seguida, o autor desenvolve seus argumentos favoráveis à criminalização das diversas formas de exploração. Trata-se da relação em que uma pessoa “usa” ou “manipula” outra por meio da força ou de algum tipo de fraqueza.³⁹⁷ Para uma relação ser considerada exploração são necessários alguns elementos: (1) meios de se usar a outra pessoa: o agente pode usar a coerção ou manipular a vítima sem coerção; (2) características e circunstâncias da exploração: exploração do defeito pessoal; abusar da confiança; circunstâncias infelizes; fraquezas pessoais; (3) redistribuição de perdas e ganhos: o explorador é sempre um ganhador, mesmo que o explorado experimente algum tipo de ganho também (sempre a vantagem maior será do explorador sobre o explorado).³⁹⁸ Feinberg ainda chama a atenção para a exploração sem coerção: o explorador, nesse caso, é sempre um “parasita”, pois gruda em outras pessoas, sem necessariamente lesá-las, e daí tira seus ganhos como um meio de vida.³⁹⁹

As diversas formas de exploração são expostas por Feinberg da seguinte maneira: (1) A pode explorar B sem causar-lhe ofensa ou lesão (é o sentido não pejorativo de exploração, que pode ser exemplificada com o homem que faz todos os favores que uma mulher lhe pede usando da sedução); (2) A pode explorar B no sentido pejorativo, obtendo vantagem injusta e causando prejuízo ao explorado, mesmo que, aparentemente, este tenha algum ganho. A exploração pode ser realizada por meio de coerção, fraude, manipulação, abuso de uma condição de desigualdade, abuso de generosidade, benevolência manipulada, cilada e submissão. A exploração no sentido pejorativo é um infortúnio que deve ser combatido e sua proibição criminal é legitimada pelo moralismo legal em sentido estrito. O segmento do moralismo legal que permite a criminalização dos atos de exploração Feinberg prefere denominar princípio da exploração.⁴⁰⁰

O princípio da exploração, para o autor, é a última esperança dos moralistas para legitimar a incriminação de condutas não lesivas ou ofensivas num Estado liberal. O moralismo legal em sentido amplo permitiria a proibição criminal de determinados comportamentos considerando a injustiça da vantagem adquirida em detrimento do sujeito explorado. A conduta não seria criminosa por si mesma (moralismo em sentido estrito),

³⁹⁷ *Ibidem.* pp. 177-179.

³⁹⁸ *Ibidem.* pp. 180-194.

³⁹⁹ *Ibidem.* p. 195.

⁴⁰⁰ *Ibidem.* pp. 200-210.

mas por seu resultado injusto (moralismo em sentido amplo). Feinberg fundamenta, assim, a incriminação de condutas não lesivas ou ofensivas, mas condutas injustas do ponto de vista ético.⁴⁰¹

4.3. A doutrina de Gerald Dworkin

4.3.1. Introdução

Outro autor que dedicou grande parte de seus estudos à intervenção estatal na liberdade é Gerald Dworkin, cuja obra é profundamente influenciada por John Stuart Mill. Seus escritos sobre paternalismo estão respaldados em ideias de caráter liberal, pelas quais defende a mínima intervenção do Estado na vida dos cidadãos. Assim como Feinberg, também Dworkin entende que há casos em que o paternalismo pode ser justificado.

Em relação ao paternalismo jurídico, Dworkin é autor de dois importantes artigos: *Paternalism*⁴⁰² e *Paternalism: some second thoughts*.⁴⁰³ O primeiro é uma análise de leis que o autor considera paternalistas, defendendo sua legitimidade no ordenamento, em alguns casos, e afastando-a em outros. O segundo trabalho é uma resposta às críticas dirigidas ao primeiro. O mesmo autor publicou, mais tarde, outro trabalho a respeito do tema: *Moral Paternalism*.⁴⁰⁴ Neste, são abordadas as diferenças conceituais entre paternalismo moral, paternalismo legal e moralismo legal.

A seguir, faremos uma exposição das principais ideias desenvolvidas por Dworkin nos três artigos citados.

4.3.2. *Paternalism* (1971)

⁴⁰¹ *Ibidem*. pp. 223-230.

⁴⁰² Publicado em: WASSERSTROM, Richard A. (coord.). *Morality and the Law*. Belmont, (EUA): Wadsworth. 1971. pp. 230-239.

⁴⁰³ Publicado em: _____ (coord.). *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge (Inglaterra), Nova Iorque (EUA): Cambridge University Press. 1988. pp. 121-129.

⁴⁰⁴ DWORKIN, Gerald. *Moral Paternalism*. *Law and Philosophy*. vol. 24. pp. 305-319, 2005.

Em seu primeiro artigo sobre paternalismo, Dworkin, logo no início, faz uso de um “princípio muito simples” de Mill que, na verdade, seriam dois princípios: (1) *a autoproteção e a prevenção de lesão a terceiros às vezes são garantias suficientes para interferir na liberdade de alguém* e (2) *o bem da própria pessoa nunca é razão suficiente para intervir em sua liberdade*. O autor destaca que sua preocupação no artigo são as interferências paternalistas na liberdade humana.⁴⁰⁵

Expõe, superficialmente, seu conceito de paternalismo: “por paternalismo eu vou compreender, a grosso modo, a interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem estar, benefício, felicidade, necessidades, interesses ou valores da pessoa coagida”.⁴⁰⁶ Dworkin alerta para a dificuldade de encontrar exemplos “puros” de paternalismo, pois sempre haverá quem sustente argumentos não paternalistas para justificar uma intervenção na liberdade de alguém. Mesmo assim, o autor faz uma lista de interferências que considera paternalistas:

1. Leis que requerem dos motociclistas o uso de capacete de segurança quando conduzem suas motocicletas;
2. Leis que proíbem as pessoas de nadarem em praias públicas quando os salva-vidas não estiverem em serviço;
3. Leis que fazem do suicídio problemas de ordem criminal;
4. Leis que tornam ilegais certos tipos de trabalho para mulheres e crianças;
5. Leis que regulamentam certos tipos de comportamento sexual, por exemplo, a homossexualidade consentida entre adultos em lugares privados;
6. Leis que regulamentam o uso de certas drogas que podem trazer consequências ao usuário sem, no entanto, levá-lo a condutas socialmente nocivas;
7. Leis que exigem uma licença para exercer certas profissões e impõem penas de prisão ou de multa para quem as exerce sem receber a licença;
8. Leis que obrigam as pessoas a gastar uma parte de seus rendimentos para a aquisição de um plano de previdência e garantir uma aposentadoria (Seguridade Social);
9. Leis que proíbem várias formas de jogo (frequentemente justificadas pela maior probabilidade de que, nessas atividades, os pobres desperdicem mais seu dinheiro do que os ricos que possuem melhores condições);
10. Leis que regulamentam as taxas máximas de juros nos empréstimos;
11. Leis contra o duelo.⁴⁰⁷

Além destas interferências, Dworkin expõe mais alguns comportamentos de intervenção justificados por questões paternalistas:

⁴⁰⁵ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. p. 230.

⁴⁰⁶ *Ibidem*. p. 230. Tradução livre de: “By paternalism I shall understand roughly the interference with a person’s liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person being coerced”.

⁴⁰⁷ *Ibidem*. pp. 230-231.

1. Leis que regulamentam os tipos de contratos que serão considerados válidos pelas cortes, por exemplo, nenhuma pessoa pode celebrar um contrato válido colocando-se em servidão perpétua.
2. Não permitir que se utilize o risco criado pelo ofendido como defesa num processo baseado na violação de uma lei que impõem comportamentos seguros.
3. Não permitir, como argumento de defesa, o consentimento da vítima de um homicídio ou de um roubo.
4. Exigir que os membros de certos segmentos religiosos recebam transfusão de sangue compulsoriamente. Isso é possível não permitindo ao paciente recorrer às instâncias judiciais para alegar eventual crime contra sua integridade física.
5. Procedimentos de interdição civil ⁴⁰⁸ quando estes estão justificados especificamente para prevenir a pessoa interditada de lesar a si mesma. O Ato de Hospitalização dos Doentes Mentais do Distrito de Columbia ⁴⁰⁹ estabelece a hospitalização involuntária da pessoa que “seja mentalmente doente e, por causa dessa doença, é provável que prejudique a si mesma ou terceiros se for permitido que permaneça em liberdade”. O termo lesão, nesse contexto, aplica-se tanto a comportamentos intencionais quanto àqueles sem intenção.

Após relacionar alguns exemplos, o autor faz a distinção entre duas espécies de paternalismo: puro e impuro. Há paternalismo puro quando a restrição da liberdade atinge as próprias pessoas beneficiadas. Por exemplo, criminalizar o suicídio (punindo-se a tentativa quando o ofendido sobrevive) ou obrigar alguém a receber transfusão de sangue contra sua vontade. Por outro lado, há paternalismo impuro quando restringe-se a liberdade de alguém para beneficiar outra pessoa.⁴¹⁰ Podemos citar como exemplo o artigo 217-A do Código Penal brasileiro, que pune o adulto que mantém relações sexuais com menor de 14 anos de idade. Para proteger um menor que age por sua vontade, pune-se outra pessoa.

Mais adiante, Dworkin faz outra distinção, desta vez entre condutas que muitas vezes são confundidas com paternalismo. O exemplo apontado é uma norma que estabeleça o limite da carga horária de trabalho em 40 horas semanais. A norma não é paternalista, pois, concordando com a argumentação de Mill, tais medidas de limitação não se sobrepõem à vontade do empregado que deseja trabalhar mais horas. Na verdade, essa norma confirmaria e daria validade aos interesses dos empregados que defendem a carga

⁴⁰⁸ A expressão traduzida é “civil commitment”, que se aproxima dos institutos da interdição ou da medida de segurança. Na realidade, “civil commitment” é o procedimento pelo qual o juiz decide se a pessoa a quem se imputa doença mental deve ser encaminhada a um hospital psiquiátrico ou a outro tipo de tratamento. Não é um procedimento de condenação criminal, nem consta como antecedentes criminais da pessoa interditada. Mais informações em <<http://www.oregoncounseling.org>>. Acesso em 23 dez. 2009.

⁴⁰⁹ O *D.C. Hospitalization of the Mentally Ill Act*, de 1965, foi elaborado para servir como modelo de tratamento de pessoas mentalmente doentes e prevenção a eventuais atos ilícitos praticados em decorrência do problema. Disponível em <<http://psychservices.psychiatryonline.org/cgi/content/full/51/2/190>>. Acesso em 10/05/2010).

⁴¹⁰ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. p. 232.

horária limitada. Enfim, se a classe de trabalhadores deseja o limite, a norma apenas torna essa vontade eficaz.⁴¹¹

Ainda sobre o exemplo acima, quando uma decisão é tomada coletivamente, é provável que uma parcela de pessoas não queira aderir ao que foi decidido. Para a grande maioria dos empregados, o limite de 40 horas semanais é um bem desejado e aqueles que não o desejam são sacrificados. Para atingir um bem da classe, os indivíduos descontentes são atingidos pela lei que se apresenta como único meio eficaz de garantir um interesse coletivo. Podemos, assim, considerar paternalismo o uso da coerção para alcançar um bem que não é considerado como tal por alguns indivíduos, a quem os benefícios também são destinados.⁴¹²

O autor aponta um caso de paternalismo que pode ser justificado de outra maneira. Há leis trabalhistas que proíbem uma carga de trabalho superior a um determinado limite. Mesmo que o sujeito queira trabalhar mais para aumentar os rendimentos, sua decisão não é permitida legalmente. Normas desta natureza justificam-se para dar efetividade ao julgamento da maioria em detrimento da vontade individual. Ou seja, se a maioria dos trabalhadores não deseja carga horária de trabalho superior a 40 horas semanais, por exemplo, aqueles indivíduos que preferem trabalhar mais estão impedidos de exercer sua vontade para dar maior efetividade à decisão da maioria. Aqui, portanto, não se trata apenas de paternalismo, mas de fortalecimento da vontade de um grupo, apesar de algumas exceções em sentido contrário.⁴¹³

Apesar de sua posição liberal, Dworkin entende que algumas formas de paternalismo são justificáveis. Primeiramente, dá-se destaque à absoluta proibição de Mill contra o paternalismo. No entanto, há casos em que o paternalismo é legítimo e encontramos estas hipóteses por meio do cálculo utilitarista. Um exemplo é a mentira, que, a princípio, é condenável para Mill, exceto nos casos em que seu resultado seja mais importante que o ato de mentir. Desse modo, é legítimo usar a mentira como meio de salvar um interesse.⁴¹⁴

⁴¹¹ *Ibidem.* p. 232.

⁴¹² *Ibidem.* pp. 232-233.

⁴¹³ *Ibidem.* pp. 232-233.

⁴¹⁴ *Ibidem.* p. 233.

Sobre as exceções permitidas, Dworkin esboça a estrutura do raciocínio de Mill da seguinte forma: (1) considerando que a restrição seja um mal, o ônus da prova recai sobre quem propõe tal restrição; (2) desde que a conduta considerada diga respeito apenas à própria pessoa, não se pode apelar à proteção dos interesses dos outros; (3) por essa razão, devemos considerar se as razões referentes ao bem, à felicidade, bem estar ou interesses do próprio indivíduo são suficientes para superar o ônus da justificação; (4) tampouco podemos tentar buscar o benefício do indivíduo pela coerção se essa tentativa implicar em mal superior ao benefício que se busca; (5) de fato, a promoção dos interesses do próprio indivíduo coagido não configura uma garantia suficiente para o uso da coerção.⁴¹⁵

Dworkin adota a premissa número 4 como a mais importante, que pode ser exposta da seguinte forma: ninguém sabe o que é melhor para o indivíduo do que o próprio indivíduo e, portanto, a vontade de outros ou da sociedade não podem passar por cima de sua opinião a respeito de seus próprios interesses. Entretanto, aponta que o próprio Mill reconhece que nem todos os adultos possuem consciência do que seja melhor para si mesmo e, assim, certos limites à liberdade podem ser impostos pelo Estado.⁴¹⁶

Apesar de afirmar que ninguém sabe o que é melhor a si mesmo do que o próprio indivíduo, o autor entende haver situações em que uma decisão pode diminuir benefícios no futuro. Apoiando-se em Mill, Dworkin indica o contrato de servidão voluntária como exemplo de liberdade atual que impede a liberdade no futuro. O método utilitarista realiza o cálculo dos fatos atuais e futuros, chegando ao resultado final de que não compensa permitir o uso da liberdade para perdê-la posteriormente. Há um valor absoluto que deve ser preservado: a liberdade humana.⁴¹⁷

O autor diz que existem casos mais fáceis de se aceitar o paternalismo como justificável, considerando o consentimento hipotético da pessoa beneficiada. Os pais, por exemplo, educam as crianças na expectativa de que, no futuro, estas reconheçam o bem que lhes foi promovido. É uma espécie de agradecimento em perspectiva: hoje a criança reclama de ser obrigada a estudar, porém, no futuro, ficará agradecida por ter conquistado uma carreira bem sucedida.⁴¹⁸ Quer dizer, quando interferimos na liberdade de uma pessoa,

⁴¹⁵ *Ibidem.* p. 233.

⁴¹⁶ *Ibidem.* p. 234.

⁴¹⁷ *Ibidem.* p. 235.

⁴¹⁸ *Ibidem.* p. 236.

para seu próprio bem, não agimos contra sua vontade, pois, na verdade, se houvesse racionalidade no momento, seu desejo seria de promover o benefício para si.

Há, ainda, casos de consentimento não hipotético. Dworkin exemplifica com o sujeito racional que solicita aos demais a forçá-lo a agir de certa maneira que, ao tempo da ação, não aceitaria como desejável. Se um homem sabe que está sujeito a largar suas convicções quando a tentação estiver presente, ele pode pedir a um amigo que se recuse a atender suas solicitações.⁴¹⁹ Assim, um homem pode pedir aos amigos que o impeçam de ficar sozinho com outra mulher, mesmo que seja este seu desejo naquele momento, porque sabe que poderá trair sua esposa e a traição conjugal é algo de que ele não se perdoaria no futuro. Dworkin faz uma analogia com a política. Um cidadão não deseja pagar mais tributos, no entanto, se o aumento da alíquota tributária for a solução para conter a inflação, consentirá com esta medida do governo.⁴²⁰ Quando elegemos um mandatário, damos a ele consentimento para tomar medidas que sejam de nosso interesse.

Dworkin entende que há situações difíceis de se lidar mesmo envolvendo valores como a saúde. O suposto beneficiário pode ter valores diferentes do observador externo. Exemplo elucidativo é a recusa da transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová, mesmo quando houver grande risco de morte. Para estes religiosos, mais importante que viver é não receber “substâncias impuras” que poderiam tornar suas vidas insuportáveis. Outro exemplo são os motoristas que preferem o conforto de conduzir automóveis sem o cinto de segurança. Há dois valores em conflito – conforto e segurança – e, ao final, prevalece aquele que, para o momento, é mais importante: o conforto.⁴²¹

Para o caso do cinto de segurança, Dworkin entende ser irracional a escolha pelo conforto quando são conhecidas as estatísticas sobre os acidentes de trânsito e a redução de chances de um resultado mais grave. Duas são as razões para alguém fazer uma escolha irracional. A primeira é a falha no cálculo por atribuir pesos errados aos valores (por exemplo, entender que o conforto vale mais que a segurança). A segunda é a negligência em agir conforme seus valores reais.⁴²² No segundo caso, é mais forte o argumento para fazer uso do paternalismo. O motorista que não usa o cinto de segurança, se sofrer um

⁴¹⁹ *Ibidem.* p. 236.

⁴²⁰ *Ibidem.* p. 236.

⁴²¹ *Ibidem.* p. 237.

⁴²² *Ibidem.* p. 237.

acidente e tiver graves consequências, vai olhar para trás e mudar de ideia sobre o incômodo. Por isso um comportamento paternalista pode ser justificado como meio de convencer o motorista a mudar a convicção sobre sua segurança própria.⁴²³

Algumas decisões que tomamos são irreversíveis e seus efeitos podem levar o sujeito a não agir racionalmente no futuro. Para as situações em que os resultados possam ser drásticos e irreversíveis na vida do sujeito, Dworkin defende a utilização de medidas paternalistas.⁴²⁴ Outras decisões são tomadas sob pressão psicológica e sociológica intensa, como a prática de suicídio. Algumas medidas políticas são aceitáveis para inibir tais comportamentos, como, por exemplo, a seguridade social não pagar benefícios à família de quem cometeu o suicídio.⁴²⁵ Trata-se de uma forma indireta de intervir na liberdade de uma pessoa que pretende praticar uma conduta autolesiva. Não são proibições do Estado – e por isso não há necessidade de consentimento presumido – e sim meios indiretos de inibição.

Há, ainda, para Dworkin, um grupo de decisões que envolvem perigos que não são compreendidos ou apreciados corretamente pela pessoa. Seu exemplo é o fumante:

- “1. Um homem pode não conhecer os fatos – por exemplo, que fumar entre um e dois maços de cigarro ao dia diminui sua expectativa de vida em 6,2 anos, os custos e a dor das doenças causadas pelo fumo etc.;
2. Um homem pode conhecer os fatos, desejar parar com o cigarro, mas não ter a força de vontade suficiente;
3. Um homem pode conhecer os fatos mas não tê-los aplicado corretamente nos seus cálculos porque, digamos, ele desconta o perigo psicologicamente por ser remoto no tempo e/ou supervaloriza os atrativos de outras consequências de sua decisão que considera como benéficas.”⁴²⁶

No item 1, a informação por meio de educação ou avisos, pode levar o sujeito a uma decisão racional. No item 2, não se impõe um bem a alguém que o rejeita, simplesmente usa-se da coerção para permitir que as pessoas busquem seus próprios objetivos. No item 3, impõe-se um bem a alguém que, segundo sua própria avaliação dos fatos, não deseja sofrer a restrição, mas se quer mostrar que uma análise mais precisa por parte do fumante poderia fazê-lo mudar de ideia.⁴²⁷

⁴²³ *Ibidem.* p. 237.

⁴²⁴ *Ibidem.* p. 238.

⁴²⁵ *Ibidem.* p. 238.

⁴²⁶ *Ibidem.* p. 238.

⁴²⁷ *Ibidem.* p. 238.

Ainda, Dworkin entende que se houver perigo severo e de grande extensão pode-se permitir ao Estado um certo grau de poder para interferir em nestas situações. A dificuldade está em especificar, de antemão, quais seriam os casos nos quais a intervenção seria legítima. O autor propõe que se verifiquem a natureza da privação e o quanto a atividade imposta ou proibida influi na vida da pessoa. No caso do cinto de segurança, a obrigação de usá-lo não vai alterar profundamente a qualidade de vida, enquanto proibir alguém de escalar montanhas, para seu próprio bem, pode ser uma restrição importante.⁴²⁸

A preocupação deve existir não apenas com a felicidade ou o bem estar do indivíduo, mas também com sua autonomia e liberdade. Provavelmente todos consentiriam com o paternalismo nos casos em que se preserva e melhora a habilidade individual de fazer considerações racionais e levar adiante as próprias decisões.⁴²⁹ Dworkin finaliza o artigo defendendo o uso mínimo do paternalismo pelo Estado. A limitação da liberdade deve ser a menor possível, apenas o suficiente para conservar a capacidade do sujeito de tomar decisões racionalmente. Recai sobre o Estado o ônus da prova dos efeitos lesivos exatos da conduta que se quer proibir ou ordenar e a real probabilidade dos mesmos acontecerem se não houver a medida paternalista.⁴³⁰

4.3.3. *Paternalism: some second thoughts (1988)*

Em seu artigo posterior, Dworkin responde a algumas críticas ao trabalho anterior. Primeiramente, o autor entende que é possível trabalhar com um conceito amplo de paternalismo, apesar de afirmar que seu ponto central de discussão é a intervenção estatal e, por isso, um conceito restrito seria suficiente. No entanto, Dworkin entende ser possível ampliar o conceito para abranger condutas que não sejam exclusivas do Estado como, por exemplo, profissionais, familiares, professores. Quer dizer, o conceito amplo de paternalismo pode abranger outras formas de restrição de liberdade que não sejam apenas do Estado.⁴³¹

⁴²⁸ *Ibidem.* pp. 238-239.

⁴²⁹ *Ibidem.* p. 239.

⁴³⁰ *Ibidem.* p. 239.

⁴³¹ DWORKIN, Gerald. *Paternalism: some second thoughts*. pp. 121-129.

Dworkin enfatiza que “nem todos os atos paternalistas são atos do Estado”, “nem todos os atos paternalistas envolvem interferência na liberdade”. Alguns exemplos citados: o médico que não diz a verdade ao paciente sobre estado de saúde para que este não desista do tratamento; o marido que esconde da esposa o remédio para dormir com medo de que ela faça uso indevido do mesmo; o professor que se recusa a recomendar seu aluno para o doutorado porque este ainda não estaria preparado e poderia se prejudicar.⁴³²

Considerando que há casos de paternalismo que não implicam coerção ou violação de um dever moral, Dworkin assinala que a única condição comum a todos os casos de paternalismo é a recusa da pessoa em ser tratada paternalisticamente. Aquele que se pretende proteger não deseja essa proteção, mesmo que o sujeito paternalista tenha certeza de que o protegido não sabe o que é melhor a si próprio.⁴³³ E acrescenta: deve existir uma violação à autonomia da pessoa (concebida como uma noção diferente de liberdade) quando alguém age paternalisticamente. Deve haver a usurpação da tomada de decisão, seja para prevenir pessoas de fazerem o que decidiram, seja para interferir na maneira como chegaram a essas decisões.⁴³⁴

O autor entende ser possível a existência do uso da força bruta sem que implique em paternalismo, assim como casos meramente verbais que não paternalistas. Para Dworkin, deve-se averiguar em cada caso “se o ato em questão constitui uma tentativa de substituir a decisão de uma pessoa por outra, com a finalidade de promover um benefício futuro”.⁴³⁵ Substituir a decisão implica em violar a autonomia do sujeito, que passa a ser “meio” para atingir-se um bem determinado pela pessoa que age paternalisticamente. Dworkin nega o argumento dos que defendem que as consequências de um ato são compartilhadas por todos e isso justificaria a violação da autonomia.⁴³⁶

Em seguida, o autor apresenta três grupos de casos que considera difíceis de justificar um paternalismo moderado. São eles: (1) os casos de segurança; (2) as decisões coletivas; e (3) os casos de escravidão. Os casos de segurança são aqueles que envolvem a obrigação de usar o cinto de segurança ou o capacete. As decisões coletivas são as que atingem pessoas indeterminadas, como o uso de flúor na água que chega às casas. Por fim,

⁴³² *Ibidem.* p. 121.

⁴³³ *Ibidem.* p.122.

⁴³⁴ *Ibidem.* p.123.

⁴³⁵ *Ibidem.* p.124.

⁴³⁶ *Ibidem.* pp. 124-125.

os casos de escravidão implicam a perda voluntária da liberdade. Dworkin defende que tais casos são justificados porque atingem interesses de terceiras pessoas e não por razões paternalistas.⁴³⁷

Nos casos de segurança, quando houver um acidente com graves lesões, que poderiam ter sido amenizadas pelo cinto ou pelo capacete, o custo para o sistema de saúde atinge a sociedade como um todo. Os danos não se resumem ao acidentado, pois atingem, também, a coletividade. A soma das despesas para o tratamento de todos que deixarem de usar cinto ou capacete reflete no custo final que recai sobre a sociedade. Dworkin aponta a dificuldade de se exigir seguro de todos os condutores e a falta de garantia de que, posteriormente, o acidentado poderá ressarcir os cofres públicos. Portanto, não resta outra solução que não seja obrigar todo mundo a reduzir os riscos de danos pelo uso do cinto e do capacete.⁴³⁸

O segundo caso, das decisões coletivas, apresenta outra justificação. Imaginemos o a colocação obrigatória de flúor na água que chega a todas as casas de um município. Nem todos desejam receber o flúor em seu lar, porém, é inviável fornecer para alguns e não para outros. É mais econômico e eficiente distribuir água com flúor para todos que fornecer o flúor em cápsulas apenas para os que o desejam receber. Como a maioria deseja receber a água fluoretada, a minoria deve pagar um preço em nome da eficiência. Por isso, não é paternalismo obrigar a minoria a receber água fluoretada, trata-se de proteger interesses de terceiros.⁴³⁹

Também houve mudança de opinião sobre o terceiro caso, o da escravidão. Dworkin ainda entende que se pode evitar a escravidão para defender a liberdade futura de alguém, mas afirma que o sujeito pode fazer uso da autonomia para decidir e endossar a própria situação de escravo. Dois argumentos seriam cabíveis: (1) garantir uma vida adequada ao cidadão, pois a escravidão não é um bem; (2) a sociedade não é obrigada a conviver com pessoas sem qualquer poder de decisão, tratadas como objetos ou propriedades de seus senhores.⁴⁴⁰

⁴³⁷ *Ibidem.* p. 125.

⁴³⁸ *Ibidem.* p. 126.

⁴³⁹ *Ibidem.* p. 127.

⁴⁴⁰ *Ibidem.* p. 128.

Nos dois primeiros casos, Dworkin sustenta as intervenções na liberdade utilizando argumentos paternalistas para prevenir danos remotos. Não se pode negar que, mesmo indiretamente, terceiros são atingidos pelo não uso de capacete ou cinto e pela falta de flúor na água que chega aos lares. O terceiro caso também não foge ao paternalismo. Proibir alguém de ser escravo para garantir-lhe uma vida digna é uma atitude paternalista, mesmo que justificada (paternalismo moderado) para garantir uma vida digna futura.

4.3.4. *Moral paternalism* (2005)

O terceiro artigo sobre paternalismo tem, em seu início, alguns dos princípios mais conhecidos de limitações à liberdade. São eles: (1) princípio da lesão; (2) princípio da ofensa; (3) paternalismo legal; (4) moralismo legal; (5) paternalismo moral. O autor foca seu estudo no paternalismo moral, diferenciando-o do paternalismo legal e do moralismo legal. Para isso, seguem os seguintes conceitos preliminares: paternalismo legal é a prevenção de lesões à própria pessoa que sofre a restrição da liberdade; moralismo legal é a prevenção de condutas meramente imorais, mesmo que não representem lesão ou ofensa; paternalismo legal é a prevenção de uma lesão moral (como oposição às lesões físicas, psicológicas ou econômicas) ao próprio sujeito que sofre a restrição da liberdade.⁴⁴¹

As duas preocupações do autor neste artigo são diferenciar conceitualmente o paternalismo moral do paternalismo legal e do moralismo legal e estabelecer a natureza dessas justificações. Como ponto de partida, Dworkin novamente recorre a Mill, afirmando que o bem, físico ou moral, da própria pessoa não é um fundamento suficiente para justificar a coerção. O autor demonstra uma confusão nas ideias de Mill, quando este parece “escorregar” entre paternalismo legal e o moralismo legal. Ao mesmo tempo em que Mill discorre sobre benefício físico e moral, utiliza termos como “felicidade”, “psicologicamente correto”, “melhor para si”, enfim, não deixa claro o que realmente é o benefício que se busca. Não está claro se o “bem” que se busca é aquilo que os outros entendem ser correto ou aquilo que deixaria o beneficiado feliz⁴⁴²

⁴⁴¹ DWORKIN, Gerald. *Moral Paternalism*. p. 305.

⁴⁴² *Ibidem*. p. 306.

O paternalismo moral busca não apenas um mundo moralmente melhor, mas também mudanças morais em determinadas pessoas. Assim, há dois caminhos que podem ser percorridos pelo paternalismo moral: um é impessoal (um mundo melhor), outro é pessoal (uma pessoa melhor). No entanto, Dworkin acrescenta um terceiro, que diferencia o paternalismo moral do moralismo legal. O paternalista moral pode seguir uma terceira via, que consiste em buscar uma melhora *para* o indivíduo. Deve-se considerar não apenas o que o paternalista entende como bom; é necessário, também, entender em que esse acréscimo moral pode contribuir para o bem estar do sujeito. Quer dizer, a terceira opção envolve o desenvolvimento moral para o bem estar de quem sofre a interferência.⁴⁴³

Assim, Dworkin afirma que a diferença entre paternalismo moral e paternalismo legal é que aquele envolve diretamente o bem estar da pessoa de acordo com a variação de seu caráter e de suas ações morais. No entanto, tais mudanças não resultam, necessariamente, no aumento da felicidade ou da saúde, por exemplo. Uma pessoa pode ser melhor apenas porque desenvolveu-se moralmente, assim como pode ser melhor porque sente-se mais feliz.⁴⁴⁴ Resumindo: para o paternalismo moral, busca-se desenvolver a pessoa moralmente; para o paternalismo legal, busca-se sua felicidade, sem considerações morais em primeiro plano.

Mas o que seria o bem estar de alguém? Dworkin sugere duas posições a respeito de uma resposta satisfatória: uma visão aditiva e outra constitutiva. Do ponto de vista aditivo, podemos julgar a vida de alguém boa ou ruim sem consultar sua opinião sobre os valores avaliados. Não se consideram as experiências e os objetivos da pessoa.⁴⁴⁵ Por exemplo, se uma pessoa entende que um estilo de música é ruim, achará que aqueles que gostam desse estilo não têm uma boa vida, ou que um sujeito alienado não vive bem porque não tem consciência dos problemas do mundo (caso soubesse, teria outro tipo de sentimentos).

Para o ponto de vista constitutivo, a avaliação que fazemos do bem estar de alguém depende de seu “endosso”, ou seja, das experiências da pessoa avaliada. Não se pode fazer uma pessoa melhor ou mais feliz se sua própria opinião for contrária.⁴⁴⁶ Exemplificando, um indivíduo acha a música erudita melhor, mas seu amigo não gosta. Mesmo assim,

⁴⁴³ *Ibidem.* p. 308.

⁴⁴⁴ *Ibidem.* p. 308.

⁴⁴⁵ *Ibidem.* p. 309.

⁴⁴⁶ *Ibidem.* p. 310.

seguindo seu julgamento e sua avaliação, pode considerá-lo feliz, pois deve levar em conta aquilo que o amigo entende ser o melhor para si próprio.

Como ficaria o paternalismo moral perante o ponto de vista constitutivo? A premissa essencial do paternalismo moral é a seguinte: algumas intervenções podem melhorar a qualidade da vida moral de uma pessoa ou seu caráter e, como resultado, sua vida seria melhor. De acordo com a ideia constitutiva, se o endosso pessoal é indispensável, então a vida de alguém não pode ser melhorada por intervenções paternalistas.⁴⁴⁷ Por exemplo, se o potencial suicida é impedido de provocar a própria morte, mas não suporta a vida que é forçado a levar, então não se pode afirmar que impedir sua morte é uma forma de melhorar seu bem estar. Outras situações são semelhantes: poucos fumantes negam que o cigarro pode provocar câncer e poucos motociclistas duvidam da eficácia do capacete, porém, o custo-benefício (prazer proporcionado) compensa essas atividades arriscadas.⁴⁴⁸

Existem controvérsias sobre a avaliação que se faz da atividade atingida pelo paternalismo moral. Os ateus e homossexuais não acham que estão engajados em condutas imorais e que suas vidas não seriam melhores se tivessem outras convicções.⁴⁴⁹ O paternalista moral entende que pode tornar a vida de uma pessoa melhor moralmente coagindo-a a fazer ou deixar de fazer algo como, no exemplo dado, mantendo relações apenas com pessoas do sexo oposto ou acreditando na existência de um deus. Mesmo não havendo uma lesão física ou psíquica à pessoa, essa espécie de paternalismo busca o bem estar de natureza moral. É como se dissesse: apesar de você ser uma pessoa bem sucedida, saudável, não fazer mal a ninguém, sua vida não está moralmente completa porque você é homossexual ou ateu.

Para avaliar o bem estar de alguém, o endosso deve ser genuinamente seu. Não pode haver qualquer tipo de manipulação ou coerção. Dworkin afirma que um endosso imaginário ou presumido dificilmente pode ser sustentado. Obrigar alguém a contribuir para sua previdência pode, no futuro, gerar o agradecimento desta pessoa beneficiada. No entanto, obrigar alguém a acreditar em um deus agora dificilmente vai implicar em um agradecimento tempos depois.⁴⁵⁰ Assim, é mais fácil legitimar o endosso nos casos de

⁴⁴⁷ *Ibidem.* p. 310.

⁴⁴⁸ *Ibidem.* p. 311.

⁴⁴⁹ *Ibidem.* p. 311.

⁴⁵⁰ *Ibidem.* p. 312.

paternalismo legal para promover um benefício do que nas hipóteses de buscar o bem estar de ordem moral.

Outro ponto a ser discutido é a possibilidade do paternalismo moral ser efetivo. Dworkin narra a situação do sujeito que se apaixona e, como consequência, passa a ter melhor auto-estima. Por isso, seu rendimento no trabalho e nos estudos melhora, assim como cada vez mais procura ser uma pessoa íntegra e honesta. Desse modo, além de experimentar um benefício de ordem moral, os reflexos são de outra natureza. O bem atingido pela pessoa com auto-estima pode ser convertido financeiramente com um desempenho no trabalho e nos estudos. Este é um caso em que o resultado obtido pelo paternalismo moral vai além da própria moralidade.⁴⁵¹

Dworkin também aponta a possibilidade de fraqueza da vontade. Quando o paternalismo legal restringe ou coage um comportamento o faz para que a pessoa beneficiada reconheça o benefício posteriormente, como é o caso da contribuição previdenciária. O correspondente para o paternalismo moral seriam os casos em que a pessoa não enxergue sua vida como degradante e não consiga mudar a situação por si mesma. Forçando o sujeito a alterar seu modo de vida, este desperta para o bem estar e o busca por si próprio.⁴⁵²

O autor entende que uma premissa essencial para justificar o paternalismo moral é a possibilidade de melhorar o bem estar moral de alguém impondo mudanças que o sujeito não endossa. O problema é como justificar a conduta. Na realidade, a interferência sobre as pessoas ocorre não para melhorar seu bem estar, mas simplesmente para torná-las pessoas moralmente melhores. Em síntese: tornando o sujeito melhor, de acordo com nosso julgamento, seu bem estar será melhor, conforme nosso julgamento.

Veja-se o seguinte caso. Uma prostituta que tem um bom padrão de vida, sustentado por seu trabalho sexual, pode se sentir bem desse jeito. Ela já teve outras profissões, no entanto, somente na prostituição conseguiu desenvolver o estilo de vida que a faz sentir bem: casa própria, automóvel, viagens etc. Um observador pode pensar que a vida dessa mulher seja degradante por manter relações sexuais com diversas pessoas em troca de dinheiro, apesar dela própria não se sentir assim. Se este observador pudesse proibir essa

⁴⁵¹ *Ibidem.* p. 313.

⁴⁵² *Ibidem.* p. 313.

mulher de exercer a prostituição, certamente o faria para que ela se tornasse uma pessoa moralmente melhor de acordo com o seu ponto de vista (o observador), e não conforme a visão da própria prostituta.

Tanto a tese do endosso, quanto a tese aditiva, apresentam problemas. Se for considerado que o endosso é necessário para a intervenção paternalista, há a possibilidade do sujeito não concordar porque não conhece exatamente o benefício que pode alcançar. O sujeito não teve as experiências de vida necessárias para saber o que é bom para si mesmo e, assim, pode deixar passar a oportunidade de melhorar seu bem estar. A tese aditiva, que desconsidera a opinião da pessoa, escancara as portas do paternalismo, cujos critérios seriam, exclusivamente, de quem determina a intervenção. Mesmo sem saber o que o suposto beneficiado quer para si mesmo, aplicam-se medidas restritivas à sua liberdade de comportamento.

Assim, Dworkin conclui que o paternalismo legal tem como plano de fundo a reforma da pessoa que sofre a interferência na liberdade. O que se quer, na verdade, é tornar o sujeito melhor, moralmente falando. E esse “tornar melhor”, no fim, sempre estará ao juízo de quem impõe as medidas de intervenção. Por isso, o moralismo legal e o paternalismo moral confundem-se num ponto: o suposto bem estar moral não atende àquilo que o sujeito pensa ser melhor para si mesmo.⁴⁵³

4.3. Conclusões preliminares

Analisando as duas linhas de pensamento, é possível estabelecer algumas distinções importantes e entrelaçá-las para atingir um resultado convincente. Enquanto Feinberg busca fundamentos morais para a criminalização de condutas lesivas e ofensivas, Dworkin adota critérios utilitaristas tendo em vista o maior bem coletivo como utilidade da norma. Apesar da semelhança entre os resultados pretendidos (menor interferência possível do Estado na liberdade individual), os fundamentos das propostas são diferentes.

A teoria de Feinberg foi elaborada em grupos de casos, nos quais estão divididos diversos tipos de comportamentos humanos e seus efeitos. A vantagem da teoria de Feinberg é a valoração dos efeitos das condutas e somente aquelas que realmente

⁴⁵³ *Ibidem.* pp. 318-319.

frustrarem interesses pessoais alcançam a condição de uma lesão. Comportamentos menos conflitantes, mas também indesejados, podem ser ofensivos ou não apresentarem relevância penal. O Estado dispõe de outros meios para evitar meros incômodos e, portanto, somente as graves frustrações aos interesses devem ser objeto do direito penal.

Para Dworkin, a interferência da liberdade humana passa por um cálculo utilitarista. Calcula-se o saldo entre a intervenção na liberdade e o resultado que se pretende alcançar. Algumas proibições podem parecer paternalistas para Dworkin, no entanto, ao analisar todos os fatos envolvidos, o resultado final abrangerá a coletividade. Quer dizer, se um comportamento aparentemente restrito ao âmbito individual da pessoa promover efeitos na comunidade, mesmo que remotos, a intervenção estatal será legítima e não haverá paternalismo.

Feinberg peca pela falta de critérios gerais de lesividade. O autor trabalha cada grupo de casos separadamente, com suas especificidades, o que dificulta extrair fundamentos comuns que expliquem a intervenção em algumas situações e a permissibilidade em outras. Não se chega a um denominador comum entre as ofensas e as lesões que podem ser repelidas criminalmente, apesar dos argumentos bem aproveitados em cada hipótese descrita. Por outro lado, a divisão entre lesão, ofensa e imoralidades auxilia na elaboração de uma teoria fundada no exercício da autonomia e na subsidiariedade do direito penal.

A teoria de Dworkin é de simples aplicação, porém, considerar criminalmente os efeitos remotos é um tanto perigoso no processo de criminalização de comportamentos. Dworkin deveria fazer uma divisão entre efeitos próximos e remotos, pois, de uma maneira ou de outra, qualquer conduta humana poderá ter reflexos futuros se cumuladas com outras tantas. Inclusive comportamentos imorais podem entrar para o cálculo utilitarista se forem consideradas possíveis consequências presumidas pelo intérprete.

5. RESPONSABILIDADE E AUTONOMIA

5.1. Introdução

A pessoa, como receptora da norma, deve ser considerada de acordo com sua compreensão. Só consegue obedecer a uma regra quem entende o seu significado e possui condições de atuar conforme aquilo de que dispõem. O sujeito deve ser capaz de analisar a norma, os motivos de sua vigência, o que se quer proteger, enfim, deve-se conhecer sua *ratio*, a sua razão de existir, que implica, entre outras coisas, o bem jurídico a ser tutelado.

O Estado liberal preserva a liberdade de iniciativa e de ação dos membros da comunhão social dentro de certos limites traçados pelas normas jurídicas, especialmente quando se referem aos direitos de terceiros. A princípio, qualquer membro desta comunhão social pode fazer o que quiser, dentro de sua esfera pessoal e desde que não prejudique terceiros. Entretanto, há exceções: são situações em que o Estado pode proibir certos comportamentos para evitar autolesões ou heterolesões consentidas. Como um dos requisitos legitimadores da intervenção estatal está a ausência de autonomia da pessoa protegida. O Estado pode interferir nos casos em que a pessoa anui em sofrer uma lesão sem possuir a autonomia suficiente para tal.

Para um estudo adequado da autonomia, são necessárias as seguintes etapas: (i) definir o que se entende por autonomia; (ii) entender quem pode ser autônomo; (iii) o que significa e qual o conteúdo da responsabilidade assumida e, finalmente, (iv) tratar dos limites do consentimento. Preliminarmente, deve-se definir o que se entende por autonomia pessoal e seus limites para depois abordar a capacidade de consentimento da pessoa. Em seguida, serão considerados os efeitos de uma conduta praticada por quem tem autonomia, ou seja, a responsabilidade pelo comportamento. Por fim, será tratado o consentimento existente quando alguém é autônomo para decidir.

5.2. Discernimento e competência

A capacidade de discernimento consiste no potencial do sujeito em separar as informações que possui e utilizá-las dentro de seu contexto. Discernir é apreciar algo e distinguir este objeto de apreciação dos demais. Implica captar diferenças e semelhanças e individualizar determinados objetos. Enfim, quem discerne pode distinguir ideias e, pelo menos em tese, sabe o que faz. Portanto, os riscos de iludir-se com uma conduta são menores ou inexistentes.

Discernimento pode ser associado à consciência pelos atos. Antes de agir, o sujeito consegue preparar-se cognitivamente para saber o que está fazendo. Há uma interpretação efetiva dos fatos, das suas causas e consequências, dos benefícios e malefícios. O discernimento reduz os riscos de alguém praticar uma conduta indesejada, uma vez que permite a ponderação de interesses, a avaliação dos eventuais ganhos e prejuízos, dentro de uma fidelidade fática.

Utiliza-se o termo *discernimento* em vez de *consentimento* porque este tem um significado peculiar. Quem consente faz um acordo com outra pessoa, aceitando seu comportamento, mesmo que em prejuízo próprio. Por exemplo, A consente em ter seu cabelo raspado por B, pois este é o trote aplicado aos calouros da faculdade. Discernir é mais amplo, pois abrange comportamentos isolados do sujeito sozinho ou o consentimento quando há outra pessoa envolvida. Para consentir é necessário ter discernimento. Sobre o consentimento, discorrer-se-á em tópico específico dentro deste capítulo.

Como sinônimo de capacidade de discernimento encontramos o termo *competência*. Esta é definida como capacidade da pessoa em desempenhar uma tarefa considerada.⁴⁵⁴ A competência requer a valoração da capacidade individual de entender a informação material, de fazer o julgamento sobre estas informações à luz de seus valores, de pretender um certo resultado e de comunicar livremente seus desejos.⁴⁵⁵ A pessoa competente, em tese, pode responder por seus atos, exceto quando houver alguma excludente de responsabilidade.

O sentido de competência aqui aplicado não se confunde com o conceito jurídico comum. Usualmente, competência é compreendida como o poder atribuído a juízes para processar e julgar determinada causa. Entretanto, aqui compreende-se a competência como

⁴⁵⁴ CUNNINGHAM, Larry. A question of capacity: towards a comprehensive and consistent vision of children and their status under law. *UC Davis Journal of Juvenile Law and Policy*, Davis (EUA), vol. 02, n.º 10, 2006. p. 281.

⁴⁵⁵ *Ibidem*. p. 282.

capacidade de fazer algo, isto é, a suficiência cognitiva de uma pessoa. Quem é competente possui capacidade suficiente para executar determinada tarefa, efetuar um comportamento, enfim, reúnem-se os requisitos necessários para que se possa responder por uma conduta.

O âmbito de abrangência da competência, segundo alguns autores, está não apenas no momento em que a pessoa pratica um ato, mas também enquanto responde por ele. A competência requer que o acusado tenha a compreensão racional da natureza do procedimento contra si e a habilidade de consultar seu advogado com um grau razoável de compreensão.⁴⁵⁶ Assim, competência implica saber o que faz e saber como responder por aquilo que fez.

No campo da bioética, muito se discute sobre aferir a competência do paciente para tomar decisões sobre o seu tratamento. Os médicos devem avaliar a racionalidade da escolha do paciente quando aceita ou recusa um tratamento e sua real capacidade de compreender as informações relativas ao tratamento. Como dispõe Moura Fé, “é de particular relevância determinar se a decisão do paciente é racional, sensata ou se está comprometida por sua doença”.⁴⁵⁷ A preocupação justifica-se porque a competência para decidir sobre seu tratamento pode estar comprometida por algum abalo provocado pela enfermidade.

5.2.1. Vício de discernimento

A capacidade de discernimento pode ser abalada por alguns fatores internos ou externos ao sujeito. De forma ampla, podemos dizer que a falsa percepção da realidade impede o discernimento válido de alguém, pois a ponderação dos fatos não é efetuada da melhor maneira. É o que acontece, por exemplo, na fraude, quando alguém é induzido ao erro. Uma pessoa enganada pode discernir, mas o discernimento é inválido, pois a convicção formada não corresponde aos fatos reais. A lei penal reconhece a invalidade do negócio celebrado mediante fraude quando este trouxe prejuízo à vítima enganada, como é o caso da tipificação do estelionato no artigo 171 do Código Penal.

⁴⁵⁶ *Ibidem.* p. 284.

⁴⁵⁷ MOURA FÉ, Ivan de Araújo. Doença mental e autonomia. *Revista Bioética*, Brasília, DF, vol. 06, 1998. p. 75.

Induzir ao erro é diferente de coagir a fazer algo. Na primeira situação, o sujeito enganado não tem o correto discernimento do que faz, pois houve uma projeção errônea dos fatos provocada pelo agente. Já na segunda, quem foi coagido tem discernimento, conhece a realidade fática, porém, não consegue comportar-se conforme sua consciência e vontade. Nos dois casos cabe a proteção do Estado, seja para evitar uma autolesão, seja para impedir uma lesão a terceiros. Fica evidente a legitimidade de intervenção na liberdade tanto de quem age por erro quanto de quem obriga alguém a se comportar contra a própria vontade.

Quando houver vício de discernimento, causado por uma falsa percepção da realidade, cabe ao Estado proteger a pessoa contra prejuízos a si mesma. A figura paternalista ganha importância, da mesma forma que o pai impede o filho pequeno de agir quando pode acontecer um acidente. O fundamento da proteção é a falta de vontade de agir conforme a falsa percepção da realidade por alguma falha pessoal ou das condições em que o fato é avaliado.

Dentro da legislação civil, deparamo-nos com diversas situações em que o Estado protege o cidadão por vício na vontade. Costuma-se dividir os vícios em duas espécies: aqueles oriundos de uma representação errada por parte do declarante e os resultantes da manifestação errônea da vontade perfeitamente formada.⁴⁵⁸ O Código Civil prevê as seguintes formas de vício na vontade: erro (artigos 138 a 144), dolo (artigos 145 a 150), coação (artigos 151 a 155), fraude (artigos 158 a 165), lesão (artigo 157) e estado de perigo (artigo 156). Para os negócios jurídicos, a “vontade deve ser manifestada de forma idônea para que o ato tenha vida normal na atividade jurídica e no universo comercial”. Porém, mesmo quando a vontade é manifestada, mas houver vício ou defeito “que a torna mal dirigida, mal externada”, o negócio jurídico terá vida até que seja pedida sua anulação.⁴⁵⁹

Para dar eficácia à proteção contra os vícios de vontade, o Código Civil prevê as figuras da nulidade e da anulabilidade. O ato jurídico nulo “é aquele que não chega a se formar em virtude de ausência de um elemento básico que é da declaração de vontade consciente”. Já o ato anulável “é o que se constitui com um defeito ou vício em virtude do qual a parte interessada pode pleitear judicialmente a sua ineficácia”.⁴⁶⁰ Apesar de um

⁴⁵⁸ WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 243.

⁴⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas. 2002. p. 405.

⁴⁶⁰ WALD, Arnoldo. op. cit. p. 261.

negócio jurídico ter se concretizado no plano dos fatos, é possível impedir efeitos jurídicos para proteger aquele que nele se envolveu sem o discernimento necessário ou sem expressar a real vontade perante a outra parte. Diz o artigo 166 que “*é nulo o negócio jurídico quando (...) celebrado por pessoa absolutamente incapaz*”. Adiante, o artigo 167 declara que “*é anulável o negócio jurídico (...) por incapacidade relativa do agente*” ou “*por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores*”.

Na legislação penal temos o exemplo do reconhecimento da fragilidade do discernimento inválido pela criminalização do estelionato. O consentimento proveniente do discernimento viciado por fatores externos pressupõe a vitimização da pessoa enganada, que sofre um prejuízo proveniente da fraude. Neste crime, não há subtração de coisa alheia móvel, como no furto ou no roubo, o que acontece é a entrega da coisa por vontade da própria vítima. No entanto, o sujeito só entregou porque não soube discernir corretamente e essa falta de discernimento se deu por uma falsa percepção da realidade. Importante ressaltar que qualquer um pode ser vítima do estelionato, não é necessário apresentar problema mental.

Portanto, o discernimento viciado supõe ausência de validade. Quem discerne induzido por um erro, em sentido amplo, sobre a realidade fática, não pode fazer uso pleno da liberdade, sob pena de causar um dano a si mesmo sem a consciência necessária. Essa pessoa não possui autonomia, não pode agir conforme seus próprios regramentos, pois estes são elaborados erroneamente. Também não há responsabilidade do indivíduo que, por engano provocado, pratica uma conduta lesiva.

A coação, por sua vez, não implica vício de discernimento. O sujeito coagido tem condições de discernir, não obstante, está impedido por força maior de prosseguir de acordo com sua consciência. Quem coage não induz a vítima a erro, simplesmente oferece uma única opção de comportamento mediante violência ou grave ameaça. A vítima sabe o que faz, discorda de seu próprio comportamento e tem consciência de que não lhe resta outra alternativa que não seja obedecer a quem coage. Há competência mas falta-lhe autonomia, conceito sobre o qual discorreremos a seguir.

5.3. Autonomia

A etimologia do termo remete aos termos *auto* (próprio) e *nomos* (norma ou regra). A palavra foi utilizada pela primeira vez como referência às cidades gregas. As cidades autônomas eram aquelas que podiam criar suas próprias leis, em oposição àquelas que estavam sob controle por alguma forma de poder.⁴⁶¹ Literalmente, autonomia significa “possuir ou construir suas próprias leis”.⁴⁶² Apesar de seu conteúdo político, o que interessa é a noção de autonomia envolvida com a ideia de sujeito.⁴⁶³ A pessoa autônoma é aquela que pode conduzir sua vida conforme seus preceitos, sua consciência e sua vontade.

A liberdade de eleição define a autonomia, a noção de auto-governo, pelo qual cada pessoa tem o direito de tomar suas decisões, definir suas ações e ter opiniões baseadas em seus próprios valores, crenças e princípios morais. Os indivíduos autônomos atuam livremente e sem interferências que os controlem, seja pela força da coerção, a persuasão, o paternalismo ou a manipulação. É uma característica da natureza humana: o que o homem elege como guia de seus pensamentos, suas ações, suas intenções e, em grande medida, essa autonomia de decisão define quem ele é.⁴⁶⁴

A autonomia é a liberdade de uma pessoa decidir algo. A ideia de pessoa autônoma parece envolver mais que a capacidade geral de agir conforme desejos e escolhas particulares. Sugere, também, uma capacidade geral de se autodeterminar, de controlar a própria vida.⁴⁶⁵ Quem tem autonomia tem liberdade para decidir qual caminho seguir em sua conduta. A liberdade é o conjunto de faculdades que uma pessoa tem para agir de acordo com sua consciência. Nessa linha pode-se afirmar que o sujeito autônomo é aquele ser livre, desimpedido, desprendido de qualquer coação ou vício de discernimento. Quem

⁴⁶¹ DWORKIN, Gerald. Autonomy and Behavior Control. *The Hastings Center Report*, Garrison (EUA), vol. 6, n.º 01, fev. 1976. p. 23; SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, DF, vol. 06, pp. 27-37, 1998. p. 27.

⁴⁶² FEINBERG, Joel. *Harm to self*. p. 27.

⁴⁶³ SEGRE, Marco, LEOPOLDO E SILVA, Franklin, SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia. *Bioética*, Brasília, DF, vol. 06, 1998. p. 15.

⁴⁶⁴ COLT, Henri. Autonomia e identidad practica - pilares de la conducta etica de los medicos. *Medicina*, Buenos Aires (Argentina), vol. 66, 2006. p. 76.

⁴⁶⁵ NORMAN, Richard. Autonomy. In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. p. 72.

atinge a autonomia tem poder sobre si mesmo, resistir à imposição dos outros e prosseguir num comportamento sem qualquer permissão.⁴⁶⁶

Dworkin afirma ser a autonomia a soma da autenticidade com a independência. A pessoa autônoma é aquela que faz por si mesmo. O autor aponta a necessidade de caracterizar a autonomia como aquilo que motiva e aquilo que faz uma ideia ser da própria pessoa. É característica da autonomia a habilidade para refletir sobre suas decisões, motivos, desejos e assim por diante.⁴⁶⁷ O autor associa a autonomia pessoal a uma vida independente do ponto de vista racional e emocional. A pessoa pensa por si mesma e age sem depender da influência externa.

Como autenticidade Dworkin define a capacidade do indivíduo de pensar por si próprio, mesmo quando reconhecer as dificuldades de colocar suas ideias em prática. Exemplo de autenticidade é o usuário de drogas que deseja parar o consumo mas reconhece as dificuldades em razão do vício. Outro exemplo é o escravo que não consegue fugir de seu senhor e deseja ter uma vida livre. Nestes casos, o sujeito pode identificar e aprovar sua estrutura motivacional porque possui capacidade de enxergar sua situação de maneira racional. Tanto o viciado quanto o escravo são autênticos, porém, não são livres.⁴⁶⁸

A autenticidade não seria suficiente para confirmar a pessoa como autônoma. Segundo Dworkin, há necessidade, ainda, da capacidade de agir isento de influências alheias. O sujeito deve ser capaz de se comportar de acordo com sua própria vontade. Pode até existir influência de alguém, no entanto, essa influência não pode ser capaz de modificar compulsoriamente a ideia de quem age. Por exemplo, hoje A tem vontade de agredir B porque este é nazista; se C convencer A de que a democracia permite a qualquer um acreditar no nazismo como regime ideal, A deixará de agredir B de forma autônoma, pois mudou sua ideia espontaneamente, sem ser obrigado.

O sujeito autônomo pode fazer aquilo que lhe é pedido, mas por sua própria vontade, e não apenas pela vontade de quem lhe pediu.⁴⁶⁹ A autonomia só é mantida se o indivíduo age de forma diferente porque sua vontade também mudou, e não por qualquer tipo de obrigação que acredita possuir. O sujeito deseja agredir seu desafeto, porém, só não o faz

⁴⁶⁶ AGNEW, Robert. Autonomy and delinquency. *Sociological Perspectives*, University of California, vol. 27, n.º 02, abr. 1984. p. 220.

⁴⁶⁷ DWORKIN, Gerald. Autonomy and Behavior Control. p. 25.

⁴⁶⁸ *Ibidem*. p. 25.

⁴⁶⁹ *Ibidem*. p. 23.

porque é alertado pelo amigo de que eventuais lesões corporais poderiam gerar um processo criminal. Este sujeito foi influenciado e tal influência foi imposta por um argumento forte – a possibilidade de sanção criminal – sem, no entanto, alterar a ideia daquele que ainda deseja agredir seu desafeto.

A autonomia, na concepção de Feinberg, possui quatro sentidos: (a) capacidade: as pessoas são naturalmente soberanas e têm o direito de serem autônomas se, e somente se, tiverem capacidade de autonomia; essa capacidade é determinada pela habilidade de fazer escolhas racionais (competência para governar a si mesmo);⁴⁷⁰ (b) condição: conjunto de virtudes das quais deriva o conceito de autodeterminação;⁴⁷¹ (c) ideal: muitas coisas o sujeito não pode escolher (como o país de origem, a genética, as tradições), por isso, o ideal da autonomia é que o indivíduo seja tão completo quanto consistente com os requisitos para ser membro da comunidade;⁴⁷² (d) direito: assim como o Estado deve ter sua autonomia, a pessoa também tem o direito de possuir a liberdade de pensar e agir protegida pelo Estado.⁴⁷³

A autonomia também pode ser representada em diferentes dimensões da liberdade. Downie e Telfer mostram que uma pessoa pode ser autônoma considerando-se os seguintes aspectos⁴⁷⁴: (a) autonomia como ação: o sujeito pode escolher o que fazer, se assim o deseja, ou deixar de fazer, ou contrair a obrigação de fazer alguma coisa; (b) autonomia como pensamento: o sujeito pode escolher em que pensar de acordo com suas ideias e experiências de vida, pois o pensamento é controlável; (c) autonomia como julgamento moral: uma pessoa é considerada autônoma em virtude de decidir, por si mesma, o que fazer. As pessoas autônomas são livres para formarem suas próprias convicções morais, uma vez que a moralidade é intrínseca à personalidade.⁴⁷⁵

Sneddon faz a distinção entre autonomia superficial e autonomia profunda. A superficial consiste nas escolhas e ações produzidas pelos desejos de primeira ordem auxiliados pelos de segunda ordem (o desejo de primeira ordem é o imediato: quero tomar café; o de segunda ordem é mediato: quero ter vontade de tomar café). Quando alguém age

⁴⁷⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. p. 28.

⁴⁷¹ *Ibidem*. p. 31.

⁴⁷² *Ibidem*. p. 44.

⁴⁷³ *Ibidem*. p. 47.

⁴⁷⁴ DOWNIE, R. S., TELFER, Elizabeth. *Autonomy*. *The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Londres (Inglaterra), vol. 46, out. 1971. pp. 293 e ss.

⁴⁷⁵ *Ibidem*. p. 295.

autonomamente nesse sentido, deseja querer fazer algo. A autonomia profunda consiste no reflexo dos desejos e da estrutura de vida de alguém; é decidir se fazemos realmente aquilo que desejamos querer fazer.⁴⁷⁶ Agindo por meio da autonomia superficial, fazemos aquilo que nos dá vontade, enquanto a autonomia profunda nos permite refletir sobre aquilo que desejamos fazer. Em resumo, a autonomia superficial permite fazer escolhas autônomas, a autonomia profunda implica em ser uma pessoa autônoma.⁴⁷⁷

Um conceito mais recente de autonomia é o exercício da habilidade psicológica para governar a si mesmo – ou de ser verdadeiro a si mesmo – e não necessariamente agir racionalmente, ter certos direitos ou escolher livremente.⁴⁷⁸ Este é um sentido bastante amplo de autonomia, pois oferece ao sujeito autônomo o direito de agir conforme seus desejos, mesmo que a escolha não seja racional. Não se exige a racionalidade nas opções, desde que elas sejam autênticas. Talvez seja este o conceito mais liberal, uma vez que dá liberdade quase irrestrita ao sujeito de agir conforme seus desejos, desconsiderando se houve qualquer processo racional e reflexivo sobre a conduta escolhida.

O sujeito autônomo possui duas qualidades que lhe asseguram a liberdade. Ele encontra abstinência de determinação e seus objetivos são propriamente seus.⁴⁷⁹ A primeira característica implica não existir qualquer força determinista que mova a pessoa. Tal determinação é concebida como condições antecedentes ao ato. O sujeito faz porque quer, não porque foi condicionado. Quanto a este primeiro ponto, cabe uma observação. Nem sempre fatores anteriores extirpam a autonomia de alguém. O conceito de autonomia abrange situações em que a pessoa opta livremente por algo a que teve acesso e até então não conhecia. Por exemplo, um morador de uma pequena cidade do interior tem autonomia para escolher por viver numa grande capital, que até então não fazia parte de seu conhecimento. Na cidade grande ele tem condições de conhecer coisas que não estavam no seu cotidiano.

⁴⁷⁶ SNEDDON, Andrew. What's wrong with selling yourself into slavery? *Critica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 33. n.º 98, ago. 2001. p. 108.

⁴⁷⁷ *Ibidem*. pp. 105-106.

⁴⁷⁸ FRANKFURT, Harry. Freedom of the Will and the Concept of a Person. *The Journal of Philosophy*, Waterbury (EUA), vol. 68, n.º 01, jan. 1971. pp. 07 e ss.; McLEOD, Carolyn. How to distinguish autonomy from integrity? *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 35. n.º 01. pp. 107-134, mar. 2005. p. 109.

⁴⁷⁹ KAPITAN, Tomis. The problem of free will. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge dictionary of philosophy*. Cambridge (Inglaterra) Cambridge University Press. p. 326.

A segunda característica da pessoa autônoma é buscar objetivos propriamente seus. Os objetivos de uma conduta podem ser a satisfação dos interesses de outrem, desde que tal satisfação seja da vontade de quem age. Vejamos o seguinte exemplo. X é amigo de Y, que teve sua carteira furtada. Ao descobrir o autor do furto, X vai atrás e consegue recuperar a coisa. A autonomia de X permitiu-lhe agir para recuperar a carteira do amigo Y. Podemos, inclusive, afirmar que o interesse é dos dois, porém, agir para ter de volta o bem é próprio de X.

Parece inevitável referir-se à filosofia kantiana para fundamentar a autonomia. Não há como falar no sujeito autônomo sem recorrer à razão. Kant faz a distinção entre autonomia e heteronomia. Autonomia é o imperativo moral que o sujeito adota racional e livremente como sua política moral. Heteronomia é o comando que vem de outro, são os comandos morais que vêm do Estado e da sociedade.⁴⁸⁰ A existência de heteronomia envolve obrigações perante outras pessoas.⁴⁸¹ As regras às quais o homem se submete não brotam apenas dele, mas há incidência de normas externas que a sociedade e o Estado entendem importantes para a vida em comunidade.⁴⁸²

Autonomia, sem dúvida, significa conduta livre. Quem é autônomo pode agir com liberdade. E essa liberdade implica ausência de constrangimento ou compulsão, pois o indivíduo age de acordo com sua vontade. No entanto, alguns limites a essa liberdade são necessários, uma vez que vivemos em grupos, comunidades e sociedades com outras pessoas que também desejam ser autônomas e isso basta para limitar nossa autonomia.⁴⁸³

A liberdade de agir não pode ser plena no Estado democrático de direito, que vive sob o império da lei, cuja função é precisamente limitar a liberdade de ação tendo em vista o bem comum. Todos os integrantes da sociedade, além do indivíduo que desfruta da autonomia própria, também são detentores de direitos. O sujeito, assim, deve tomar em consideração a existência não apenas de si mesmo, mas também a de outros. Parte-se, então, da ideia de que “o estágio mais avançado da ética seria aquele em que o sujeito leva em conta a igualdade dos direitos humanos, bem como o respeito à dignidade dos seres

⁴⁸⁰ REPBURN, R. W. Autonomy and heteronomy. In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. p. 71.

⁴⁸¹ SCHRADER, George A. Autonomy, Heteronomy and Moral Imperatives. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 60, n. ° 03, jan. 1963. p. 72.

⁴⁸² Conferir detalhadamente a distinção em: KANT, Immanuel. op. cit. pp. 91 e ss.

⁴⁸³ SMITH, G. E. Autonomy, paternalism, advocacy and consent. *Journal of Radiotherapy in Practice*, Cambridge (Inglaterra), vol. 01, 1999. p. 154.

humanos como pessoas individuais”.⁴⁸⁴ Defende-se o máximo respeito à autonomia do indivíduo de uma maneira não egoísta. Individualidade não se confunde com egoísmo.

A imposição de regras sociais e sua aceitação são demonstrações de heteronomia, segundo a regra kantiana. De alguma forma, somos passivos de alguns comandos ou impulsos que não iniciamos. Ao contrário, apenas reconhecemos e confirmamos um valor moral, por nós mesmos, quando agimos conforme nossa vontade.⁴⁸⁵ Heteronomia não requer falta de autonomia, pois o ser humano é autônomo para decidir se aceita e age conforme as regras sociais. Regras estas que não brotam de sua autonomia, e sim de convenções que surgem da vontade coletiva.

Do respeito aos direitos da coletividade surge a relação entre os conceitos de autonomia e justiça. Essa relação é importante à medida que “da maneira como são construídos os vínculos entre as esferas individual e coletiva depende a configuração da moralidade social, sua legitimidade e credibilidade”.⁴⁸⁶ É um desafio ao Estado regulamentar o exercício da autonomia sem prejudicar interesses de terceiros e, ao mesmo tempo, conciliar conceitos morais, os quais estão sujeitos a diferentes valorações de cada pessoa. Ao analisar o indivíduo, existem dois pontos de vista diferentes: o ponto de vista pessoal (o que eu penso) e o impessoal (o que o outro pensa).⁴⁸⁷ A subjetividade moral abrange, assim, um constante esforço do exercício da autonomia sempre havendo o questionamento sobre o agir de modo a atingir a moral de outrem.

Assim é que, por exemplo, a vida particular de uma pessoa não interessa a mais ninguém, exceto àqueles que com ela convivem. Se um casal é adepto do relacionamento aberto, isso é indiferente à sociedade. Aceitar a participação sexual de outras pessoas no relacionamento a dois não atinge direitos de terceiros e, portanto, não poderia o Estado interferir na liberdade de quem, autonomamente, opta por um meio de vida que fuja do convencional. A ideia pode soar banal, entretanto, historicamente, leis sempre interferiram na esfera particular das pessoas, mesmo quando seu comportamento não tangia direitos de terceiros (lembrar, por exemplo, que adultério foi crime no Brasil até 2005).

⁴⁸⁴ FERRAZ, Flávio Carvalho. A questão da autonomia e a bioética. *Bioética*, Brasília, DF, volume 09, n.º 01, 2001. pp. 78-79.

⁴⁸⁵ REPBURN, R. W. op. cit. p. 72.

⁴⁸⁶ SCHRAMM, Fermin Roland. op. cit. p. 28.

⁴⁸⁷ *Ibidem*. p. 29.

O exercício da autonomia individual vem sempre acompanhado do respeito à autonomia de terceiros. Ao redor de uma pessoa autônoma vivem outras na mesma situação. O exercício da autonomia de todos depende de certas restrições ao comportamento humano. Ao abrir mão de parte de sua autonomia, em respeito aos demais membros da comunidade, o próprio sujeito é beneficiado, pois todos também sofrerão restrições em suas atividades. É um ciclo contratual. Cada um que dispensa parte de sua autonomia recebe uma compensação pela parte que os demais dispensam.

Alerta-se para não confundir autonomia com integridade. Apesar da aparente semelhança, deve-se evitar a confusão. Autonomia refere-se a fazer algo que se entende correto para si mesmo e que pode não sê-lo para os demais, implicando construir e preservar um espaço próprio dentro de uma comunidade moral. Integridade, ao contrário, manifesta-se por nosso juízo a respeito daquilo que entendemos correto para nossa vida e para a comunidade.⁴⁸⁸ É a forma como o sujeito deseja ser tratado pela sociedade, o que demanda, necessariamente, um comportamento exemplar perante os demais.

5.3.1. Requisitos para a autonomia

Para maior rigor na definição de autonomia, importante destacar seus requisitos e desenvolver cada um deles a fim de apontar as peculiaridades do direito penal. Foi colocado acima que o sujeito autônomo é aquele que tem capacidade de se comportar livremente, de acordo com sua consciência, respeitando os limites existentes entre os direitos próprios e os direitos alheios. Assim, os requisitos estão separados da seguinte forma: (a) capacidade de discernimento; (b) condições de agir conforme sua consciência; (c) liberdade de agir restringida pela preservação do interesse alheio.

A capacidade de discernimento é a habilidade que a pessoa tem de analisar conceitos, separando e individualizando os objetos de acordo com suas qualidades. Quem consegue discernir encontra menos riscos de se equivocar ou cometer falhas em suas opções. Daí porque a lei protege certos grupos de pessoas de suas próprias escolhas, pois não há condições mínimas de se permitirem certos comportamentos sem qualquer restrição. Não há autonomia para quem não possui capacidade de discernimento e isso já é

⁴⁸⁸ McLEOD, Carolyn. op. cit. p. 111.

fundamento suficiente para permitir a interferência na liberdade dessa pessoa. É como se o Estado, pelo uso das leis, fosse um guia que conduz o sujeito sem autonomia por um caminho mais seguro.

Além de ter o discernimento, a pessoa deve ser hábil em usar das informações armazenadas no intelecto. Conhecer algo sem saber como se comportar não dá autonomia. O sujeito autônomo consegue absorver a informação e processá-la. É aquele que separa as coisas em espécie, gênero, quantidade e qualidade. Quem possui autonomia conhece os meios para praticar uma conduta, compreende as prováveis consequências e pondera os ganhos e as perdas do seu comportamento. Somente assim forma-se na consciência de alguém um leque válido de opções de condutas pelas quais se pode assumir a responsabilidade. Desse modo, o sujeito poderá exercer sua capacidade cognitiva de escolha por meio de suas experiências.⁴⁸⁹

O sujeito moralmente autônomo é capaz de decidir o fim que deseja promover de acordo com seu juízo moral. A escolha deve ser eticamente orientada a produzir ou favorecer o consentimento entre as pessoas e alimentar o respeito mútuo.⁴⁹⁰ Dentro do que se defende neste trabalho, pode o sujeito não querer espontaneamente preservar o direito de terceiro, entretanto, tem a consciência de que deve fazê-lo. Quer dizer, o respeito ao direito de terceiro deve estar na cognição das pessoas, mesmo que não o queiram assim. A autonomia pressupõe a capacidade de comportar-se dentro dos padrões exigidos para uma vida social harmoniosa.

No mesmo sentido de preservar o direito alheio no seu exercício, autonomia é um esforço de se estabelecer o direito do indivíduo de expressar sua personalidade independentemente do lugar ou das circunstâncias escolhidos para fazê-lo. Para garantir que o indivíduo se sentirá livre para exercer esse direito, é necessário que os demais o respeitem apesar de suas preferências.⁴⁹¹ A autonomia exige respeito mútuo entre aquele que manifesta sua personalidade e os demais membros de sua comunidade.

Na esfera jurídica, deve o Estado permitir ao sujeito o máximo de liberdade, permitindo-lhe desempenhar suas atividades, seguir suas vontades e manifestar seus

⁴⁸⁹ SNEDDON, Andrew. op. cit. p. 101.

⁴⁹⁰ PERRY, Thomas D. Moral Autonomy and Reasonableness. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 65, n.º 13, jun. 1968. p. 400.

⁴⁹¹ MINDLE, Grant B. Privacy and autonomy. *The Journal of Politics*. Cambridge (Inglaterra), vol. 51, n.º 03, ago. 1989. p. 596.

pensamentos. Se a sociedade deseja desfrutar de um alto grau de liberdade, o Estado deve ser “minimalista” na interferência das escolhas.⁴⁹² A função estatal é evitar o perigo a interesses de terceiros e proteger aqueles que não possuem autonomia suficiente para gozar da plena liberdade. Em breves palavras, no contexto jurídico, a autonomia resume-se na soma da capacidade de discernimento com a necessária restrição da liberdade.

5.3.2. Ausência de autonomia

O sujeito autônomo, portanto, é aquele que tem a liberdade de agir de acordo com sua consciência e sua vontade, preservados os direitos de terceiros. Todos são livres para desempenharem suas atividades, obedecendo ao princípio do respeito ao direito alheio, que funciona como um freio ao exercício da autonomia. Deixar de fazer algo nem sempre implica falta de autonomia, pois o sujeito pode estar compelido pela preservação de direito alheio.

Existem casos, no entanto, em que o sujeito não possui autonomia para agir. Pode acontecer de existir capacidade de discernimento e faltar autonomia. É o caso de alguém que sabe o que faz, considera o direito de terceiro, porém, não consegue se comportar conforme sua consciência. Isso ocorre quando a pessoa é coagida a fazer ou deixar de fazer algo, em sentido contrário ao seu desejo.

Há situações em que o sujeito possui consciência de seus atos, sabe das consequências, no entanto, não consegue expressar sua autonomia. Quem consente sobre algo deve conseguir demonstrar, ou seja, a autonomia não dispensa a capacidade para expressá-la.⁴⁹³ A falta de condições para expressar uma vontade consciente pode dar legitimidade a uma intervenção paternalista, uma vez que, na dúvida, deve prevalecer a preservação do interesse do qual a pessoa quer abrir mão. Desde que o consentimento seja livre e esclarecido, há que se respeitar a opinião da pessoa.

Um dos problemas apontados sobre a autonomia é de que a mesma possuiria requisitos “ilusórios”. A vontade livre e totalmente informada cada vez mais se tornaria

⁴⁹² KLEIN, Daniel. Liberty, Dignity, and Responsibility: The Moral Triad of a Good Society. *The Independent Review*, Oakland, Washington (EUA), vol. 01, n.º 3, 1997. p. 329.

⁴⁹³ RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 22(8), ago. 2006. p. 1750.

difícil com o passar do tempo, devido à complexidade das estruturas sociais. Portanto, a vontade não poderia ser quase nunca suficientemente informada e livre para o sujeito apreciar as condições de seus atos.⁴⁹⁴ Não há dúvidas que a vida em sociedade está cada vez mais complexa, entretanto, esse fenômeno, não tão recente, não pode extirpar toda e qualquer forma de autonomia como justificativa de uma intervenção exagerada do Estado na vida particular do sujeito.⁴⁹⁵

É necessário, sim, ter cuidado ao analisar a complexidade social e assimilar que existem situações nas quais o sujeito não pode desenvolver sua plena autonomia. Não se pode negar a existência de um pluralismo atual. Por pluralismo compreendemos uma perspectiva filosófica que enfatiza a diversidade sobre a homogeneidade, a multiplicidade sobre a unidade, a diferença sobre a semelhança. A grande preocupação do pluralismo é conciliar o interesse de um com o de muitos.⁴⁹⁶ O desafio do direito, portanto, é proteger a individualidade e, ao mesmo tempo, a coletividade que a cerca. Nesses casos há legitimidade para a intervenção da norma.

Há certas situações em que a autonomia fica prejudicada na sociedade pluralista. Muitas vezes o sujeito se submete a determinadas vontades e pouco pode fazer para que a sua prevaleça ou, ao menos, tenha algum peso na relação. Tais relações são unilaterais, pois a vontade de um prevalece sobre a outra. É que o se denomina “pluralismo débil”. Cabe ao direito estabelecer o equilíbrio e possibilitar um sistema em que se efetive uma relação de justiça comutativa, é dizer, estabelecer uma verdadeira relação de direitos e obrigações entre as partes (“pluralismo forte”).⁴⁹⁷

Faz parte do pluralismo fraco a existência de relações desiguais, com a predominância da vontade de apenas uma das partes. São casos em que está ausente a autonomia do indivíduo e, assim, a interferência do Estado no equilíbrio da relação não configuraria paternalismo, pois está presente a vontade da parte mais fraca em receber a devida proteção. Emerge como necessidade um olhar do jurista sobre o pluralismo débil

⁴⁹⁴ PERRIN, Jean-François. La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico em nuestros días. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 07, n.º 13, jan./jun. 2005. p. 165.

⁴⁹⁵ DWORKIN, Gerald. Is more choice better than less? In: _____. (org.) *The theory and practice of autonomy*. Nova Iorque (EUA): Cambridge University Press. 1988. p. 63.

⁴⁹⁶ SCHRAG, Calvin O. *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. p. 714.

⁴⁹⁷ PERRIN, Jean-François. op. cit. pp. 170-171.

uma vez que os sistemas normativos são praticamente unilaterais, exigindo-se medidas normativas que possam impor a efetividade de uma justiça comutativa.⁴⁹⁸

É possível verificar também hipóteses de paternalismo justificado quando falta autonomia à parte protegida. Reconhecida a vulnerabilidade da pessoa para optar por um comportamento, deve o Estado interferir em sua liberdade. Assim como falta autonomia para decidir por uma autolesão, também não há autonomia para recusar a proteção da norma. O sujeito não consegue discernir sobre suas ações, que podem provocar prejuízos a si mesmo, e também falta discernimento para negar a tutela do Estado.

5.4. Responsabilidade

O terceiro conceito a ser desenvolvido é o de responsabilidade. No sentido amplo, responsabilidade é a obrigação que uma pessoa adquire para responder por seus atos. Praticada uma conduta, surge a obrigação de responder por ela. O sujeito responsável é aquele que pode assumir as consequências por um fato, criando-se um vínculo obrigacional entre o comportamento e o dano causado. Assim, é necessário delimitar as situações em que alguém pode ser responsabilizado por seus atos e assumir eventuais lesões contra si mesmo.

O conceito de responsabilidade abrange diversos aspectos. Uma primeira distinção a ser feita é entre responsabilidade prospectiva e retrospectiva.⁴⁹⁹ A responsabilidade prospectiva é o conjunto de obrigações assumidas pela pessoa dentro um papel desempenhado na comunidade. Um mesmo sujeito pode ser responsável como pai, como marido, como profissional. E há uma espécie de responsabilidade prospectiva comum a todos, é aquela decorrente de sermos todos humanos. Basta a condição de ser humano para implicarem algumas obrigações. A responsabilidade prospectiva está voltada ao futuro, pois são as obrigações do sujeito em desenvolver suas funções da melhor maneira possível.

Responsabilidade retrospectiva é aquela que se volta ao passado e obriga alguém a assumir as obrigações derivadas de uma conduta.⁵⁰⁰ Para o direito penal, esta é a forma de responsabilidade de maior interesse, pois o autor de um crime só pode responder por uma

⁴⁹⁸ *Ibidem.* p. 171.

⁴⁹⁹ DUFF, R. A. Who is responsible, for what, to whom? *Ohio State Journal of Criminal Law*, Columbus (EUA), vol. 02, 2004-2005. p. 443.

⁵⁰⁰ *Ibidem.* p. 443.

conduta praticada, nunca por algo que ainda pretende fazer, ou seja, ninguém pode ser responsabilizado penalmente por uma ideia ou por um sentimento negativo. A responsabilidade penal envolve, como insistentemente é colocado pela doutrina, uma lesão ou um perigo de lesão (em retrospectiva).

As responsabilidades prospectiva e retrospectiva possuem conjuntamente relevância para o direito penal nos crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão). O garante possui o dever de vigilância sobre o bem jurídico tutelado pela norma e sua omissão, quando gerar um resultado lesivo, implica responsabilidade penal retrospectiva. Ressalta-se que o garante responde criminalmente porque havia anteriormente a responsabilidade penal prospectiva sobre a integridade do bem jurídico.

Na avaliação do paternalismo penal, a responsabilidade prospectiva também tem sua importância, na medida em que trabalhamos com o conceito de consentimento hipotético ou presumido. Para agir paternalisticamente, o Estado deve avaliar a responsabilidade do sujeito sobre o qual vai interferir. Deve-se avaliar sua capacidade de trabalhar com as informações e avaliar os riscos de um eventual resultado lesivo de sua conduta. Olha-se para a responsabilidade do indivíduo em perspectiva.

Outra classificação das modalidades de responsabilidade foi elaborada por Dworkin com base no papel desempenhado e no resultado de um ato praticado. O autor propõe a divisão em três conceitos: (a) responsabilidade padrão, (b) responsabilidade causal e (c) responsabilidade indenizatória.

A responsabilidade padrão é aquela que alguém assume de acordo com sua função social. O professor é responsável por preparar aulas, o pai é responsável pela criação dos filhos. Existe uma esfera de preocupações e obrigações que a pessoa assume conforme sua função ou papel na sociedade.⁵⁰¹ Apesar de parecer que tal responsabilidade seja sempre inerente a uma função escolhida e, por isso, voluntária, nem sempre o é. Aquele que escolhe ser professor assume, voluntariamente, as obrigações decorrentes da carreira. Por outro lado, o filho possui obrigações em relação aos pais idosos que surgem mesmo que involuntariamente.

⁵⁰¹ DWORKIN, Gerald. Taking Risks, Assessing Responsibility. *The Hastings Center Report*, Garrison (EUA), vol. 11, n.º 05, out. 1981, Assessing Responsibility, p. 26.

A responsabilidade causal é derivada de uma conduta praticada que dá causa a um resultado. Em algumas situações é difícil apontar as causas exatas de um fenômeno e, também, a responsabilidade. Podemos considerar que a pobreza é a causa da criminalidade, assim como procurar explicações sobre as verdadeiras causas de uma guerra civil. Em todos estes casos, é necessário selecionar e decidir sobre a importância de vários fatores e a relação com políticas, valores, propostas etc. Os juízos de responsabilidade selecionam alguns elementos dentre todos os possíveis para encontrar aqueles mais significativos.⁵⁰² Para o direito penal, a responsabilidade causal que interessa é aquela que envolve consciência humana, pois também é possível associar um resultado lesivo a causas de ordem natural (fenômenos da natureza).⁵⁰³

A responsabilidade indenizatória é a obrigação de reparar um dano provocado por uma conduta. É um tipo de responsabilidade voltada para o passado. Dois elementos estão envolvidos nessa concepção de responsabilidade. Um é a reprovabilidade do comportamento que, de alguma maneira, é produto de alguma falha da pessoa em não agir conforme o direito. O outro é que certas consequências do comportamento reprovável obrigam o Estado a demonstrar algum tipo de reação ao ato ilícito. O primeiro aspecto Dworkin denomina *culpabilidade*, enquanto o segundo, *responsabilidade* (que poderia receber o acréscimo do adjetivo *penal*).⁵⁰⁴ A diferença para a responsabilidade causal é a seguinte: esta surge pela mera causalidade natural, enquanto a responsabilidade indenizatória vem com o dano em sentido amplo: prejuízos à vítima e sensação de insegurança à coletividade.

De maneira semelhante, Shiner desenvolve um rol de conceitos específicos de responsabilidade. (a) Responsabilidade como regra: as pessoas são identificadas pelas regras sociais referentes às suas ocupações (uma pessoa dentro da regra social é responsável pela execução de suas obrigações, como os pais em relação aos filhos, os professores em relação aos alunos etc.); (b) Responsabilidade causal: a causa é responsável pelo efeito. Não apenas ações humanas conscientes podem ser causa, também podem ser as ações inconscientes ou os fenômenos naturais; (c) Responsabilidade como obrigação

⁵⁰² *Ibidem*, p. 27.

⁵⁰³ SHINER, Roger. Responsibility. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. p. 794.

⁵⁰⁴ DWORKIN, Gerald. Taking Risks, Assessing Responsibility, p. 28.

adquirida: é a possibilidade de alguém ter obrigação de responder por um ato. Essa possibilidade desaparece quando o sujeito age mediante constrangimento ou inconsciência; (d) Responsabilidade como capacidade: é o conjunto de condições que tornam o sujeito apto a responder por seus atos, como consciência e ausência de constrangimento no momento da decisão.⁵⁰⁵

Algumas pessoas não são responsáveis por seus atos. A pessoa responsável é capaz de reconhecer, deliberar e ser guiada pela razão, por si mesma. A conexão entre responsabilidade e razão é óbvia: nós somos responsáveis por aquilo que acreditamos ter razão em fazer ou não fazer. O direito penal orienta os cidadãos em termos de razões para ações que são supostamente autoritárias: cometer um crime é um ato que de certo modo, de acordo com a lei, o cidadão é obrigado a não praticar.⁵⁰⁶

O sujeito penalmente responsável deve ser capaz de compreender os motivos pelos quais o direito penal obriga-o a agir de determinado modo. Uma análise completa da responsabilidade criminal deve incluir uma avaliação, primeiramente, do que o compromisso envolve: qual o alcance das razões e guiar as ações de alguém por elas; e, segundo, o que é ter ou faltar capacidade de tal compromisso.⁵⁰⁷ Em poucas palavras, o sujeito deve compreender o caráter da proteção da norma penal, assimilando ilicitude da sua conduta. Caso falte essa compreensão, pode ocorrer o erro de tipo ou o erro de proibição.⁵⁰⁸

Nem sempre a responsabilidade é afastada por incapacidade de discernimento. Muitas vezes a pessoa age mediante coação, contrariando sua própria consciência. O sujeito que comete um delito mediante violência ou grave ameaça não responde penalmente por sua conduta, uma vez que não agiu com autonomia. Sem ter outra opção, a pessoa coagida tem consciência de que seu ato é contrário à lei e, mesmo assim, prossegue em seu comportamento. Existe autonomia para pensar e decidir, porém, não há para agir conforme sua vontade.

A ideia de capacidade torna-se um tanto mais problemática quando não conseguimos facilmente separar capacidade de vontade, ou distinguir “não querer” de “não

⁵⁰⁵ SHINER, Roger A. op. cit. p. 794.

⁵⁰⁶ DUFF, R. A. op. cit. p. 445.

⁵⁰⁷ DUFF, R. A. op. cit. p. 446.

⁵⁰⁸ Conferir, entre outros: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *penal, parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. pp. 150 e ss. e 320 e ss.

poder” como diferentes explicações para “não fazer”.⁵⁰⁹ Vejamos, novamente, a situação da coação irresistível. Mediante violência ou grave ameaça, o sujeito não quer praticar determinada conduta, não obstante, não pode deixar de praticá-la, sob pena de ter sua integridade atingida. Pode, ainda, ocorrer situação inversa, na qual a pessoa não faz algo que gostaria de fazer porque é impedida de prosseguir e, eventualmente, sua omissão pode provocar a lesão a um bem jurídico.

Existe também o problema dos impulsos irresistíveis. São casos peculiares em que a pessoa é movida por impulsos que podem parecer ininteligíveis para uma pessoa qualquer, mas aos quais certos indivíduos não podem resistir. O mero fato de um impulso ser irresistível para alguém (resistente à razão) não significa sê-lo a qualquer um: em geral, as pessoas podem e resistem a impulsos bizarros que as afligem. Então, como é possível distinguir alguém que falha em resistir a tal impulso porque é irresistível de alguém cuja falha demonstra a falta culpável de preocupação com valores ou interesses em jogo, ou sua fraqueza culpável de vontade?⁵¹⁰ A questão agora é se se pode distinguir, pelo menos a princípio, o agente não responsável, que é incapaz de responder pelas razões, do agente responsável que difere da maioria de nós em sua crença, emoções ou valores, mas que não são justificadamente considerados incapazes. Em outras palavras: questiona-se se é possível distinguir o perturbado ou o incapaz do rebelde ou inconformado.⁵¹¹

Citam-se como exemplos o pai de família que, por ficar desempregado, matou a família e, em seguida, cometeu suicídio; o cidadão que, inconformado com a situação do país, agrediu fisicamente um político acusado de desviar verbas públicas; a mãe que ofende o médico no posto de saúde quando este parece não se importar com o estado de saúde de seu filho; pessoa que, insatisfeita com seu baixo salário, faz greve de fome por não ter recebido o aumento desejado. Em diversos casos em que a pessoa age movida por suas próprias razões, pode ser considerada irresponsável pelo comportamento.

Os casos acima descritos envolvem a emoção de quem praticou uma conduta lesiva. A emoção é um dos sentimentos que mais promovem discussões quando nos referimos à responsabilidade. Sentimentos não podem ser desprezados pelo direito penal, pois são

⁵⁰⁹ DUFF, R.A. op. cit. p. 447.

⁵¹⁰ DUFF, R.A. op. cit. p. 448.

⁵¹¹ DUFF, R.A. op. cit. p. 449.

respostas a alguns objetos e as percepções que temos destes objetos.⁵¹² Para o direito penal, tais objetos seriam os bem jurídicos tutelados pela norma. Quer dizer, sentimentos são capazes de influenciar a maneira como cada um concebe um bem jurídico, inclusive permitindo que se desconsidere tal objeto como bem jurídico penalmente relevante. Certos inconformismos são passíveis de reduzir a capacidade do agente de refletir sobre seus atos, pois sua consciência está voltada a certos valores apreendidos durante a vida.

Interessante é o princípio das possibilidades alternativas, que procura fundamentar a responsabilidade por um comportamento. Segundo este princípio, uma pessoa é moralmente responsável pelo que fez somente se poderia ter agido de outra maneira.⁵¹³ É um fundamento semelhante ao reconhecido pela dogmática do direito penal como excludente de culpabilidade, a inexigibilidade de um comportamento diverso. A doutrina do direito penal entende ser inimputável aquele que não poderia agir de maneira diferente, nas mesmas circunstâncias em que o fato típico e antijurídico foi praticado. Culpável é o agente que poderia ter um comportamento conforme a lei e não o teve na específica situação.⁵¹⁴

O comportar-se de maneira diversa implica não ter opções na circunstância dada e, portanto, colocar em risco o bem jurídico. Alguns sustentam que o sujeito não poderá ser moralmente responsável quando quer proteger um bem jurídico e acaba por lesar outro. Os sujeitos não são responsáveis por aquilo que são forçados a fazer ou são incapazes de evitar, não importa o quanto se esforcem para tal.⁵¹⁵ A figura da inexigibilidade de um comportamento diverso é caso que merece atenção maior quando se discutem responsabilidade e autonomia.

A hipótese de não ter outras opções para agir, que não seja lesar o bem jurídico, sempre despertou interesse do direito penal. A inexigibilidade da conduta diversa é apontada pela doutrina como causa de exclusão da culpabilidade. Algumas versões da teoria da inexigibilidade são mais amplas, como a teoria da co-culpabilidade, proposta por

⁵¹² FEINBERG, Joel. Sentiment and Sentimentality in Practical Ethics. *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*. vol. 56, n.º 01, set. 1982. p. 21.

⁵¹³ COPP, David. Defending the Principle of Alternate Possibilities: Blameworthiness and Moral Responsibility. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 66, n.º 23, dez. 1969. p. 829; HETHERINGTON, Stephen. Alternate Possibilities and Avoidable Moral Responsibility. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 40, n.º 3, jul. 2003. p. 229.

⁵¹⁴ Conferir, entre outros: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral*. pp. 324 e ss.

⁵¹⁵ KAPITAN, Tomis. op. cit. p. 326.

Zaffaroni, segundo a qual a sociedade deve dividir a responsabilidade de um crime com seu autor, pois esta mesma sociedade pode não ter oferecido ao sujeito opções de sobrevivência diversas do ato ilícito praticado.⁵¹⁶ A responsabilidade penal deve ser compartilhada com a comunidade, pois o sistema econômico restringe a autonomia do delinquente marginalizado.

O tratamento dogmático da inexigibilidade de uma conduta diversa pode ser fundamentado por critérios da autonomia. Mais eficiente do que colocar o julgador no lugar da pessoa julgada é verificar as condições em que esta optou pela conduta lesiva. Nunca o juiz teria como saber se poderia ter agido de outra maneira. No entanto, analisar a autonomia do sujeito é tarefa mais palpável. Basta estudar o caso concreto e o agente e ter conhecimento da realidade e da formação deste. Há de se reconhecer se havia os elementos necessários para afirmar a liberdade de agir de outra maneira.

5.4.1. Responsabilidade legal e responsabilidade moral

Do ponto de vista jurídico, pode-se apontar, entre outras, duas espécies de responsabilidade: civil e penal. A responsabilidade civil “consiste na obrigação de indenizar o prejuízo causado pela violação de um dever jurídico”.⁵¹⁷ A responsabilidade penal é a capacidade do agente em responder pela prática de uma infração definida como crime. O crime é fato típico, antijurídico e culpável e a responsabilidade está relacionada ao juízo de culpabilidade.

Somente os imputáveis podem ser responsabilizados por um crime. Se aquele que praticou ato típico e antijurídico for inimputável, não se vislumbra a culpabilidade. Se o sujeito for menor de 18 anos e maior de 12 anos, poder-lhe-á ser aplicada medida sócio-educativa, segundo previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em caso de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, haverá a aplicação de medida de segurança, conforme os preceitos da Lei de Execução Penal.

Numa construção funcionalista, Roxin associa a culpabilidade à necessidade da pena e, assim, forma-se o conceito de responsabilidade como requisito do delito. Para o autor, o crime compõe-se do tipo, da antijuridicidade e da responsabilidade. A

⁵¹⁶ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, vol. 01. pp. 525 e ss.

⁵¹⁷ LOTUFO, Renan. op. cit. p. 318.

culpabilidade, por si só, é insuficiente para preencher o conceito de delito. Somente é possível responsabilizar penalmente o sujeito se a aplicação da pena atender à sua finalidade preventiva geral e especial.⁵¹⁸

A responsabilidade penal está voltada ao passado, a um fato já ocorrido. Ninguém pode responder penalmente por algo que não tenha acontecido. Por esse motivo é inaceitável a antecipação da pena a fatos que podem acontecer. O legitimamente aceitável no Estado democrático é o direito penal do fato, nunca o do autor. Cada um responde apenas por aquilo que fez, não por aquilo que pretende fazer, mesmo que seja algo grave. A responsabilidade penal está ligada ao controle formal do Estado que estipula regras de comportamento a que devem ser obedecidas.

Tanto a responsabilidade civil quanto a penal são manifestações do ordenamento jurídico. É a lei que determina os comportamentos proibidos e os deveres de cada um perante a sociedade. A responsabilidade não emana do nada, é resultado de uma construção normativa. No caso do direito penal, a legislação determina certas proibições com o fim de proteger bens jurídicos. Não há responsabilidade penal se não houver previsão expressa em lei de que o fato praticado seja crime e a sanção consequente só pode ser aplicada por órgão competente do Poder Judiciário.

Diferente é a responsabilidade moral. Esta está relacionada a um comportamento moralmente relevante dentro de um contexto comunitário. Quer dizer, a responsabilidade moral é a obrigação de responder por seus atos perante a sociedade. Um sujeito pode ter mérito ou ser culpado por uma conduta de acordo com o julgamento moral externo.⁵¹⁹ Ser moralmente responsável por um fato não significa necessariamente ser juridicamente responsável. O sujeito pode praticar um comportamento e ser culpado pela comunidade de ter violado determinados valores e, ao mesmo tempo, o fato não está descrito em lei como crime.

Importante, assim, não confundir a responsabilidade moral com a responsabilidade jurídica. A lei do Estado, de caráter universal, é a única que pode gerar algum tipo de responsabilidade jurídica (civil, penal, administrativa, política etc.). Evidente que diversas situações reprovadas pela sociedade geram a responsabilidade moral, por meio da

⁵¹⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. pp. 96 e ss.

⁵¹⁹ ESHLEMAN, Andrew. *Moral Responsibility*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/moral-responsibility/>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

reprovação social, e, simultaneamente, a responsabilidade jurídica porque a lei estatal as considera ilícitas. É possível ao Estado utilizar a legislação para impor certos comportamentos tidos como morais, atendendo aos valores estabelecidos pela comunidade, embora nem sempre seja legítimo.

5.5. Relação entre autonomia e responsabilidade penal

Autonomia e responsabilidade são conceitos distintos, possuem naturezas diversas, no entanto, existe uma relação entre eles. Como delimitado anteriormente, trabalharemos a autonomia como um objeto da natureza humana, enquanto responsabilidade será tratada como um fenômeno de natureza jurídica.

Foi definida a autonomia como a capacidade da pessoa de agir por si própria, livre de influências externas. Autonomia exige aquisição de informações suficientes sobre uma conduta e processamento devido destas informações no intelecto. O sujeito autônomo deve ser capaz de refletir sobre o que faz e agir conforme sua vontade. No direito penal, a autonomia pode ser tratada como o dolo do agente em suas duas dimensões.

Primeiramente, o dolo como consciência de praticar os elementos objetivos do tipo. Quando alguém age dolosamente, sua consciência abrange não apenas a conduta descrita no tipo, mas também a lesão ao bem jurídico protegido. É necessário conhecer os aspectos objetivos do tipo, dentre os quais a ação ou a omissão proibidas (análise *ex ante* do fato) e a lesão ou o perigo de lesão que se deseja evitar com a proibição (análise *ex post* do fato).

Em segundo lugar, a vontade de praticar a conduta deve corresponder àquilo que está na consciência do agente. A pessoa quer fazer o que livremente planejou no intelecto. Se ocorrerem o comportamento e o resultado desejados, haverá o crime consumado (artigo 14, I, do CP); por outro lado, se o resultado não se concretizar, teremos o crime tentado (artigo 14, II, do CP). Tanto de uma perspectiva *ex ante* quanto *ex post* a vontade do agente deve coincidir com o processo cognitivo, no qual ele mentalizou o resultado pretendido e os meios para atingi-lo, mesmo que este não venha a acontecer.

Na ausência de autonomia, podem variar as consequências jurídicas. Se o sujeito não dispõe de capacidade de discernimento, será considerado inimputável e não responderá criminalmente pelo fato lesivo. Nas situações em que houver consciência e o sujeito não

puder agir conforme sua vontade, pode incidir a coação irresistível, sendo criminalmente responsável apenas quem coagiu (artigo 22 do CP). Também é possível que haja compreensão distorcida da realidade fática ou sobre a ilegalidade da conduta, hipóteses que configuram, respectivamente, o erro de tipo e o erro de proibição (artigos 20 e 21 do CP).

Quem age com autonomia pode assumir obrigações por seus deveres e por seus atos. O sujeito autônomo pode ser responsável tanto prospectivamente quanto retrospectivamente. A responsabilidade incide nas obrigações decorrentes da ausência de vícios na vontade e na consciência de realizar determinado comportamento proibido. Por outro lado, a falta de autonomia é causa de exclusão ou diminuição da responsabilidade penal.

5.6. Consentimento

5.6.1. Uma distinção de consentimentos

Depois de analisar os conceitos de discernimento, autonomia e responsabilidade, segue o estudo do *consentimento*, que é fundamental para o prosseguimento do trabalho. Primeiramente, deve-se distinguir dois tipos de consentimento relevantes ao direito penal. O conceito mais corrente é o consentimento da vítima ou do ofendido em relação ao bem jurídico do qual é titular. A doutrina do direito penal, quase sempre, dá ênfase apenas à teoria do consentimento da vítima, estudando a relação entre o comportamento do agente e o portador do bem jurídico lesado ou exposto a perigo (heterolesão). Além desta espécie, também se faz necessário destacar o consentimento quando alguém coloca em risco seu próprio bem jurídico (autolesão) e a aceitação de uma norma que deve ser obedecida (obrigação).

Serão expostas, ainda que brevemente, das três espécies de consentimento importantes ao direito penal, com suas características e fundamentos. A primeira é o consentimento do ofendido em relação ao agente agressor; a segunda, o consentimento do titular do bem sobre seu próprio comportamento lesivo; a terceira, o consentimento das pessoas em aceitar a legitimidade de uma norma. As duas primeiras denominamos

consentimento horizontal, pois estão inseridos numa relação entre pessoas, uma que atua e outra que anui; a terceira denominamos consentimento vertical, uma vez que a relação de anuência existe entre a pessoa e o Estado.

5.6.1.1. Do consentimento horizontal

Por consentimento horizontal entendemos a compreensão e a aceitação de um comportamento praticado por alguém em relação a si mesmo ou à outra pessoa. Pode ser a aceitação passiva, quando houver uma heterolesão, ou seja, quando o titular do bem jurídico aceitar a lesão provocada por outrem, ou aceitação ativa, nas situações em que a pessoa causa prejuízo a si mesma. O consentimento do ofendido implica aceitar uma conduta lesiva de terceiros a um bem jurídico do qual é o titular. Pode-se dizer que o ofendido anui num comportamento que sabe ser prejudicial a si mesmo, conformando-se com eventual lesão. Em relação a este tipo de consentimento, há controvérsias sobre sua natureza jurídica.

5.6.1.1.2. Natureza jurídica do consentimento

5.6.1.1.2.1. Declaração de conformidade de vontades

Para esta corrente, o consentimento do ofendido é a conformidade declarada da vontade do sujeito passivo, que consente em ter seu direito violado, com a vontade do sujeito ativo, que deseja violar esse direito.⁵²⁰ Assemelha-se o consentimento a um contrato entre ofensor e ofendido, em que ambos declaram, tácita ou expressamente, a vontade de lesar e ser lesado, respectivamente. Ou seja, estando os dois sujeitos, ativo e passivo, conformes em suas decisões, haverá o consentimento que afastaria o litígio do fato.

Há críticas a esta teoria. O consentimento não pode constituir uma declaração de vontade de caráter negocial, uma vez que não importa ao direito penal a capacidade

⁵²⁰ JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de derecho penal*, vol IV. Buenos Aires (Argentina): Editorial Losada S/A. 1961. p. 628.

negocial do ofendido.⁵²¹ O direito civil, conforme o próximo item, não pode ter qualquer influência no âmbito do consentimento do direito penal.

5.6.1.1.2.2. Acordo de natureza civil (negócio jurídico)

Segundo esta vertente, o consentimento deve resolver seus problemas conforme as normas de direito civil, inclusive quanto aos seus efeitos penais.⁵²² Quer dizer, haveria uma confusão entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil na existência de lesão consentida. A teoria do negócio jurídico parte do pressuposto da existência de direitos inerentes à própria pessoa, que lhe garantem o uso e o gozo destes.⁵²³ Ignora-se a distinção entre os direitos pessoais (direito à vida, à integridade, à honra) e os direitos patrimoniais.

A natureza da responsabilidade penal não permite que a valoração penal seja conformada automaticamente com a vontade do titular do direito ofendido. A lesão do interesse alheio não é o único fundamento da incriminação – analogicamente à responsabilidade civil. O modo como ocorreu essa lesão também é fundamento da tipificação da conduta e da pena aplicada.⁵²⁴

A crítica de Jescheck a este posicionamento é bastante contundente. Segundo o autor, o consentimento não é uma ação jurídica no sentido do direito civil, que possa ser tratada parcialmente por analogia à declaração de vontade, pois cabe ao Direito Penal a análise do merecimento ou não da pena de uma ação ou omissão, apesar da presença do consentimento do ofendido.⁵²⁵ Esta teoria, segundo Jescheck, desconhece os diferentes fins que cumprem o direito penal e o direito civil.⁵²⁶

À responsabilidade civil, em princípio, só importa a lesão do interesse, além de que a responsabilidade penal envolve responsabilidade civil, mas o inverso não é sempre uma afirmação verdadeira. Não analisa esta teoria a aplicação da pena, e sim a consequência dos fatos.

⁵²¹ JESCHECK, Hans-Heirich, WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 409.

⁵²² CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Direito penal português: parte geral*. Lisboa (Portugal): Editorial Verbo. 1982. pp. 403 e 404; JIMENEZ DE ASÚA, op. cit. p. 628.

⁵²³ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001. p. 76.

⁵²⁴ CAVALEIRO DE FERREIRA, op. cit. p. 404.

⁵²⁵ JESCHECK, Hans-Heirich, WEIGEND, Thomas, op. cit. p. 409.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 404.

5.6.1.1.2.3. Ausência de motivos anti-sociais

Na Itália, com a Escola positivista de Ferri, desenvolveu-se a teoria da ausência de motivos anti-sociais no consentimento. Para esta corrente, a eficácia do consentimento tem por base a falta de motivos para a aplicação da pena quando o agente pratica o delito impulsionado pela aceitação do ofendido. A pena pode ser eliminada ou atenuada.⁵²⁷

A fundamentação de Ferri não é dogmática, mas criminológica. A criminalidade é um fenômeno social, como outros, que se rege por sua própria dinâmica.⁵²⁸ O estudo desta dinâmica permite ao Estado antecipar-se ao criminoso, sabendo onde e quando acontecem determinados crimes.

Para Ferri, o direito penal pode até mesmo ser dispensado se houver uma política pública de prevenção, atacando os problemas em sua raiz. O Estado deve agir antecipadamente ao criminoso e o meio de delimitar a atuação da criminalidade é o estudo dos fatores sociológicos criminógenos, de maneira a neutralizá-los.⁵²⁹

Portanto, se o ofendido aprovou a conduta do ofensor, de certo modo contribuiu para a lesão do bem jurídico. Pode-se, então, concluir que não foi determinante para o fato criminoso um motivo de ordem social, mas sim um fato particular proveniente da relação ofensor-ofendido. Assim, não há como o Estado intervir nessa relação.

Os motivos anti-sociais são ineficazes como fundamento dogmático. Trata-se de uma sustentação criminológica que dá maior ênfase ao comportamento do agente do que ao próprio ofendido. Em síntese, de nada serviria estudar o consentimento do ofendido se o próprio foi afastado da condição primária do fato (o ofendido aparece em segundo plano).

Vale lembrar sempre que o direito penal e a criminologia constituem-se de noções diversas de crime, além de diferenças de métodos, de posições de valor e de atitudes emocionais perante o real.⁵³⁰ Toda explicação da criminologia terá de ser perspectivada em

⁵²⁷ JIMENEZ DE ASÚA, op. cit. p. 629.

⁵²⁸ GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 182.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 187.

⁵³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora. 1997. p. 96.

termos de compreensão do fenômeno⁵³¹, enquanto o penalista atua dogmaticamente, construindo soluções que pretende utilizar no prolongamento dos dogmas legislativamente consagrados.⁵³² Além disso, o problema de exclusão ou redução da pena recai sobre a culpabilidade. No tratamento do injusto penal, o comportamento do ofendido só pode influir no tipo ou na antijuridicidade, uma vez que a culpabilidade é personalíssima.

5.6.1.1.2.4. Ausência de interesse

Teoria muito difundida na Alemanha, considera o ato de consentir como uma excludente de antijuridicidade. O particular do bem jurídico renuncia à proteção jurídica, pressupondo implicitamente que o consentimento dirigido à lesão ao bem não produz qualquer modificação, sendo desnecessária a intervenção estatal.⁵³³

A ação aparentemente desaprovada deixa de ser contrária ao direito porque desaparece o fundamento da desaprovação desta conduta e, portanto, do dever jurídico, pois também deixa de ter sentido a lei como norma de determinação: está ausente todo o interesse no castigo dessas condutas.⁵³⁴

Considerando a natureza do consentimento como a falta de interesse do particular, faz-se necessário definir quais seriam tais bens acobertados pelo instituto. Por isso mesmo, perde-se a possibilidade de criação de uma teoria geral do consentimento, aplicada a qualquer bem jurídico. Muitos bens estão acima do interesse particular, pois fazem parte de um interesse jurídico maior.⁵³⁵ A teoria deixa em aberto a questão de qual seria o limite de disponibilidade do bem, a princípio particular, quando houver qualquer tipo de prejuízo à sociedade.⁵³⁶ Jescheck exige também uma explicação convincente da razão pela qual uma

⁵³¹ *Ibidem*, p. 98.

⁵³² *Ibidem*, p. 100.

⁵³³ STRATENWERTH, Gunter, KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, allgemeiner Teil I*. Köln, Berlin, Munchen (Alemanha): Carl Heymanns. 2004. p. 127.

⁵³⁴ RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. *Derecho penal español*, parte general. Madri (Espanha): Dykinson. 1986. p. 506.

⁵³⁵ SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires (Argentina): Tipografia Ed. Arg. 1976. p. 328.

⁵³⁶ JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general*. Tradução CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, Jose Luis. Madri (Espanha): Marcial Pons. 1997. p. 524.

renúncia subjetiva pode desligar o Estado de sua missão na proteção objetiva de interesses.⁵³⁷

A crítica de Stratenwerth a essa teoria está sustentada na relação do indivíduo com o bem jurídico. Esta relação não é restrita ao particular e o bem tutelado, uma vez que ela estende-se também à generalidade da população. Não se pode transformar uma relação tão ampla (indivíduo – bem jurídico – sociedade) por causa da falta de interesse individual.⁵³⁸ Seria o mesmo que reduzir a própria função do direito penal de tutelar os bens jurídicos mais significativos ao ser humano.

Há uma sugestão de Jakobs para resolver o problema da teoria dos interesses. A proposta é a teoria da ponderação, como limitação dos interesses em discussão. Significa dizer, em breve palavras, que se deve confrontar a importância social do exercício das possibilidades de disposição, por uma parte, e do interesse geral na conservação dos bens, por outra.⁵³⁹

5.6.1.1.2.5. Exercício de liberdade de ação do portador do bem jurídico

É a posição de Roxin, para o qual a teoria liberal do bem jurídico referido ao indivíduo constitui a base do consentimento eficaz. Se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, não pode existir lesão alguma ao bem quando uma ação se baseia em uma disposição de seu portador, que expressa seu favorecimento a esta ação lesiva.⁵⁴⁰

Em sua teoria funcionalista⁵⁴¹, Roxin define os bens jurídicos como circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base da concepção de seus fins e para o funcionamento do próprio sistema.⁵⁴²

⁵³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. op. cit. pp. 404 e 405.

⁵³⁸ STRATENWERTH, Gunter, KUHLEN, Lothar. op. cit. p. 126.

⁵³⁹ JAKOBS, Gunther. op. cit. p. 524.

⁵⁴⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. p. 517.

⁵⁴¹ Para mais detalhes sobre a teoria funcionalista de Roxin, cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2001.

⁵⁴² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. p. 56.

Sobre essa concepção, Roxin limita a atuação estatal de proteção aos bens jurídicos, aplicando o princípio de que o *ius puniendi* só pode existir quando realmente há necessidade de pena aplicável ao agente em consequência de uma lesão. O Estado não possui legitimidade para punir alguém que lesa um bem jurídico sob o consentimento de seu titular. Assim, por exemplo, nos delitos de lesão, cada pessoa pode decidir se quer ser lesada ou não, sem que o Estado possa intervir.⁵⁴³ Complementando sua definição, Roxin acata a formulação de Rudolphi, segundo o qual bem jurídico e o poder de disposição sobre este bem formam uma unidade; objeto de disposição e faculdade de disposição são, em sua relação mútua, um bem jurídico protegido pelo tipo.⁵⁴⁴

Enfrenta Soler a questão de maneira similar. O fundamento da eficácia do consentimento está em que os bens jurídicos aos quais a tutela se refere são bens jurídicos enquanto o particular assim os considera e os trata valiosamente. Quando há permissão para sua destruição, eles tornam-se inidôneos como objetos de uma “violação jurídica”, já que não são protegidos em sua materialidade pelo direito, senão enquanto são objetos de interesse do particular.⁵⁴⁵

Há, entretanto, um limite imposta pela doutrina sobre a eficácia do consentimento para determinados bens. No caso das lesões corporais, não pode haver um dano à saúde de dimensão considerável e contrário aos bons costumes. Um dano com estas características infringe o interesse superior da comunidade.⁵⁴⁶ O mesmo fundamento se aplica à inviolabilidade do bem jurídico vida.

5.6.1.1.3. Função dogmática do consentimento

5.6.1.1.3.1. Consentimento como excludente de tipicidade

⁵⁴³ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo et. Al. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Barcelona (Espanha): Praxis. 1999. p. 239.

⁵⁴⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht, allgemeiner Teil*, p. 518.

⁵⁴⁵ SOLER, Sebastian. *op. cit.* pp. 328 e 329.

⁵⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *op. cit.* p. 405.

Essa é a posição adotada por Roxin e doutrina minoritária. De certo modo, esta concepção entende a falta de consentimento como elemento negativo do tipo⁵⁴⁷ e, portanto, sua ocorrência nos bens jurídicos disponíveis torna o fato penalmente irrelevante.⁵⁴⁸ O fundamento dessa ideia é o fato de que nas disposições penais que protegem bens jurídicos disponíveis, o verdadeiro bem jurídico tutelado não é a integridade do objeto, mas sim o domínio autônomo do titular sobre os bens a ele subordinados.⁵⁴⁹ Pela teoria do bem jurídico tutelado⁵⁵⁰, resulta que, por um consentimento eficaz, não há lugar para o desvalor do resultado, nem o desvalor da ação, muito menos o tipo delitivo.⁵⁵¹ Nota-se a importância do conceito de bem jurídico para medir sua disposição em relação ao particular.⁵⁵²

Roxin defende sua posição contrariando os argumentos em favor das causas de justificação, no meio das quais o consentimento tornar-se-ia um corpo estranho.⁵⁵³ Pelo princípio da ponderação de interesses e necessidade, em uma situação de conflito inevitável, é legítimo o sacrifício de um interesse de menor valor quando tal sacrifício for necessário para salvar um interesse maior.⁵⁵⁴ Quando se trata de consentimento, não há um conflito de interesses entre o que atua e o que consente.

Restringindo-se o conceito de bem jurídico, e desconsiderando a possibilidade de disposição de todos os bens, podemos fazer uma divisão entre os bens jurídicos disponíveis e os indisponíveis. Os bens indisponíveis são aqueles em que o interesse de conservação por parte do Estado é independente da vontade do titular, por exemplo, a vida; enquanto os bens disponíveis são os que estão protegidos enquanto o titular não renuncie à proteção, consentindo com a lesão, como, por exemplo, a propriedade.⁵⁵⁵

O consentimento, por esta via, atua no nível da tipicidade quando o bem jurídico em questão for disponível. O exame dos tipos penais resulta desnecessário, salvo nos casos em que há referência à determinação de disponibilidade do bem jurídico de que se trata e aos

⁵⁴⁷ SOLER, Sebastian. op. cit. p. 327.

⁵⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 402; RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. op. cit. p. 507.

⁵⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. op. cit. p.402.

⁵⁵⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. pp. 55 e ss.

⁵⁵¹ *Ibidem*. p. 519.

⁵⁵² BARJA DE QUIROGA, Jacobo López, op. cit. p. 10.

⁵⁵³ ROXIN, , Claus. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. p. 521.

⁵⁵⁴ *Ibidem*. p. 521.

⁵⁵⁵ GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho penal mexicano*, parte general y parte especial. Ciudad de México (México): Editorial Porrúa. 1999. p. 336.

requisitos, como a capacidade de disposição.⁵⁵⁶ Quer dizer, sempre que o tipo fizer referência a um dos requisitos do consentimento, não há exclusão *imediata* da tipicidade; deve-se, pois, deixar claro – expressamente manifestado – que o particular dispôs de seu bem.

Quando o sujeito passivo da infração penal, o ofendido, autoriza a conduta descrita no tipo, o consenso faz com que o sujeito ativo, ao praticar este, encontre-se usando do amplo direito de fazer o que não vem proibido em lei.⁵⁵⁷ Não se trata de uma ação justificada, mas sim de uma conduta atípica. Cirino Dos Santos descreve alguns exemplos de consentimento como excludente da tipicidade:

na área da liberdade pessoal, o sequestro ou cárcere privado consentidos; na área da liberdade sexual, a relação sexual consentida (exceto hipóteses de absoluta incapacidade de decisão válida); na área da propriedade, a subtração ou apropriação consentida de coisa alheia móvel.⁵⁵⁸

Outro aspecto do consentimento como excludente de tipicidade refere-se aos crimes culposos e o risco permitido. A partir do momento em que todos agem além do risco permitido, não há o tipo culposo.⁵⁵⁹ Por exemplo, quando todos os motoristas de uma rodovia conduzem os automóveis em alta velocidade, sem respeitar a distância mínima de segurança, eventual acidente não configura o delito. Trata-se do risco consentido, de modo que o comportamento imprudente começa onde termina o âmbito do permitido e, por sua vez, o permitido excede o âmbito da pura norma objetiva de cuidado.⁵⁶⁰

Na doutrina pátria, este posicionamento já havia sido defendido por Moura Bittencourt, para quem, quando o consentimento opera para afastar o crime, não é pela justificativa do delito, mas pela ausência de tipicidade. Em certos delitos, a falta de consentimento compõe o fato previsto em lei.⁵⁶¹

5.6.1.1.3.2. Consentimento como excludente de antijuridicidade

⁵⁵⁶ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El consentimiento em el derecho penal*. Madri (Espanha): Dykinson. 1999. p. 07.

⁵⁵⁷ FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal*, vol II. Campinas: Bookseller. 1997. p. 190.

⁵⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. op. cit. p. 195.

⁵⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal, parte general*. Navarra (Espanha): Aranzadi. 2002. pp. 485 e 486.

⁵⁶⁰ *Ibidem*. p. 486.

⁵⁶¹ MOURA BITTENCOURT, Edgard. *Vítima*. Franca: Universitária de Direito. 1978. p. 85.

É a posição majoritária na doutrina. O consentimento é visto como causa de justificação, excluindo a ilicitude do fato típico. O objeto da proteção penal nos tipos vem constituído pelos bens jurídicos a que se referem, incluída a integridade do objeto, não meramente a liberdade de disposição do titular.⁵⁶²

Os bens penalmente tutelados tornam-se indisponíveis pela própria natureza da proteção. Se há uma tutela incondicionada dos bens jurídicos amparados pelo direito penal, o interesse público de sua não violação torna inócuo qualquer ato de vontade do particular na esfera da ilicitude jurídico-penal.⁵⁶³

O consentimento eficaz não determina a “adequação ao direito”, como querem os defensores da excludente de tipicidade. O que acontece é que o consentimento deixa de lado somente a contradição a respeito da autodeterminação do titular do bem jurídico e, desta maneira, o ilícito jurídico-penal relevante.⁵⁶⁴

Pelo próprio conceito de antijuridicidade – contradição ao ordenamento jurídico – o consentimento torna o fato jurídico. Se a finalidade última do direito é o bem estar social, a harmonia entre os cidadãos, então o consentimento faz a lesão indiferente à comunidade como um todo. Mesmo sendo lesado o ofendido, se este consentir, a estrutura social não será abalada.

Como o Código Penal brasileiro não traz o consentimento em seu rol de excludentes de antijuridicidade, sua construção é meramente doutrinária, o que não impossibilita a jurisprudência de adotá-la.⁵⁶⁵ Trata-se, pois, de uma causa extralegal de exclusão de ilicitude.

5.6.1.1.3.3. Posição eclética: excludente de tipicidade e de ilicitude

⁵⁶² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 403.

⁵⁶³ FREDERICO MARQUES, José. op. cit. p. 188.

⁵⁶⁴ STRATENWERTH, Gunter; KUHLEN, Lothar. op. cit. p. 132.

⁵⁶⁵ “Consentimento tácito do ofendido. O fato de a vítima manter-se inerte por mais de três meses e de o acusado do furto ter agido às claras demonstram que incorreu infração penal, dado o consentimento tácito do ofendido” (TACRIM/SP – Rev. - Rel. Amaral Salles) In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 369.

Para essa corrente, junto com o efeito de excludente do tipo na vontade do afetado no acordo e o consentimento excludente do tipo, existe o efeito excludente da antijuridicidade no consentimento justificante.⁵⁶⁶ Não são efeitos simultâneos: ou o consentimento recai sobre o tipo, ou sobre a ilicitude.⁵⁶⁷

Para o consentimento, é impossível fixar uma função unívoca para todos os casos. A diferente função ou efeito que pode ter a presença do consentimento em relação a cada infração impede a unicidade funcional.⁵⁶⁸ Em alguns casos, o dissenso do ofendido é exigido pelo tipo penal, ou seja, faz parte da figura típica. Havendo o consentimento, o fato sai da conformidade com o tipo, tornando a conduta atípica. Como exemplo, a violação de domicílio e crimes que exijam violência ou grave ameaça como elementares.

Entretanto, em outros casos, a função do consentimento é diversa. Detectam-se todos os pressupostos exigidos pela norma incriminadora, porém, em virtude da vontade do titular do bem tutelado, a punibilidade desaparece. Tem-se, aqui, uma causa de justificação.⁵⁶⁹ É muito difícil encontrar uma delimitação entre o consentimento que exclui a adequação típica e o que exclui o ilícito. A distinção é feita com referência no bem jurídico tutelado, como a doutrina afirma.

5.6.1.1.4. Posicionamento adotado

Dentro do contexto do *harm principle* no Estado liberal, adota-se o consentimento do ofendido como causa de exclusão de tipicidade. O consentimento válido torna a lesão ao bem jurídico um fato atípico. A tutela penal torna-se esvaziada quando o maior interessado na preservação do bem abre mão de sua integridade. A função primordial do direito penal de proteger bens jurídicos está atrelada à preservação da autonomia individual. Se o titular do bem faz uso da autonomia para dispensar essa proteção, a incriminação do comportamento lesivo carece de legitimidade.

A opinião de Roxin sobre a natureza do consentimento - exercício de liberdade de ação do portador do bem jurídico – encaixa-se perfeitamente nos princípios do Estado

⁵⁶⁶ JAKOBS, Gunther. op. cit. p. 523.

⁵⁶⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. op. cit. p. 480.

⁵⁶⁸ *Ibidem*. p. 477.

⁵⁶⁹ FREDERICO MARQUES, José. op. cit. p. 188.

liberal de direito. Se o titular do bem jurídico for capaz de reconhecer os efeitos de aceitar a lesão, não há motivos para o Estado proibir o exercício do direito de disposição incriminando a conduta lesiva de terceiro. A grande importância do consentimento da vítima está na possibilidade de intervenção do Estado na liberdade de quem concorda com a lesão. Nos casos em que se entender legítima a intervenção, a norma será manifestação de um paternalismo indireto ou impuro, pois haverá sanção a alguém que provocou danos a outrem, mesmo com seu consentimento. Para proteger o titular do bem jurídico, que anui na sua lesão, pune-se aquele que age indevidamente.

5.6.1.1.5. Consentimento sobre uma autolesão

A segunda espécie de consentimento horizontal abrange o comportamento autolesivo, pelo qual o sujeito experimenta um prejuízo provocado por si mesmo. Não há uma conduta direta de terceiros, a não ser para induzir, instigar ou auxiliar aquele que deseja a autolesão. Percebe-se, então, que há diferenças entre uma autolesão sem a participação de terceiros e outra em que há essa contribuição. São hipóteses exemplificativas de autolesão tanto a lesão corporal provocada pelo próprio ofendido, que comprou a faca, quanto aquela praticada com o auxílio de terceiro que tenha emprestado o objeto cortante.

O titular do bem jurídico tem consciência de que seu comportamento é capaz de lesar este bem, assume tal risco e anui com eventual lesão. Encaixa-se nesta situação o usuário de drogas que sabe dos riscos à sua própria saúde e, mesmo assim, prossegue em sua conduta. Também podemos fazer referência ao sujeito que comete o suicídio porque está cansado de viver em meio a tantas e frequentes doenças. O legislador preocupou-se em proteger as pessoas das autolesões, incriminando o porte de drogas para uso próprio e punindo os partícipes de um suicídio (artigos 28 da Lei 11.343/2006 e 122 do Código Penal, respectivamente).

É interessante este tipo de consentimento para a investigação dos limites de atuação do direito penal nas autolesões. É perfeitamente questionável se, no Estado liberal, o sujeito pode sofrer intervenções em sua liberdade, com uma atuação estatal que ignora seu

consentimento. Portanto, no decorrer do trabalho, discorre-se sobre os limites em que alguém pode abrir mão de seus próprios interesses.

Enfim, as etapas para o consentimento válido nas autolesões são as mesmas para a heterolesão. É necessário que o sujeito tenha capacidade de discernimento, com as informações suficientes, e autonomia para decidir pelo prejuízo. Ausentes o discernimento válido e a autonomia de decisão, o consentimento pela autolesão é inválido.

5.6.1.2. Do consentimento vertical

No contexto do direito e das leis, o consentimento pode ser o fundamento da autoridade imposta pelo Estado sobre seus membros. O consentimento sobre a legitimidade de uma lei é questão de natureza política que envolve a existência do Estado e da comunidade que o compõe. Por isso é correto afirmar que a obrigação de se seguir o ordenamento jurídico é anterior ao próprio direito, pois este existe apenas porque as pessoas optaram por um conjunto de regras obrigatórias que permitissem um mínimo de estabilidade social.

O consentimento como fundamento da autoridade do Estado apresenta duas feições apontadas por Dworkin. A primeira é que tal consentimento não passa de mera ficção; o segundo implica a insuficiência e a desnecessidade para o consentimento explicar essa autoridade.⁵⁷⁰ Não há como provar definitivamente o consentimento de todas as pessoas, ou de pelo menos a maioria, para a obediência às leis. Ademais, dentro de sua fundamentação utilitarista, é de interesse da população que haja uma forma de governo estabelecida para a manutenção da ordem e as leis são os instrumentos para tal finalidade.

Na mesma linha, para Santiago Nino, a função de fazer os direitos fundamentais básicos efetivos justifica moralmente a existência de uma ordem jurídica e de um governo estabelecido. Algumas proibições se fazem necessárias - e aí a punição pelo direito penal é parte essencial – e os próprios indivíduos as aceitam para que a maior parcela de autonomia possa ser exercida.⁵⁷¹

⁵⁷⁰ DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. p. 87.

⁵⁷¹ SANTIAGO NINO, Carlos. op. cit. p. 368.

A filosofia política enxerga o consentimento como um dos fundamentos legitimadores da autoridade estatal, partindo-se do princípio de que as pessoas consentem em obedecer às regras impostas para a vida em sociedade. Quando se deseja uma sociedade estabilizada, regrada por normas, com o fim de preservar direitos, cada membro da comunidade abre mão de parte de sua liberdade em prol do Estado soberano. Aquela parcela da liberdade concedida ao Estado impede que o sujeito faça tudo o que desejar. Há necessidade de um freio que é benéfico também à própria pessoa. Isto é, quando alguém consente na imposição de uma norma que restringe sua liberdade, na verdade, está beneficiando a comunidade e a si próprio.

O cumprimento das leis é obrigatório, em especial as proibições do direito penal. Essa obrigação surge, na verdade, do acordo entre os indivíduos que, racionalmente, elegeram um modelo político para buscar propósitos, quais sejam, a estabilidade social como benefício comum (nas palavras de Hobbes, o bem manifesto).⁵⁷² Este modelo foi denominado contratualismo e, dentro de suas diversas versões, algumas características são comuns e legitimam a subordinação das pessoas às leis estatais.

O princípio contratualista requer o exercício do poder político que respeite tanto a liberdade individual quanto os valores sociais (individualidade e coletividade). Como uma base jurídica comum, pelo uso das leis, liberdade e democracia tornam-se compatíveis. As pessoas podem exercer seu direito de criarem leis ao mesmo tempo em que se respeitam as liberdades individuais. O contratualismo envolve uma obrigação de cumprir leis derivada do exercício de um direito de optar por regras comuns de convivência.⁵⁷³

No Estado liberal de direito, os ideais democráticos, ao mesmo tempo em que permitem a limitação dos comportamentos para proteger a todos de lesões e incômodos provocados por terceiros sem a permissão, também autoriza a abdicação a esta proteção. Presume-se que o sujeito consente em obedecer às leis para seu próprio bem, no entanto, não é sempre possível obrigá-lo a aceitar a tutela de seus interesses. Assim, há casos de autolesão em que o titular do bem jurídico reconhece a lei penal mas abre mão de sua incidência na proteção de seus próprios bens.

⁵⁷² CHIAPPIN, J. R. N.; LEISTER, Carolina. O contratualismo como método: política, direito e neocontratualismo. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 18, n.º 35, fev. 2010. p. 10.

⁵⁷³ MARNEFFE, Peter de. Contractualism, Liberty, and Democracy. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 104, n.º 04, jul. 1994. p. 765.

O consentimento obrigatório em submeter-se às leis não impede que as mesmas sejam discutidas e criticadas quando ferem o direito ao exercício da autodeterminação pessoal. A obrigação de cumprir as normas impostas pelo Estado deve ser analisada levando em consideração a pessoa humana como ser livre para pensar e fazer o que bem entende, respeitando os limites de terceiros. A mera existência da norma não impede o questionamento sobre sua legitimidade.

5.7. Aspectos do consentimento horizontal

A ideia de consentimento engloba permissão, tolerância, anuência. Quem consente permite que algo seja feito. Ao ter conhecimento de um provável comportamento, o sujeito pode anuir ou não, depende da sua vontade no momento determinado. Não haverá consentimento quando faltar aceitação expressa ou tácita sobre a conduta lesiva. Podemos definir, a princípio, o consentimento válido como a aceitação, por parte de alguém, de um comportamento, próprio ou de outrem, e de suas eventuais consequências. Consentir validamente é, por conseguinte, analisar uma determinada conduta, ponderar os possíveis resultados e aceitá-los. A definição é superficial, merecendo, assim, maior atenção. Vamos dividir o conceito em três partes: (a) anuência da pessoa; (b) fato que está na iminência de acontecer; (c) consciência das prováveis consequências.

O consentimento juridicamente relevante não é apenas a mera concordância da pessoa. Concordar é uma das condutas de quem consente. São três as etapas do processo de consentimento: valoração da conduta, valoração do provável resultado e anuência. Por isso o consentimento pleno é aquele cujo processo foi desenvolvido na consciência de uma pessoa autônoma, capaz de discernir e de fazer suas escolhas livremente.

A primeira etapa de valoração denominamos valoração *ex ante*, ou seja, o sujeito vai analisar a conduta que está próxima de acontecer. É a ação ou omissão de alguém sob análise do observador. Deve-se ter conhecimento preciso do que pode acontecer, desde a etapa cognitiva, em que o sujeito analisa os fatos, até o momento da anuência, a partir do qual tudo deve desenrolar-se conforme retratado. Quando houver a concordância, qualquer alteração sobre aquilo que a pessoa compreendeu torna o consentimento inválido. Se A anuiu para que B desferisse-lhe leves golpes, qualquer ato diferente de B invalida a

anuência, como, por exemplo, um golpe mais violento. Devemos considerar que houve permissão apenas para golpes leves; acima desse limite, já se está fora do permitido.

Na segunda etapa, a valoração *ex post*, o sujeito reflete sobre os prováveis efeitos da conduta que está para se realizar. Trata-se de uma projeção das consequências do ato assimilado. Não é necessariamente uma presciência exata, mas sim provável. Conhecendo a conduta a ser praticada, a pessoa deve ser capaz de atribuir seus efeitos, dentro das condições normais. No exemplo em que A anui em receber um leve golpe de B, se possuir inteligência razoável, saberá que nada grave acontecerá; o mesmo sujeito A não permite um golpe mais violento porque sabe das prováveis lesões que poderão ocorrer.

As etapas do processo cognitivo são expostas por Leikin da seguinte maneira: (1) capacidade de processar a informação; (2) aquisição de conhecimento numa área específica; (3) análise concreta do fato; (4) raciocínio quantitativo; (5) desenvolvimento do senso de como as coisas funcionam nos empreendimentos cognitivos; (6) metacognição; (7) desenvolvimento de estratégias cognitivas.⁵⁷⁴ O desenvolvimento da valoração *ex ante* e *ex post* envolve a capacidade mínima de compreensão daquilo que se passa ao intérprete, inclusive a previsibilidade das prováveis consequências da conduta.

Por fim, após analisar o comportamento *ex ante* e *ex post*, o sujeito, se assim livremente o quiser, dá a anuência. Com a concordância devida, o comportamento torna-se aceito pela pessoa, assim como suas consequências. Lembramos que o consentimento ocorre antes da realização do resultado danoso, o qual já foi previamente aceito pelo ofendido. Pode acontecer antes ou durante o comportamento, desde que existam condições de se prever seus prováveis efeitos. Sem previsão do eventual resultado, não há consentimento.

Diante dos conceitos expostos, fica a pergunta: qual a natureza da anuência sem as análises *ex ante* e *ex post* de um fato? Se não é consentimento válido, o que vem a ser? Em sentido leigo, pode-se dizer que alguém consente sem refletir sobre os efeitos da sua anuência, no entanto, o sentido jurídico do consentimento válido é de valoração sobre as consequências de um fato determinado. Sem valorar, o consentimento é vazio, desprovido de validade. É o exemplo do menor de 14 anos que mantém relação sexual com adulto.

⁵⁷⁴ LEIKIN, Sanford. Minors' Assent, Consent, or Dissent to Medical Research. *Ethics and Human Research*, EUA, vol. 15, n.º 02, mar./abr. 1993. pp. 2-3.

Esse consentimento possui relevância jurídica, mas somente como fundamento da punição criminal. Para fins de legitimar a relação sexual, não há validade.

O consentimento da submissão às leis é hipotético. Uma figura ficta denominada consentimento explica a obediência das pessoas às leis do Estado, mesmo que não tenham, expressa ou tacitamente, curvado-se perante a norma. Quer dizer, não é preciso confirmar o consentimento de cada pessoa, individualmente, para impor o mandamento de uma norma, é viável interpretar o consentimento como algo presumido de uma sociedade. Nada impede, porém, que a desobediência à norma encontre amparo em algum tipo de erro sobre a consciência sobre o fato ou a proibição da conduta.

5.8. Relevância do consentimento horizontal

O estudo do consentimento apresenta importância para determinar até que ponto eventual lesão ou ofensa faz parte da compreensão do ofendido. A manifestação de vontade e consequente aceitação de ato lesivo, quando houver consciência e capacidade de discernimento, devem ser respeitadas pelo Estado democrático de Direito para evitar qualquer tipo de arbitrariedade. Uma palavra é capaz de resumir a relevância do consentimento de pessoas capazes: liberdade. A maior relevância do consentimento aparece no direito fundamental de proceder conforme a consciência e a vontade.

No estudo da bioética, importante se faz a apreciação do consentimento informado. No âmbito das pesquisas médicas, há necessidade de que os participantes tenham conhecimento do que será feito e quais as prováveis consequências para legitimar a sua voluntariedade. Em síntese, a decisão afirmativa em participar de uma pesquisa médica pode ter os seguintes preceitos: (1) incompreensão dos riscos e benefícios da escolha em participar da pesquisa e desejo de ajudar outras pessoas; (2) incompreensão dos riscos e benefícios da escolha em participar da pesquisa numa expectativa incorreta de benefício próprio; (3) compreensão dos riscos e benefícios em participar da pesquisa para buscar os resultados desejados; (4) compreender os riscos e benefícios e escolher participar por

desejo de ajudar os outros.⁵⁷⁵ Podemos vislumbrar que alguém pode querer se submeter a um experimento com a finalidade de ajudar a si mesmo ou a terceiros, sabendo ou não dos riscos.

No entanto, para afirmar que o consentimento informado seja válido, o paciente deve ter conhecimento dos riscos aos quais se submete, assim como os pesquisadores devem obedecer a certos princípios éticos.⁵⁷⁶ Os requisitos para a validade do consentimento informado são: (1) fornecimento de informações a respeito da experiência a ser desenvolvida; (2) compreensão destas informações por parte do agente voluntário; (3) voluntariedade de participação; (4) anuência em fazer parte da pesquisa.⁵⁷⁷ Necessário, também, informar eventuais riscos e benefícios que a pesquisa pode causar ao sujeito e aos demais, assim como as alternativas possíveis ao tratamento que se busca.⁵⁷⁸

Nota-se que o consentimento informado nas ciências médicas apresenta os mesmos fundamentos do consentimento relevante ao direito penal. Há necessidade de informar a pessoa para que se evite uma decisão viciada, desvirtuada, em desconformidade com as reais intenções de quem faz a opção. Não só o sujeito deve ser informado adequadamente, como também deve ser capaz de interpretá-las da melhor forma.

5.9. Conclusões preliminares

Conforme foi desenvolvido neste capítulo, a princípio, o Estado liberal deve respeitar a liberdade individual das pessoas e permitir que todos se comportem conforme sua vontade. Não obstante, há situações excepcionais em que o Estado pode intervir na liberdade de escolha quando o sujeito não tem condições de se responsabilizar por seus próprios atos.

⁵⁷⁵ HOLMES-ROVNER, Margaret, WILLS, Celia E. Improving Informed Consent Insights from Behavioral Decision Research. *Medical Care*, Washington (EUA), vol. 40, n.º 9, Suplemento: Making Informed Consent Meaningful, set. 2002. p. V32.

⁵⁷⁶ DU TOIT, Brian M. Ethics, Informed Consent, and Fieldwork. *Journal of Anthropological Research*, Albuquerque (EUA), vol. 36, n.º 3, out. 1980. p. 275.

⁵⁷⁷ GRAY, Bradford H. Complexities of Informed Consent. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Washington (EUA), vol. 437, mai. 1978. pp. 38-39.

⁵⁷⁸ GONZÁLEZ-TORRE. Angel Pelayo. *El derecho a la autonomía del paciente em la relación médica*. Granada (Espanha): Comares. 2009. p. 79.

O sujeito responsável é aquele que pode comportar-se com autonomia. Isso significa desenvolver uma vontade, formar sua consciência e não encontrar obstáculos para agir. A autonomia permite a uma pessoa atuar dentro de certos limites, conforme sua consciência e sua vontade. Portanto, a autonomia é o conjunto formado pela capacidade de discernimento e a ausência de impedimentos ao exercício da vontade.

Discernimento é a capacidade de distinguir as coisas, avaliando-as e ponderando-as, analisando prováveis consequências de um fato. Só consegue discernir quem possui as informações necessárias sobre algo e a capacidade necessária para processá-las. É fundamental que se possam projetar os efeitos prováveis de um comportamento para, ao final, decidir por aceitá-lo ou não.

Essa decisão de aceitar um comportamento é o consentimento. Tanto pode ser o consentimento quanto à imposição de um comportamento por meio de normas (consentimento vertical), como é o caso de uma interferência na liberdade de escolha, quanto pode ser relacionado à conduta de si mesmo ou de outra pessoa (consentimento horizontal).

6. PARTES DA RELAÇÃO PATERNALISTA

6.1. Quem pode ser objeto do paternalismo

A princípio, qualquer pessoa pode ser objeto de um comportamento paternalista. Conforme foi desenvolvido, paternalismo é a intervenção na liberdade de uma pessoa, contra sua vontade, para o seu próprio bem. Neste conceito, não há qualquer referência à qualidade do indivíduo que sofre a restrição. A condição do sujeito terá reflexos na legitimidade da intervenção paternalista. Portanto, o que se discute é a categoria de paternalismo a qual o comportamento se insere para verificar se o mesmo é legítimo ou não.

Vejamos os seguintes casos. O sujeito mentalmente saudável que é impedido de fazer uma grande doação a uma instituição, porque alguém acredita que poderá haver arrependimento no futuro, tem sua liberdade restringida por um comportamento paternalista. Do mesmo jeito quando a mesma restrição ocorre com o louco, que não tem consciência de quanto vale a quantia a ser doada. O que interessa é a legitimidade das intervenções paternalistas de acordo com a capacidade do sujeito. O tipo de paternalismo que se legitima varia de acordo com a pessoa que sofre a restrição, seja do Estado, seja de outra pessoa.

Não restam dúvidas sobre a necessidade de intervenções paternalistas em determinadas situações em que a pessoa coloca-se em risco sem a necessária consciência. Nem sempre o indivíduo possui a autonomia suficiente para decidir sobre uma conduta lesiva. A legitimidade da intervenção depende, primeiramente, da condição da pessoa e, em segundo plano, do risco criado por um comportamento. A condição refere-se aos aspectos psicológicos que permitam uma decisão consciente e de acordo com a vontade. O risco criado é o comportamento que poderá acarretar algum dano ao titular do bem.

A capacidade da pessoa de refletir sobre sua conduta é o primeiro elemento a ser analisado. Tal capacidade precisa ser demonstrada em dois momentos. Primeiramente, deve haver a informação necessária sobre a ação e suas eventuais consequências. Quem salta de para-quedas precisa ser informado sobre todos os riscos do salto, assim como aquele que atravessa uma ponte deve receber a informação sobre eventuais riscos da mesma cair. Só

pode refletir sobre seus atos quem possui a informação necessária e suficiente para tal. Se as informações forem insuficientes ou falsas, não se pode falar em capacidade de reflexão.

No segundo momento, deve-se ponderar se essa informação recebida foi devidamente processada pela pessoa. O sujeito deve ser capaz de utilizar as informações, analisar os riscos de sua conduta e as possíveis consequências. Esta segunda etapa é importante porque muitos adultos mentalmente saudáveis podem apresentar perturbações momentâneas. É o caso, por exemplo, do pai de família endividado, sem perspectivas de quitar suas dívidas, que resolve cometer o suicídio. Mesmo não apresentando debilidade mental, tamanho conflito interno pode reduzir sua capacidade de discernimento sobre eventuais autolesões. O importante é evitar que uma lesão seja provocada em razão da vulnerabilidade do titular do interesse protegido.

6.2. Vulnerabilidade

A interferência na liberdade do cidadão quando sua conduta não afeta a terceiros legitima-se por causa de sua vulnerabilidade. A princípio, quem não é vulnerável não precisa nem solicita a proteção do Estado. O princípio paternalista coloca o vulnerável na posição de mais fraco e, por isso, merecedor da proteção da norma. Assim, entende-se que a restrição paternalista por meio do direito penal somente é legítima quando seu objeto for pessoa vulnerável, fragilizada.

O conceito de vulnerabilidade é amplo, vai além do direito. Vulneráveis são os sujeitos que podem ser atacados ou ofendidos⁵⁷⁹, “são pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre eles e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade”⁵⁸⁰. Compreende-se a vulnerabilidade como indicador de desequilíbrio nas relações pessoais e, portanto, para que o equilíbrio seja estabelecido é necessário que haja interferências

⁵⁷⁹ DICIONÁRIO MICHAELIS ONLINE. Disponível em: <<http://www.michaelis.uol.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

⁵⁸⁰ GUIMARÃES, Maria Carolina S., NOVAES, Sylvia Caiuby. Vulneráveis. *Portal da Bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnera.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

externas. O paternalista, assim, é aquele que se julga capaz de buscar o equilíbrio necessário e proteger o vulnerável nas suas relações.

A vulnerabilidade pode ser concebida de um ponto de vista moral ou operacional. Moralmente, vulnerável é o sujeito desprovido de virtudes, incapaz de cuidar de si mesmo e que requer cautela especial.⁵⁸¹ Virtude, aqui, assume o sentido de capacidade interna de autocondução. Existe uma relação de dependência entre vulnerável e outra pessoa ou instituição, como o Estado, por exemplo. Operacionalmente, vulnerabilidade é a “falta não deliberada de condições pessoais ou ambientais para o viver como sujeitos humanos”.⁵⁸² Nesse segundo sentido, o vulnerável é a pessoa a quem se deve dar maior atenção para uma vida mais digna, pois sua fragilidade a impede de fazê-lo por conta própria.

Não se pode ignorar que a vulnerabilidade tem estrita ligação com a forma de vida do indivíduo. As condições sociais podem tornar as pessoas mais ou menos vulneráveis a certos riscos. Tem-se, portanto, a vulnerabilidade social, entendida como a “falta de ativos materiais e imateriais a que determinado indivíduo ou grupo está exposto a sofrer futuramente alterações bruscas e significativas em seus níveis de vida”.⁵⁸³

A vulnerabilidade social pode se manifestar em dois planos: estrutural e subjetivo. No plano estrutural, pode ser dada por uma mobilidade descendente e, no plano subjetivo, pelo desenvolvimento de sentimentos de incerteza, insegurança, de não-pertencimento a determinado grupo, de fragilidade dos atores.⁵⁸⁴

A vulnerabilidade gera desequilíbrios nas relações em que as diferenças são determinantes no efeito obtido pelo negócio. Quem tem mais a oferecer consegue com maior facilidade um resultado vantajoso. Obviamente, um sujeito em condições precárias de subsistência dará seu consentimento com maior facilidade a comportamentos com os quais não concorda. São situações em que não há qualquer tipo de coerção moral ou física, entretanto, a pessoa, por causa de sua vulnerabilidade, aceita propostas contrárias ao seu

⁵⁸¹ READER, Soran. New Directions in Ethics: Naturalisms, Reasons and Virtue. *Ethical Theory and Moral Practice*, Amsterdan (Holanda), vol. 3, n.º 04, dez. 2000. p. 346.

⁵⁸² ANJOS, Marcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista da Sociedade Brasileira de Bioética*, Brasília, DF, vol. 02, n.º 02, 2006. p. 181.

⁵⁸³ SILVA, Algéria Valéria da. Vulnerabilidade social e suas consequências: o contexto educacional da juventude na região metropolitana de Natal. In: 13.º ENCONTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS DO NORTE NORDESTE, Maceió, 2007. [s.p.].

⁵⁸⁴ Ibidem. [s.p.].

desejo ou à sua consciência. Dentro do contexto social, em algumas hipóteses o direito acaba por se envolver na busca do equilíbrio das relações.

O ordenamento jurídico pátrio é repleto de normas que reconhecem a vulnerabilidade de certas categorias de pessoas e, por isso, requerem sua proteção. Eis alguns exemplos: estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal); inversão do ônus da prova e o domicílio do consumidor como foro para conflitos envolvendo relações de consumo; nulidade de atos praticados por absolutamente incapazes. A relação de desigualdade pode manifestar-se individual ou coletivamente, entre indivíduos, entre diferentes grupos, culturas ou etnias minoritárias em relação a um grupo mais amplo.⁵⁸⁵ Esta é a principal diferença destacada por alguns entre vulnerabilidade e ausência de autonomia, pois a última é pessoal e individual, não podendo ser atribuída a grupos ou entidades.⁵⁸⁶ Adota-se, no entanto, a opinião de que vulnerabilidade é uma das formas da ausência de autonomia, seja de um indivíduo ou de um grupo determinado de pessoas.

A Resolução 196, de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, em seu item II.15, afirma que vulnerabilidade “refere-se a estado de pessoas ou grupos, que por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”. Esta definição está ligada às experiências e pesquisas envolvendo seres humanos, as quais necessitam de consentimento válido para seu prosseguimento. Também se aplica a definição às relações entre médicos e pacientes, nas escolhas dos tratamentos de acordo com a situação de saúde, quando o doente pode optar por algo que lhe seja mais interessante, inclusive a própria interrupção dos cuidados.

Diversos fatores, isolada ou conjuntamente, podem determinar a vulnerabilidade de alguém. O menor desenvolvimento intelectual e cultural pode determinar certas fragilidades no momento de se decidir algo.⁵⁸⁷ A falta de desenvolvimento emocional também pode ser

⁵⁸⁵ GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. *Revista Bioética*, Brasília, DF, vol. 07, n.º 01, 1999. p. 22. ANJOS, Marcio Fabri dos. op. cit. p. 181.

⁵⁸⁶ ANJOS, Marcio Fabri dos. op. cit. p. 177.

⁵⁸⁷ ZANER, Richard M. The Phenomenon of Vulnerability in Clinical Encounters. *Human Studies*, Holanda, vol. 29, n.º 3, set. 2006. pp. 284 e ss.

determinante para tornar uma pessoa vulnerável, assim como a pouca idade.⁵⁸⁸ Por fim, e não esgotando, parece haver ampla aceitação a tese de que o baixo nível sócio-econômico também é fator de risco no aumento de *stress* e, consequentemente, da vulnerabilidade.⁵⁸⁹

O rol de pessoas vulneráveis não é taxativo. A lei, de forma geral, determina a vulnerabilidade de menores de idade e pessoas com problemas mentais (desenvolvimento mental incompleto ou retardado). O direito civil as denomina *incapazes*, enquanto o direito penal as rotula *inimputáveis*. Além disso, há um terceiro grande grupo de sujeitos expostos a situações de risco mesmo apresentando idade superior aos 18 anos e saúde mental sem comprometimento. São as pessoas que eventualmente encontram-se perturbadas por algum motivo e, especificamente, em momento determinado, podem agir influenciadas pela vulnerabilidade momentânea.

Quando nos referimos aos menores e aos adultos com problemas mentais necessariamente exige-se um comportamento de alguém para compensar sua vulnerabilidade, como a lei determina em diversas circunstâncias (por exemplo, a nomeação de tutores e curadores para a prática de atos civis). Nada impede, também, que as pessoas inseridas no terceiro grupo de vulneráveis possam ter o auxílio de outrem a fim de compensar suas dificuldades de agir. A seguir, seguem os tópicos específicos relativos aos três grupos de vulneráveis.

6.2.1. Crianças e adolescentes

Em épocas remotas, o jovem infrator recebia tratamento semelhante ao dos adultos. No Brasil, o Código Criminal do Império determinava a idade penal mínima em 14 anos. Dos 14 aos 21 anos, o acusado respondia como um adulto, porém, se condenado, teria a pena atenuada. Com o passar do tempo, percebeu-se que a punição tradicional não era apropriada ao jovem. Alternativas à pena foram buscadas, como o tratamento para desenvolver a personalidade da criança e do adolescente e, assim, tirá-las da criminalidade.

⁵⁸⁸ HUTZ, Claudio S., KOLLER, Silvia H., BANDEIRA, Denise R. Resiliência e vulnerabilidade em crianças em situação de risco. In: KOLLER, Silvia Helena. *Coletâneas da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia*, Rio de Janeiro, n.º 12, 1996. p. 80.

⁵⁸⁹ CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. *Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas*, São Paulo, n. 116, jul. 2002. pp. 143 e ss.

Evidente que o jovem tem dificuldades em assimilar o valor de algumas condutas e os eventuais danos que estas podem causar, o que demanda um tratamento diferenciado.⁵⁹⁰

O jovem abaixo dos 18 anos não desfruta da mesma capacidade de discernimento do adulto. É voz dominante a necessidade de medidas especiais para a tutela do menor, devido à sua maior vulnerabilidade, com o fim de assegurar a ele a proteção adequada. É necessário que haja uma relação da criança e do adolescente com um adulto capaz de demonstrar os melhores caminhos a seguir.⁵⁹¹ O crescimento deve “dar-se em um ambiente livre de estímulos nocivos e capazes de ajudá-lo no processo educativo”, pois o menor encontra-se em processo de maturação.⁵⁹²

Mesmo entre os jovens, há diferenças entre os que estão abaixo dos 18 anos. A legislação brasileira considera criança o indivíduo até os 12 anos de idade e adolescente aquele que se encontra na faixa entre 12 e 18 anos.⁵⁹³ O tratamento é diferente para crianças e adolescentes, apesar de muitos pontos em comum entre as duas faixas etárias. A Organização Mundial da Saúde considera criança quem tem até 10 anos de idade, enquanto a adolescência vai dos 10 aos 19 anos.⁵⁹⁴ As faixas etárias são semelhantes, o que demonstra que há um consenso em afirmar que tais indivíduos encontram-se em situação precária de consentimento, necessitando de amparo do Estado. Assim, é possível afirmar que as crianças são mais vulneráveis que os adolescentes.

A proteção legal para crianças e adolescentes encontra-se em dois grupos de normas. O primeiro grupo é formado por leis que protegem o jovem enquanto vítima de comportamentos lesivos. Podemos citar como exemplos a parte penal do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 103 a 130 da Lei 8.069/1990), a agravante genérica quando a vítima do crime é criança (artigo 61, II, *h*, do Código Penal) e o estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal). Essas normas de proteção abrangem o

⁵⁹⁰ JACOBS, Francis G. *Criminal responsibility*. LSE Research Monographs, vol. 08. Londres (Inglaterra): Wiedenfeld and Nicolson. 1971. pp. 61-63.

⁵⁹¹ SIERRA, Vânia Morales, MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidade e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. *São Paulo em perspectiva*, São Paulo, vol. 20, n.º 01, jan./mar. 2006. p. 150.

⁵⁹² SARNI, Cinzia. Tutela e vulnerabilidade do menor no âmbito televisivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (orgs.) *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 315.

⁵⁹³ Artigo 2.º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990): “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

⁵⁹⁴ Conferir em:

<http://www.who.int/child_adolescent_health/topics/prevention_care/adolescent/en/index.html>. Acesso em: 20 jun. 2009.

comportamento lesivo contra o jovem mesmo quando há consentimento de sua parte, como é o estupro de vulnerável.

O segundo grupo de normas protetoras foca-se na criança e no adolescente como sujeitos ativos da conduta. O menor não pratica crimes, pois é inimputável. Se sua conduta for lesiva ao bem jurídico tutelado, responderá por ato infracional, cujas consequências são distintas da pena. A legislação entende ser mais eficaz a aplicação de medidas sócio-educativas, apenas aos adolescentes, previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como forma de educá-lo e prepará-lo para o convívio social. Deve-se sempre, ao escolher a medida sócio-educativa, atentar às necessidades pedagógicas, dando-se preferência às que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários.⁵⁹⁵

As medidas sócio-educativas têm fundamento amplamente aceito pela doutrina. O jovem adolescente é prejudicado pela falta de capacidade de compreender o potencial lesivo de seu comportamento. Dessa maneira, não pode ser punido porque não tinha plenas condições de entender o caráter criminoso de sua conduta, sendo, assim, considerado inimputável. Além disso, ele é incapaz de responder por seu comportamento através da punição.⁵⁹⁶ Se o infrator for criança, não se aplicam medidas sócio-educativas, mas apenas as medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA. A pena mostra-se ineficaz a quem não entende o caráter lesivo de um ato.

A pena não teria qualquer finalidade educativa sobre o jovem infrator. A prevenção geral ficaria prejudicada à medida que os destinatários da norma não seriam capazes de compreender a sua gravidade em caso de cometimento da infração. Em relação à prevenção especial, também restariam dúvidas quanto ao seu caráter ressocializador sobre alguém que não tem plenas condições de discernimento. Por fim, a retribuição não se mostraria eficaz porque o sujeito não entenderia que a punição seria uma forma do Estado devolver o mau provocado. Se não há capacidade de compreensão sobre o mal, também não haveria sobre a reação punitiva.

⁵⁹⁵ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 123.

⁵⁹⁶ MAHER, Gerry. Age and criminal responsibility. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Columbus (EUA), vol. 02, 2005. p. 502.

Os jovens são objetos de proteção não apenas do direito penal. Começemos com um exemplo de legislação protetiva estrangeira: o Código da Publicidade português, cujo teor do artigo 14 é o seguinte:

1 - A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se nomeadamente, de:

- a) Incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço;
- b) Incitar directamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão;
- c) Conter elementos susceptíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência;
- d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores.

No Brasil, vários são os exemplos nos quais o legislador concedeu proteção diferenciada aos jovens. As crianças e os adolescentes não possuem capacidade plena de discernimento sobre seus atos. A legislação pátria assim o determina. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) traz uma série de dispositivos que expõem a fragilidade destes jovens. O art. 4.º do Eca sintetiza a condição de inferioridade de crianças e adolescentes com a previsão da prioridade destes em relação aos demais:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Como outro exemplo, veja-se o artigo 76 do ECA: *As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.* Entende-se que há uma vulnerabilidade de crianças e adolescentes que autoriza uma intromissão maior do Estado não apenas em seus comportamentos mas também no direito de informação e de liberdade de transmissão de eventos. Ainda nessa esteira, citamos o artigo 79, também do ECA, cuja redação é a seguinte: *As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas*

alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. É latente o paternalismo indireto para proteger os jovens quando o Estado restringe atividades dos meios de comunicação quando dirigidas ao público de maior vulnerabilidade.

O Código Civil também enxerga as peculiaridades dos menores nos seus artigos 3.º e 4.º, que estabelecem as pessoas absolutamente e relativamente incapazes:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

Não só o Código Civil estabelece quem são os incapazes, como também impõe consequências aos atos destes. O art. 166 diz que “*É nulo o negócio jurídico quando: celebrado por pessoa absolutamente incapaz*”. Também afirma o art. 171 que “*é anulável o negócio jurídico: por incapacidade relativa do agente*”. Inegável o caráter protetivo dos institutos da nulidade e da anulabilidade em relação a quem não possui capacidade plena de discernimento ou se a possui apenas parcialmente.

Assim, parece não existir dúvida sobre a necessidade de proteção paternalista exercida sobre crianças e adolescentes. O sujeito com menos de 18 anos deve ter à sua disposição um conjunto de fatores que possam viabilizar seus direitos. “A relação entre vulnerabilidade e direitos para crianças e adolescentes expressa não a ideia de sujeitos incapazes, mas a intenção de bloquear ações que os impedem de experimentar o bem-estar na infância”⁵⁹⁷ e na adolescência. A incapacidade alegada não é plena, não incide em todos os atos da vida. O que se defende é a incapacidade de praticar atos com maior grau de complexidade, para os quais a criança e o adolescente ainda não desenvolveram a maturidade suficiente.

A legislação, em regra, dá tratamento diferenciado à criança e ao adolescente, por presunção de incapacidade, se comparados ao adulto. No direito norte-americano, por exemplo, houve profunda transformação no tratamento aos infratores juvenis, a partir do caso Gault, no qual a Suprema Corte entendeu ser viável dar o mesmo tratamento processual aos jovens, inclusive o direito de escolher o próprio advogado, direito até então

⁵⁹⁷ SIERRA, Vânia Morales, MESQUITA, Wania Amélia. op. cit. p. 152.

não reconhecido.⁵⁹⁸ Outro tema objeto de muita discussão é a Emenda 26 da Constituição dos Estados Unidos, que não dá plena cidadania aos jovens entre 18 e 21 anos, que estão impedidos de votar, porém, podem ser convocados para uma guerra.⁵⁹⁹

Nem sempre que o adolescente é reconhecido como menos favorecido. O direito admite situações em que o jovem, mesmo sem ter atingido a idade adulta, pode assumir algumas responsabilidades através da emancipação. São adolescentes que, por demonstrarem certo amadurecimento, podem ter sua capacidade antecipada por uma criação jurídica. Os adolescentes, algumas vezes, estão numa zona entre a criança dependente, tratada de acordo com as percepções do melhor interesse, e o adulto independente, tratados de acordo com seus desejos.⁶⁰⁰ O Código Civil prevê as hipóteses de emancipação: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A emancipação civil, como é sabido, não atinge a responsabilidade penal. Não é possível antecipar a plena responsabilidade pelas infrações penais quando o sujeito ainda não tenha atingido os 18 anos de idade. Não há qualquer previsão expressa em lei e, principalmente, há disposição constitucional no artigo 228: *São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial*. O Código Penal brasileiro, em seu artigo 27, estipula que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. No caso, a lei especial é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁵⁹⁸ Para mais detalhes do caso Gault, de 1966, conferir: <<http://supreme.justia.com/us/387/1/case.html>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

⁵⁹⁹ CUNNINGHAM, Larry. A question of capacity: towards a comprehensive and consistent vision of children and their status under law. *UC Davis Journal of Juvenile Law and Policy*, Davis (EUA), vol. 02, n.º 10, 2006. p. 279.

⁶⁰⁰ DICKENS, Bernard, COOK, Rebecca J. Adolescents and Consent to Treatment. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, vol. 89, 2005. p. 181.

6.2.2. Adultos com problemas mentais

Os adultos com problemas mentais também encontram tutela diferenciada na legislação. O Código Penal, em seu art. 26, estabelece que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

A lei penal dá tratamento diverso a quem não possui plena capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta definida como crime. Tratamento semelhante é dispensado no parágrafo único do mesmo artigo, quando afirma que

a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Mesmo quando o problema mental não comprometa inteiramente a capacidade do agente, a lei também o diferencia daqueles que são plenamente capazes.

Ao adulto com doença mental não se pode dispensar o mesmo tratamento jurídico oferecido àquele que é mentalmente saudável. Uma enfermidade mental pode retirar, total ou parcialmente, a capacidade de discernimento do indivíduo e o mesmo terá uma percepção diversa da realidade. Para evitar prejuízos não assimilados no plano da cognição, o direito considera os efeitos pormenorizados dos atos jurídicos proporcionalmente ao grau de incapacidade do sujeito.

6.2.3. Adultos temporariamente perturbados

Aproveitando o conceito apresentado por Bedau, o paternalismo é desejável quando atua sobre crianças, doentes mentais e outros situados em condições semelhantes.⁶⁰¹ Esta categoria de pessoas, passíveis de um legítimo comportamento paternalista, é bastante peculiar, pois sua incapacidade de discernimento é temporária. Geralmente algum problema grave provoca um conflito interno de grandes proporções e o sujeito pode não conseguir

⁶⁰¹ BEDAU, Hugo Adam. Paternalism. In: HONDERICH, Ted. (org.) *The Oxford Guide to Philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. 2005. p. 684.

refletir adequadamente sobre as consequências de sua conduta. É o caso do chefe de família, atingido por uma crise econômica, que se encontra sem quaisquer perspectivas de sustentar seus dependentes. Uma alteração brusca e repentina na condição financeira é capaz de levar alguém ao suicídio ou a dissipar o pouco que lhe resta com empréstimos a juros exorbitantes.

Neste grupo de pessoas que apresentam algum tipo de deficiência passageira, Hodson enumera algumas hipóteses em que o paternalismo pode ser justificado: (a) ignorância: além das crianças, o adulto também pode agir de forma inconsciente quando não tiver as informações necessárias sobre o fato; (b) estresse emocional: há quem decide infligir uma lesão em si mesmo quando está em fase de grande estresse emocional; (c) compulsão ou demasiada influência: a autolesão pode vir de alguma influência psicológica irresistível, que torne o sujeito incapaz de discernir sobre seus atos; (d) irracionalidade: algumas vezes, a pessoa em estado prejudicado de consciência justifica o paternalismo, como no caso de acidentes; (e) lesões graves: há situações em que o mero fato da pessoa estar disposta a provocar uma séria lesão a si própria já é motivo para agir paternalisticamente, mesmo que não incida em nenhuma das hipóteses anteriores.⁶⁰²

Dentre as circunstâncias acima, a última é a que mais chama a atenção, por desprezar a condição da pessoa e considerar apenas o grau da lesão causada. A princípio, entendendo ser a mera lesão fundamento suficiente para legitimar a proteção, restaria um caso de paternalismo rígido, pois pouco importaria a condição da pessoa protegida. Entra aqui a discussão sobre a existência ou não de bens absolutamente inalienáveis, tema que será abordado adiante.⁶⁰³

Como fundamentar a legitimidade de pessoas mentalmente saudáveis que se encontram em situação de grave conflito interno? Primeiramente, devem ser analisadas as situações em que o paternalismo é justificável. Duas condições para um comportamento paternalista justificável são (a) a ausência de informações sobre um ato e suas consequências e (b) a incapacidade para utilizar essas informações. Quando houver envolvimento de crianças e deficientes mentais, fica claro que estas condições estão ausentes, pois ou são imaturos, ou são inconscientes.

⁶⁰² HODSON, John D. The principle of paternalism. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol 14, n.º 01, jan. 1977. pp. 62-63.

⁶⁰³ Capítulo 8, item 8.4, deste trabalho.

O que justifica uma atitude paternalista sobre adultos mentalmente saudáveis é a falta temporária de consciência sobre seus atos. A análise da legitimidade do paternalismo deve ser feita no momento em que a conduta é praticada. O conflito interno temporário, se chegar a um ponto de transtornar o sujeito, justifica uma intervenção paternalista de qualquer espécie. A hipótese mais comum de perturbação temporária é o desespero que pode tomar conta de alguém que se encontra em situação delicada. Pode-se citar como exemplo a pessoa completamente endividada ou alguém em situação de extrema pobreza.

Quando a situação de precariedade é extrema, a vontade de sobreviver é maior que a de assumir determinados compromissos. Há uma certa espécie de instinto de sobrevivência que elimina outras opções da pessoa, reduzindo-as a apenas duas: a subsistência ou nada. Nesse diapasão, há exemplos bastante ilustrativos: mulheres que se submetem a certos tipos de prostituição, pessoas defeituosas que aceitam participar de programas televisivos para serem ridicularizadas, anões que consentem em serem arremessados em competições na França e nos EUA,⁶⁰⁴ indivíduos que se submetem a experiências científicas em troca de dinheiro etc. Nestes exemplos resta verificar se as pessoas, ao submeterem-se a tais condutas, o fazem por falta de outras opções ou se as encaram como atividades quaisquer que não ferem sua dignidade.

Fazer uso da vulnerabilidade pode trazer consequências criminais quando houver lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Isso porque o consentimento do vulnerável não pode ser considerado para fins de isenção de responsabilidade. A autonomia fica comprometida temporariamente pela vulnerabilidade do ofendido e, por isso, o direito penal pode interferir nas relações quando houver dolo do agente em explorar sua precariedade. Vejamos o Decreto 22.626/1933, ainda em vigência, que dispõe sobre os juros nos contratos:

Art. 13. É considerado delito de usura, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos desta lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento.

Interessante o artigo 15 do mesmo Decreto, que reforça a proteção aos vulneráveis, inclusive os temporários:

⁶⁰⁴ Sobre o arremesso de anões como esporte: <<http://www.minbu.connectfree.co.uk/dwarf.htm>> e <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/2285348.stm>>. Acesso em: 20/04/2010.

São consideradas circunstâncias agravantes o fato de, para conseguir aceitação de exigências contrárias a esta lei, valer-se o credor da inexperiência ou das paixões do menor, ou da deficiência ou doença mental de alguém, ainda que não esteja interdito, ou de circunstâncias aflitivas em que se encontre o devedor (grifo nosso).

Outro diploma legal pertinente é a Lei 1.521/1951, a Lei dos Crimes contra a Economia Popular. Em seu artigo 4.º, encontra-se o seguinte tipo penal:

Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

- a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;
- b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Um dos temas mais polêmicos a respeito dos temporariamente vulneráveis é a prostituição. Com a alteração da denominação do Título VI, de “Dos Crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, mudou-se o foco da análise do bem jurídico. Se antes eram os bons costumes atingidos pelos crimes previstos, agora entende-se ser a dignidade sexual da vítima. Aplica-se essa valoração aos crimes relacionados à prostituição. Nos casos em que houver qualquer tipo de favorecimento à prostituição consentida, a única justificativa para a persecução criminal seria a exploração da vulnerabilidade de quem vende o próprio corpo.

O Capítulo V do Título VI denomina-se “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual”. Interpretando-se a denominação, a prostituição é encarada pelo legislador como forma de exploração sexual, subtendendo-se que há vulnerabilidade em qualquer situação. Os tipos penais preveem ações do agente por meio de fraude, coerção ou sem estes dois artifícios. Quer dizer, mesmo nos casos em que há consentimento do ofendido, persiste o crime sexual. O consentimento não seria válido para legitimar as atividades de quem facilita ou negocia a prostituição alheia.

A prostituição é compreendida por alguns como uma atividade que não pode ser legalizada por respeito à dignidade das mulheres que vendem o próprio corpo. Apesar da escolha livre de coerção, não haveria liberdade plena para escolher outro trabalho. A maioria das pessoas com segurança e estabilidade não escolheria a prostituição como meio

de vida, por isso não se poderia afirmar que as prostitutas, supostamente necessitadas e em busca da sobrevivência, realmente desejam seguir na profissão. Além disso, a legalização poderia rotular as profissionais do sexo e aumentar a disparidade social. A sociedade estigmatizaria quem for legalmente reconhecida como prostituta e criaria uma forma de violência simbólica contra essas pessoas que já se encontram em estado de vulnerabilidade (que poderia tornar-se ainda mais grave).⁶⁰⁵

6.3. Grupos especiais de vulneráveis

Além dos três grupos citados, inclui-se um quarto, formado por pessoas que não apresentam idade inferior a 18 anos, nem problemas mentais ou perturbações temporárias. São os indivíduos que se destacam por outras formas de vulnerabilidade e, por isso, recebem tratamento diferenciado da legislação dentro de certos limites. Vale destacar que o reconhecimento da vulnerabilidade não significa necessariamente a adoção de medidas paternalistas. Pode o Estado exercer seu papel protetor por instrumentos de outra natureza, como, por exemplo, as chamadas ações afirmativas. Apresentam-se como grupos vulneráveis especiais, entre outros, os idosos, as mulheres, os indígenas e os consumidores.

As mulheres, em determinadas situações, estão em condições mais frágeis que o homem e, para contornar as dificuldades, o legislador editou a Lei Maria da Penha (Lei 10.340/2006). Sua finalidade, conforme o artigo 1.º, é criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e, mais adiante, no artigo 4.º, está expresso que “serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”. Nota-se que as condições peculiares são as fragilidades da mulher em relação ao homem com quem há convivência.

Dispõe o artigo 7.º as formas de violência contra mulher, dentre as quais se destacam no inciso II:

a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação,

⁶⁰⁵ ANDERSON, Scott A. Prostitution and Sexual Autonomy: Making Sense of the Prohibition of Prostitution. *Ethics*, Chicago (EUA), n.º 112, jul. 2002. pp. 748-780.

isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Além da violência física, que sabidamente demonstra certa desproporção entre homens e mulheres, a lei reconheceu a violência moral como forma de exploração da vulnerabilidade feminina, especialmente quando alega o provável prejuízo à autodeterminação.

Interessante o artigo 16, cujo teor é o seguinte:

Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Verifica-se a participação paternalista do Estado nas ações penais públicas condicionadas envolvendo violência doméstica. Mesmo que a vítima mulher queira renunciar à representação, sua vontade não será considerada enquanto não for declarada em juízo e não tiver o aval do Ministério Público. Se o caso de violência envolvesse vítima homem, tal procedimento não seria exigido.

Nem todas as medidas asseguradas na Lei Maria da Penha são paternalistas. Se o paternalismo exige a interferência no comportamento contra a vontade da pessoa beneficiada, várias medidas previstas são aplicadas conforme o desejo da vítima. Assim, não são providências paternalistas, são formas de compensar uma vulnerabilidade reconhecida legalmente.

O outro grupo especial é formado pelos idosos. Dispõe o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) que o diploma legal é “destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. A lei impõe várias medidas que assegurem a preferência ao idoso nas políticas públicas, conforme expõe resumidamente o artigo 3.º:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (grifo nosso).

Além disso, a Lei determina que o Ministério Público atue sempre na defesa dos direitos assegurados, como garantia de acesso à justiça (artigo 76).

O Código Civil reconhece a vulnerabilidade do idoso ao instituir a obrigação dos alimentos (artigo 1.696), uma vez que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos” e depende sempre da situação de precariedade de quem os requer. Outro dispositivo interessante é o artigo 1.641, II, segundo o qual “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento (...) da pessoa maior de sessenta anos”. O regime obrigatório de separação aparece como forma de precaução⁶⁰⁶ aos idosos, para proteger seu patrimônio, considerando sua maior vulnerabilidade. Há quem entenda ser inconstitucional este dispositivo, como Oliveira, segundo o qual tal restrição impede a escolha do regime de bens por pessoas que são capazes para o exercício de todos os atos da vida civil.⁶⁰⁷

Para efeitos penais, o idoso encontra amparo em diversos dispositivos por causa de sua vulnerabilidade. O Código Penal prevê a agravante genérica no artigo 61, II, *h*, quando a vítima for maior de sessenta anos e também causas de aumento específicas, entre outros, nos crimes de homicídio e lesão corporal. Outra incidência da vulnerabilidade é o prazo prescricional contado pela metade quando o condenado for maior de setenta anos na data da sentença (artigo 115). Por fim, e sem esgotar, pode-se citar o artigo 183, que impede a isenção de pena nos crimes patrimoniais quando a vítima for maior de sessenta anos, assim como modifica a natureza da ação penal para pública incondicionada.

Mais um grupo especial de vulneráveis está representado pelos indígenas. Os vulneráveis, segundo o artigo 7.º da Lei 6.001/173, são “os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional” e que, por isso, merecem tutela especial prevista no ordenamento jurídico. Quer dizer, são os indígenas não adaptados a viverem em uma sociedade urbanizada, fora dos padrões culturais silvícolas. Por essa razão, a maneira como interpretam os fatos fora de seu ambiente natural pode levá-los a situações prejudiciais.

A lei prevê, ainda, no artigo 8.º, *caput*, que “são nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente”. Em complemento, seu parágrafo único determina que “não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus

⁶⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 1169.

⁶⁰⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de família no novo Código Civil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 05, n.º 10, jul./dez. 2002. p. 248.

efeitos”. Está claro que o indígena integrado ao ambiente fora de sua comunidade, consciente da realidade urbana, não é vulnerável o suficiente para receber tutela diferenciada e, portanto, terá o mesmo tratamento das demais pessoas.

Por fim, e sem esgotar, a lei trata os consumidores como participantes vulneráveis nas relações de consumo. O artigo 4.º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) estipula como um de seus princípios o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Em decorrência dessa fragilidade, o artigo 6.º, VIII, prevê a facilitação da defesa em juízo, “inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Na doutrina do direito do consumidor há quem enxergue três espécies de vulnerabilidade: técnica, fática e jurídica. Na vulnerabilidade técnica o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e sobre o serviço que contratou e, portanto, é mais facilmente enganado; vulnerabilidade fática é a desproporção de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo; vulnerabilidade jurídica é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, de contabilidade ou de economia. Para o CDC, a vulnerabilidade é presumida para a pessoa física e para o consumidor não-profissional.⁶⁰⁸

6.3.1. Ações afirmativas

Diante dos grupos especiais de vulneráveis, não se deve fazer confusão quanto às formas de proteção do Estado. Um instituto que não se confunde com o paternalismo são as ações afirmativas. Existem alguns pontos comuns entre normas paternalistas e normas de concretização das ações afirmativas, porém, não são a mesma coisa. Conforme definição de Gomes,

as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e

⁶⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. pp. 144-145.

até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade”.⁶⁰⁹

Percebe-se que a principal função das ações afirmativas é buscar o equilíbrio nas relações sociais. Grupos menos favorecidos precisam de algum tipo de recurso para restabelecer condições de igualdade com aqueles mais favorecidos. Assim entende Lima, para quem “as políticas de ações afirmativas têm sido entendidas como meio de beneficiar grupos socialmente desfavorecidos na consecução de recursos escassos em distintos âmbitos dos arranjos sociais”.⁶¹⁰ A finalidade das ações afirmativas é atingir a igualdade material para consolidar a igualdade formal prevista na Constituição Federal. A previsão normativa de igualdade entre as pessoas não significa a existência de uma igualdade de fato. Para a obtenção da igualdade material, em muitas situações faz-se necessário discriminar as pessoas de acordo com as desigualdades, dentro dos limites toleráveis para se chegar ao equilíbrio.⁶¹¹

As ações afirmativas, assim como as medidas paternalistas, buscam sempre a promoção de algum benefício ou a evitação de um prejuízo a alguém ou a algum grupo de pessoas. Alguns casos concretos ilustram a finalidade das ações afirmativas. A cota mínima para candidatos negros nos processos vestibulares visa a aumentar as chances de ingresso dessas pessoas consideradas fragilizadas em relação aos brancos. O mesmo vale para os candidatos com deficiência física, que, por causa de sua vulnerabilidade, encontram o benefício da cota mínima entre as vagas disponíveis em concursos públicos. Ainda, os programas governamentais de renda mínima, por meio dos quais todas as pessoas têm direito a receber determinado valor do Estado para sua sobrevivência.

As medidas paternalistas são diferentes das ações afirmativas porque nestas existe a concordância da pessoa beneficiada. Quem presta um concurso público e apresenta algum tipo de deficiência requer sua inscrição dentro da cota por causa das maiores chances de

⁶⁰⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 6-7. *apud* SANTOS, Sales Augusto dos et. al. Ações afirmativas: polêmicas e possibilidades sobre igualdade racial e o papel do Estado. *Estudos Feministas*, Florianópolis, vol. 16(3), n.º 424, pp. 913-929, set./dez. 2008.

⁶¹⁰ LIMA, Paulo Gomes. *Ações afirmativas como eixo de inclusão de classes sociais menos favorecidas à universidade brasileira: um terceiro olhar entre pontos e contrapontos*. Campinas. In: Anais do 17.º Congresso de Leitura do Brasil. 2009. Disponível em: <http://www.alb.com.br/anais17/txtcompletos/sem10/COLE_35.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2010.

⁶¹¹ BARROSO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.º 63, 2004. pp. 117 e ss.

aprovação. Ao contrário, uma medida paternalista obrigaria o candidato a se inscrever dentro de certa categoria mesmo contra sua vontade. A diferença primordial está na contrariedade à vontade da pessoa beneficiada. Nas ações afirmativas, o alegado beneficiado pode optar por ter ou não o benefício. Nas medidas paternalistas, não existe a escolha, pois quem impõe a norma quer aquilo que entende ser o melhor ao beneficiado. Mesmo com tais diferenças, o fundamento principal das ações afirmativas e do paternalismo é a vulnerabilidade.

6.4. Consentimento presumido

Um dos requisitos da justificação da intervenção paternalista é o consentimento presumido. Este torna-se essencial quando não houver capacidade de discernimento ou, quando houver, o mesmo não puder ser manifestado. É condição para o Estado suprir a vulnerabilidade de quem encontra-se em situação fragilizada, inclusive de quem não tenha consciência de que é vulnerável (a criança e ou louco, por exemplo).

Por consentimento presumido entendemos o consentimento que a pessoa, quando sofre uma restrição em sua liberdade, daria para seu próprio benefício, caso estivesse no melhor estado racional. Nas situações em que o sujeito beneficiado encontra-se fora das condições plenas de consciência, um comportamento paternalista justifica-se porque aquele que age está acobertado pela concordância do beneficiado, caso este tivesse plena capacidade de discernimento. O consentimento não existiu unicamente pela falta de condições no momento, seja porque não há desenvolvimento mental suficiente, seja porque havia um conflito interno.

O consentimento presumido refere-se apenas à intervenção paternalista. Não confundi-lo com o outro consentimento que é dado antes, no momento em que se aceita uma ação lesiva. O seguinte exemplo ajuda a esclarecer. O sujeito A, tomado por profunda depressão, deseja morrer, porém, não tem coragem de cometer o suicídio. Por isso, pediu a seu amigo B que atirasse contra seu peito, de forma letal. B atira e A realmente falece por causa do disparo. Quando A solicitou a lesão ao seu bem jurídico vida, houve consentimento na conduta, além de um comportamento ativo, que foi a solicitação. Não obstante o consentimento, B deverá responder pelo crime de homicídio, pois a lei penal

proíbe a eliminação da vida alheia, mesmo que com a concordância ou a pedido do ofendido. O direito penal interfere, por meio do artigo 121 do Código Penal, na escolha das pessoas que desejam a própria morte.

Conforme o exemplo acima, existem dois momentos numa conduta em que se pode analisar o consentimento do titular do bem lesado. Quando houver concordância na lesão de um bem jurídico, denominar-se-á tal consentimento como *de primeiro momento*, que também pode ser nominado *consentimento factual*. Se houver uma norma que interfira na escolha da pessoa, com o fim de preservá-la de eventual dano, seu fundamento poderá ser encontrado no consentimento presumido, que chamaremos de consentimento de *segundo momento*. Retomando à hipótese do parágrafo anterior, o consentimento de primeiro momento ocorreu quando A aceitou que B disparasse contra si; considerando sua situação psicológica depressiva, o Estado, ao proibir a conduta de B, usou o consentimento presumido, pois A, se estivesse em situação de racionalidade normal, jamais teria consentido.

A distinção aqui proposta pode ser melhor percebida questionando-se a posição do ofendido. Para o consentimento de primeiro momento, devemos perguntar: o ofendido consentiu na lesão ao bem jurídico do qual é titular? Fundamentado no conceito de autonomia, que envolve consciência e discernimento, o consentimento de primeiro momento não é válido, portanto, é como se não existisse. Se o agressor sabia ou não da vulnerabilidade é outro problema. O que interessa, preferencialmente, é impedir a lesão ou perigo de lesão provenientes do consentimento inexistente.

Devemos considerar que o fundamento do consentimento presumido é a preservação da liberdade de escolha de alguém que, em determinado momento, não a possui realmente. Quem não se encontra no pleno exercício de sua autonomia, ou não a possui, não é livre para decidir sobre lesões a si mesmo. Assim, o consentimento presumido preserva a pessoa para que, no futuro, dentro da racionalidade, possa fazer opções. Aquele que intervém paternalisticamente busca o bem estar do indivíduo, uma vez que este está fora da racionalidade adequada para saber o que é bom para si própria.

No entanto, o consentimento presumido não é sempre requisito para a intervenção paternalista. Em determinados casos, basta a qualidade do bem jurídico tutelado pela norma penal, independentemente da pessoa. Se o bem é indisponível, nenhum tipo de

consentimento é necessário, nem real, nem presumido. Há legitimidade de intervenção do Estado qualquer que seja a capacidade de discernimento do titular deste bem. Apenas para bens disponíveis o consentimento é importante, pois é permitido abrir mão destes. Entretanto, o consentimento presumido pode também ser fundamento da intervenção paternalista, considerando que o titular do bem consentiria na proteção forçada do Estado ao bem jurídico indisponível, caso estivesse em situação normal de consciência.

Se o consentimento presumido é requisito para interferir na escolha de alguém, como afirmar que seu fundamento é assegurar a liberdade do sujeito que sofreu a interferência? Pode parecer um paradoxo interferir para garantir a liberdade, entretanto, o contexto de liberdade que o direito penal deve preservar é o exercício pleno da autonomia. O Estado deve maximizar este exercício e, em algumas situações, isso se dá impedindo que a pessoa aja com a vontade influenciada por uma situação de conflito ou pela falta de desenvolvimento mental suficiente.

O consentimento presumido é muito utilizado pela medicina. Alguns autores o denominam *juízo substituto padrão*, aplicado quando uma resolução é altamente constrangedora e requer a aceitação, ou não, de um tratamento proposto, e o paciente é incompetente para tomar uma decisão.⁶¹² O médico coloca-se no lugar do paciente para iniciar tratamento, mesmo quando há recusa, pois considera-se que a mesma se deu irracionalmente. O paciente, incompetente para discernir sobre o que é melhor a si mesmo, provavelmente consentiria sobre o tratamento, se estivesse racionalmente em condições de decisão. O assunto é tratado com muita ênfase pela ética na medicina pelos diversos problemas que podem surgir em decorrência de doentes em estado anormal de consciência.⁶¹³

O consentimento presumido encontra diversos fundamentos na doutrina. O mais usual é a vontade padrão, segundo a qual a vontade de uma pessoa normal, em plenas condições de discernimento, seria a mesma que se poderia presumir de quem não pode consentir. Outros fundamentos: (a) o melhor interesse padrão apropriadamente individualizado (deve-se usar como padrão a vontade das pessoas com características

⁶¹² BROSTRÖM, Linus, JOHANSSON, Mats. *Is hypothetical consent a substitute for actual consent?* Philosophical Papers Dedicated to Wlodek Rabinowicz, 2007. Disponível em <www.fil.lu.se/hommageawlodek>. Acesso em: 20 abr. 2009.

⁶¹³ Conferir, por exemplo, CULBERT, A; DAVIS, D J. Parental preferences for neonatal resuscitation research consent: a pilot study. *Journal Of Medical Ethics*, EUA, vol. 31, n.º 12, pp 721-726, 2005.

semelhantes, não pessoas indeterminadas); (b) honra da pessoa (para preservar a honra de quem não pode consentir, procura-se no caso concreto a melhor forma de demonstrar reconhecimento à pessoa); (c) natureza humana e duração das relações pessoais (aquele que não pode mais manter relações pessoais não desempenha mais seu papel na comunidade e é possível presumir que não exista mais vontade de viver).⁶¹⁴

No direito penal, o consentimento presumido também sempre foi tema de discussões. O foco, em geral, é o consentimento em relação à lesão ao bem jurídico. Poucas vezes se discute o consentimento do sujeito em relação a uma intervenção estatal para poupar-lhe de uma autolesão ou de uma lesão de terceiro. O mais usual é discutir o que denominamos consentimento de primeiro momento, relacionado ao comportamento de quem lesa o bem jurídico.

6.5. Exploração de vulneráveis

É obrigação do Estado impedir que as pessoas em estado de vulnerabilidade sejam exploradas por aqueles que se encontram em posição de superioridade. Exploração é um termo que sempre carrega uma valoração negativa. Trata-se de uma relação bilateral em que uma das partes obtém uma vantagem injusta e a outra experimenta um prejuízo (a perda de alguma coisa ou um ganho inferior àquilo que seria o correto).

Um dos possíveis embaraços ao exercício da autonomia é a possibilidade de alguém optar por ser explorado. A exploração somente é consentida quando a pessoa explorada tem a consciência da situação. Alguns teóricos entendem que no sistema capitalista não há exploração consentida, uma vez que não restam opções à grande maioria da população que não seja a submissão aos detentores do capital.⁶¹⁵ Com todo respeito a estas opiniões, uma concepção extremada de exploração não pode ser aplicada ao direito penal, sob pena de dar permissão ao Estado para criminalizar qualquer tipo de relação bilateral sob o pretexto de que há uma forma de exploração em exercício. Deve o direito penal preocupar-se com as manifestações de exploração que não podem ser resolvidas por outros meios.

⁶¹⁴ BROSTRÖM, Linus, JOHANSSON, Mats. op. cit. [s.p.]

⁶¹⁵ CUMMINGS, Scott. Vulnerability to the Effects of Recession: Minority and Female Workers. *Social Forces*, Chapel Hill (EUA), vol. 65, n.º 03, mar. 1987. p. 837.

A exploração que interessa ao direito penal, portanto, não foge aos seus princípios gerais. Deve-se verificar uma lesão ou ofensa a interesse do vulnerável, assim como não pode haver outro meio de compensar a vulnerabilidade. Pode-se afirmar, por conseguinte, que a vulnerabilidade é condição necessária, porém, não suficiente, que permite a interferência do Estado pelo direito penal.

6.5.1. Conceito de exploração

Uma das definições mais importantes de exploração vem de Marx, com fundamento na teoria do valor excedente do trabalho (mais-valia), para quem o valor de qualquer mercadoria é proporcional ao total do trabalho socialmente necessário para sua elaboração. O que exceder o valor social configura o lucro do detentor do capital. O lucro, em comparação ao gasto com o empregado, é uma forma de exploração, pois o capital fica concentrado nas mãos de poucos em detrimento do trabalho de muitos.⁶¹⁶ A concepção de Marx leva em consideração a vulnerabilidade de uma classe explorada que, por não ter alternativas, deve se submeter à exploração do dono do capital.

Como desdobramento da concepção marxista, surgem outras definições de exploração, como “o pagamento pelo trabalho com uma remuneração menor que o lucro proporcionado pela produto”.⁶¹⁷ A ideia de exploração está ligada diretamente aos ganhos com o trabalho alheio e a sua manifestação se dá com o menor gasto possível com a mão-de-obra e o maior preço aplicável ao produto no mercado. Exploram-se tanto o trabalhador mal remunerado quanto o consumidor que precisa do produto e paga aquilo que for pedido de acordo com suas necessidades.

A exploração aparece como um duelo desigual de forças, no qual o mais fraco dificilmente ousa enfrentar o mais forte em busca de novas possibilidades. Há uma espécie de aceitação da exploração porque não há alternativas próximas diferentes daquelas às quais os menos favorecidos estão submetidos.⁶¹⁸ Por causa de tal situação, uma pessoa

⁶¹⁶ WOLFF, Jonathan. Marx and exploitation. *The Journal of Ethics*, Holanda, vol. 3, n.º 2, Suplemento: Marx and Marxism, 1999. pp. 105-120.

⁶¹⁷ BLOOM, Gordon F. A Reconsideration of the Theory of Exploitation. *The Quarterly Journal of Economics*, Boston (EUA), vol. 55, n.º 3, mai. 1941. p. 415.

⁶¹⁸ ROEMER, John E. Exploitation, alternatives and socialism. *The Economic Journal*, Hoboken (EUA), vol. 92, n.º 365, mar. 1992. p. 89.

explora injustamente outra quando obtém sobre esta uma vantagem indevida, aproveitando-se de sua fragilidade.

A relação de exploração entre duas pessoas (X explora Y) é formada por dois elementos essenciais: o benefício conseguido por X e o efeito sobre Y. O benefício obtido por X é injusto porque é errado este beneficiar-se por completo da situação ou porque o benefício de X é excessivo em relação ao benefício de Y. Além disso, a vantagem injusta envolve algum tipo de defeito no processo pelo qual o resultado indevido foi atingido.⁶¹⁹

Quando se diz que há uma vantagem injusta, esta não se resume apenas em um prejuízo à outra parte. Quem explora obtém um ganho substancial com sua conduta. Se, por exemplo, X não contrata Y por causa de sua etnia, não há uma relação de exploração, apesar do prejuízo sofrido por Y e da superioridade econômica de X. Por outro lado, há exploração quando X oferece emprego a Y por salário abaixo do mínimo exigido sabendo da condição deplorável em que se encontra sua família. O resultado prejudicial à parte explorada pode ter duas formas. A primeira são as perdas experimentadas em detrimento dos ganhos de outrem. Pode ser uma transferência da vantagem de Y para X ou a falta de repasse daquilo que Y teria direito a receber. Por exemplo, X aproveita da ignorância de Y para cobrar caro por um produto barato ou diz que seu serviço vale bem menos que o preço médio do mercado. A segunda forma é a diferença entre as vantagens de X e Y, numa relação em que ambos ganham, mas uma parte adquire vantagem injustamente maior que a outra.⁶²⁰

Em ambos os extremos ideológicos, tanto marxistas – que defendem o controle das propriedades nas mãos do Estado - quanto libertários – que sugerem a mínima interferência do Estado nas relações sociais⁶²¹ - aceitam a ideia de que as transações voluntárias não podem ser exploradoras. Os marxistas afirmam que os capitalistas exploram os trabalhadores porque estes não aceitam voluntariamente sua condição. A aceitação voluntária não seria exploração se realmente existisse de fato. No sistema capitalista, não há escravidão porque o trabalhador não está preso a um empregador, mas existe uma transferência do seu trabalho para o capitalista mediante a “compulsão bruta das relações

⁶¹⁹ WERTHEIMER, Alan. *Exploitation*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/exploitation/>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

⁶²⁰ *Ibidem*. [s.p.]

⁶²¹ SIMMONS, A. John. Consent theory for libertarians. *Social Philosophy and Policy*, Cambridge (Inglaterra), vol. 22, pp. 330-356, 2005. p. 331.

econômicas”. Os libertários aceitam uma definição de exploração que envolve a força, porém, com uma conclusão oposta. Desde que as transações de mercado não são coercitivas, os trabalhadores não são explorados. Havendo coerção ou fraude nas transações, mesmo que o trabalhador não tenha prejuízo, haverá exploração porque não houve a manifestação de sua vontade.⁶²²

Exploração de vulneráveis é a relação entre duas partes, uma mais forte que a outra, em que esta sofre um prejuízo para que aquela tenha uma vantagem injusta. O prejuízo pode ser uma perda efetiva ou um ganho abaixo do merecido. Exige-se o conhecimento da vulnerabilidade, peça fundamental no processo de obtenção da vantagem. Não é requisito que o vulnerável tenha conhecimento de que está sendo explorado.

6.5.2. Exploração e tutela de bens jurídicos

Ao direito penal cabe a tutela dos vulneráveis porque os mesmos não possuem capacidade de consentir para autolesões ou heterolesões. A exploração da vulnerabilidade representa lesão ou ofensa ao bem jurídico atingido com o consentimento. Pode o direito penal legitimamente punir os casos mais graves de exploração, através dos tipos penais, desde que presentes os requisitos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.

A função primordial do direito penal é a proteção de bens jurídicos penalmente relevantes. Estes bens são os interesses objeto da relação de exploração. Assim, pode-se exemplificar a dignidade sexual como bem tutelado no artigo 217-A (estupro de vulnerável) e o patrimônio do artigo 173 (abuso de incapazes). Estas são situações expressas em lei, por isso, não se pode esquecer das hipóteses em que a vulnerabilidade é tácita.

A exploração de vulneráveis é tema bastante recorrente na bioética. Nos experimentos com seres humanos, o consentimento é requisito fundamental para expor uma pessoa ao risco para sua integridade. Deve-se atentar para um eventual consentimento condicionado e, por isso, inválido. Um sujeito economicamente necessitado pode encontrar

⁶²² *Exploitation*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/exploitation/>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

nos experimentos uma fonte de recursos e sentir-se compelido a dar seu aval para o risco ou eventual lesão à sua integridade física ou moral.⁶²³

Também nos crimes sexuais pode ser alegada a exploração de pessoas vulneráveis como argumento para legitimar sua criminalização. O artigo 217-A legitima a tutela da dignidade sexual de quem ainda não pode consentir validamente, mesmo que o ato sexual tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça. O mesmo aplica-se aos artigos 228 (“Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual”) e 230 (“Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”). Se o tipo penal não exige violência ou grave ameaça contra a vítima, sua vulnerabilidade é a única explicação para a tutela de sua dignidade sexual. A norma penal quer impedir a exploração da vulnerabilidade mesmo que haja consentimento no exercício da prostituição.

O direito penal encontra legitimidade para suprir a falta de consentimento válido do ofendido por meio de normas paternalistas. Deve-se recorrer ao consentimento presumido da pessoa se esta não estivesse em situação fragilizada. Na verdade, a norma paternalista vai de encontro à vontade em estado de vulnerabilidade para impor a vontade real do ofendido caso estivesse em situação de normalidade. Por exemplo, se uma prostituta tivesse boas condições econômicas, provavelmente não estaria vendendo o próprio corpo e isso justificaria a punição de quem a explorasse.

O grande cerne na relação de exploração é o limite entre vontade consciente e vontade induzida pela vulnerabilidade. É muito arriscado compreender, no Estado liberal, que a pessoa supostamente vulnerável age sempre contra sua vontade real. Não há garantias de que sua vontade real seja diferente daquilo que está praticando. Maior ainda o risco de utilizar o direito penal para suprir a suposta falta de consentimento sempre que alguém apresentar-se como vulnerável. A questão tem dois problemas que devem ser superados: (1) evitar a presunção absoluta de que sempre haverá contrariedade entre consentimento real e consentimento presumido; (2) determinar se a lesão ou o risco de lesão que se quer evitar são graves o suficiente para merecerem a reprimenda penal.

⁶²³ GONZÁLEZ-TORRE, Ángel Pelayo. *Bioética y experimentación com seres humanos*. Granada (Espanha): Comares. 2002. p. 92.

Quando um adulto é capaz, não se pode presumir de maneira absoluta que está agindo contra sua vontade real. Por isso não pode o direito penal utilizar critérios meramente subjetivos para apontar a vulnerabilidade do ofendido. É preciso que se estipulem exigências de ordem objetiva ou, se forem apenas subjetivas, que estejam evidentes e longe de qualquer dúvida. Quer dizer, somente é viável presumir a vulnerabilidade de uma pessoa quando existir certeza verificável sobre a precariedade e a contrariedade à vontade real. Daí dizer que o Estado não pode se servir do direito penal em primeiro plano para suprir a vulnerabilidade não verificável objetivamente.

Os critérios objetivos mais usuais são a idade (menores de 14 anos, por exemplo), o gênero ou alguma deficiência que dificulte atividades para as quais se consente. O leque de critérios subjetivos é vasto e pode incluir dificuldades financeiras, desestrutura emocional, falta de preparo intelectual para enfrentar determinadas situações. Justamente aqui encontra-se o maior risco de aplicar o direito penal sem maiores possibilidades de verificar o caso concreto.

Propõe-se, portanto, a adoção da presunção relativa de vulnerabilidade quando não houver critérios objetivos suficientes para comprová-la. Caberá acusação por exploração da vulnerabilidade e consequente desconsideração do consentimento desde que fique comprovada a real situação de precariedade do ofendido. Se assim não for, a presunção absoluta permitiria a intromissão excessiva do Estado na vida privada de alguém. Como o pretenso bem jurídico tutelado, no exemplo da prostituição, segundo o Código Penal, é a dignidade sexual, ninguém melhor que o próprio ofendido para afirmar se há ou não exploração. Não se pode permitir a total permissão ao Estado de decidir pelas pessoas o que seja melhor para suas vidas. Pode-se abrir as portas para uma verdadeira imposição de critérios meramente morais.

6.6. Conclusões preliminares

Há situações em que o sujeito não possui condições suficientes para agir por si mesmo, necessitando de amparo do Estado para fazer escolhas melhores – que não tragam prejuízo ou que possam proporcionar benefícios. O núcleo de uma escolha livre é a

autonomia, que inexistem nas situações em que o indivíduo está sob coação ou engano, apresenta problemas ligados ao desenvolvimento intelectual ou se encontra vulnerável.

A vulnerabilidade pode manifestar-se de diversas formas. A lei prevê medidas que buscam o equilíbrio nas relações que envolvam vulneráveis. As medidas podem ser paternalistas ou por meio de ações afirmativas. Os dois grupos de normas não se confundem, pois o paternalismo sobrepõe-se à vontade do beneficiado e as ações afirmativas vão de encontro aos anseios.

As possíveis formas de vulnerabilidade podem ser de natureza objetiva ou subjetiva. Para suprir a vulnerabilidade de natureza subjetiva, o Estado precisa ser muito cauteloso para não usar exageradamente o direito penal. Assim, a presunção de vulnerabilidade deve ser relativa, impondo o ônus de comprová-la a fim de legitimar qualquer medida restritiva de ordem penal.

7. ESBOÇO DE UMA TEORIA PATERNALISTA LEGITIMADORA DA INTERVENÇÃO PENAL

7.1. Considerações iniciais

A relação paternalista que interessa a este trabalho tem natureza jurídica e na qual uma das partes será o Estado. Somente o Estado pode impor o cumprimento das normas penais e sancionar aqueles que optarem por desobedecê-las. Como se sabe, a competência para legislar a respeito de assuntos penais é do Poder Legislativo federal e, portanto, o Estado sempre será uma das partes da relação paternalista penal, seja esta triangular, seja bilateral.

A ação paternalista pressupõe o exercício de um poder,⁶²⁴ que aqui emana do Estado por meio das leis penais. É uma das formas de controle social formal, com a imposição de regras de conduta que visam ao bem da pessoa que sofreu a restrição da liberdade, direta ou indiretamente. Concede-se, assim, o paternalismo, puro ou impuro, como meio de restrição da liberdade, o que permite afirmar que uma relação paternalista pode ser bilateral, onde existem duas partes (Estado e sujeito beneficiado, no paternalismo puro) ou uma triangular, com o envolvimento de um terceiro (Estado, sujeito que sofre a restrição e sujeito beneficiado pela restrição da liberdade de outrem, no paternalismo impuro).

Um comportamento paternalista é a intervenção na liberdade de uma pessoa com o fim de protegê-la de seu próprio ato lesivo ou proteger terceiro que consinta na lesão, contrariamente à vontade demonstrada no momento, preservando-se a vontade real que não pode ser demonstrada. A preservação da vontade real é a manutenção do exercício da autonomia da pessoa em momentos posteriores à tomada de decisão sem o discernimento necessário.

Neste capítulo, ao traçar o esboço de uma teoria paternalista justificante, o objetivo é demonstrar que, em algumas hipóteses, o Estado pode, por meio do direito penal, interferir na liberdade de quem consente em lesões ao seu próprio bem jurídico. Para tanto,

⁶²⁴ ALEMANY, Macario. op. cit. p. 343.

será dividida a exposição em três partes: (1) a finalidade da norma paternalista; (2) o fundamento das intervenções; e (3) o objeto das intervenções paternalistas. Ao fim, serão formulados alguns comentários sobre casos da legislação brasileira.

7.2. Finalidade do paternalismo penal

Uma norma penal paternalista tem por finalidade preservar a autonomia individual. Dar ao sujeito as condições de decidir por seu próprio meio de vida e mantê-lo autônomo no futuro é função que legitima a intervenção na liberdade dentro de um Estado democrático de direito. A preservação da autonomia se dá pela tutela dos bens jurídicos mais importantes ao desenvolvimento humano, sem os quais a pessoa perde o controle sobre si mesma e não pode mais atuar conforme sua vontade. Portanto, a finalidade do paternalismo penal é manter o sujeito autônomo, exercendo a proteção sobre os bens jurídicos mais importantes para evitar lesões ou perigos de lesão graves.

7.2.1. Autonomia como interesse a ser preservado

Já foi exaustivamente defendido que se deve atentar aos princípios de um Estado liberal e democrático de direito, caracterizado pela maior liberdade possível aos indivíduos e, conseqüentemente, menor restrição de liberdade. Somente assim a autonomia será devidamente valorada e o sujeito terá o direito de exercer o autocontrole sobre si, sem atentar contra direito de terceiros.

Cabe ao direito penal garantir o exercício da autonomia do sujeito por meio da autodeterminação sobre seus bens jurídicos. Faria Costa ensina que

a consciência jurídica, os textos constitucionais, as mais variadas legislações, todos apontam o sujeito como categoria, figura ou axioma jurídico inescapável da estrutura, articulação e movimento de qualquer ordenamento jurídico contemporâneo ou, mais especificamente, de qualquer ordenamento jurídico-penal⁶²⁵.

⁶²⁵ FARIA COSTA, José de. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora. 2005. p. 127.

O poder jurídico que o sujeito carrega é a autodeterminação, que, em termos de direito penal, é a capacidade de agir, pensar, deliberar, conforme a consciência e a vontade, numa estrutura semelhante ao dolo. Alguém pode usar a autodeterminação para praticar condutas tipificadas como crime, arcando com eventuais penas. Também pode, conforme a autodeterminação, dispor de bens jurídicos de sua titularidade. Numa linha vertical de apreensão da autodeterminação, “é o sujeito e só o sujeito que, em auto-reflexão, deve encontrar o seu modo de estar e de viver consigo mesmo e, sobretudo, deve ser também a única instância decisória”.⁶²⁶ Numa linha horizontal, a autodeterminação exige o respeito dos demais sobre as escolhas individuais. A autodeterminação “arrasta consigo, sobretudo, uma noção de imunidade. É o sujeito que se quer imune – imune ao exterior – e que exige ao Estado, ao Direito, a preservação dessa própria imunidade”.⁶²⁷

A teoria do bem jurídico tem como fundamento a proteção dos bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento humano e à consequente convivência pacífica em sociedade. Nada disso teria sentido se não fosse para permitir ao ser humano uma vida autônoma, livre de influências externas e limitada pelo respeito à autonomia alheia. A maior importância da autonomia é permitir às pessoas que avancem em seus interesses dentro de seus juízos e, por isso, surge como o interesse maior a ser preservado pelo direito penal.

É útil ter a perspectiva da autonomia por duas dimensões. A autonomia pessoal é um fenômeno global, uma propriedade da vida que expressa e unifica a vontade e as escolhas da pessoa. Já a autonomia local é uma propriedade dos atos da pessoa ou desejos considerados individualmente e refere-se ao comportamento pessoal em situações particulares.⁶²⁸ Importante a distinção porque o direito penal atua numa dimensão da autonomia para assegurar a outra.

A autonomia, assim, não é um bem jurídico, mas é uma propriedade do ser humano pela qual o sujeito usufrui determinado bem. O sujeito autônomo faz o que bem deseja com o bem jurídico de que seja titular desde que não atinja a autonomia de terceiros na disposição de seus bens. De outro lado, a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico não

⁶²⁶ *Ibidem.* p. 128.

⁶²⁷ *Ibidem.* p. 129.

⁶²⁸ OSHANA, Marina. How much should we value autonomy? *Social Philosophy and Policy*, Cambridge (Inglaterra), vol. 20, n.º 02, 2003. pp. 100-101.

pode prejudicar o exercício da autonomia da própria pessoa. Assim, a autonomia é um atributo da pessoa que, contingente e paradoxalmente, permite a supressão de bens jurídicos de maneira voluntária e torna alguns bens indisponíveis porque a supressão destes impede o exercício da máxima liberdade.

Por meio da lei penal o Estado proíbe determinadas condutas individuais. Apesar da lei ser genérica, a preocupação está localizada no ato individual. O direito penal impede um comportamento lesivo atual para preservar a autonomia futura. Portanto, uma proibição criminal intervém na autonomia atual, no caso concreto, para garantir a autonomia pessoal, do indivíduo preparado, no futuro, para agir conforme sua vontade. A liberdade negativa (ausência de restrições) é prejudicada momentaneamente com a finalidade de permitir a liberdade positiva (desejos e habilidades de auto-governo).⁶²⁹

A promoção da liberdade de fruição ou supressão de um bem jurídico não pode ser plena justamente para garantir a continuidade dessa liberdade. A pessoa é livre dentro de limites que assegurem as condições de usufruir seus bens. Afirma-se que a liberdade é um valor condicional, e não absoluto, pois a mesma restringe-se em si mesma. Ninguém é livre o suficiente para optar por perder sua liberdade.⁶³⁰ O Estado deve frear o uso da autonomia quando houver ameaça de perdê-la.

O direito penal pode intervir na proteção da autonomia sobre os bens jurídicos mais relevantes nos casos de autolesão ou heterolesão consentida. O espaço de atuação da lei penal, nestes casos, é menor que a repressão às heterolesões não consentidas. O princípio da subsidiariedade impõe limites rigorosos às incriminações de heterolesões não-consentidas e esse rigor é muito maior para autolesões e heterolesões consentidas. Se o comportamento consentido for lesivo ao sujeito, antes de recorrer ao direito penal, deve-se buscar outra forma de evitar o prejuízo. Por exemplo, não cabe ao direito penal proibir alguém de abrir mão de seu patrimônio total a fim de proteger a pessoa, porém, pode o direito civil proteger os bens mínimos a uma vida confortável.

Considerando a subsidiariedade do direito penal, a medida penal paternalista deve ser idônea e necessária.⁶³¹ A idoneidade manifesta-se pela capacidade da norma penal de

⁶²⁹ Idem. Idem. pp. 102 e ss.

⁶³⁰ RYAN, Alan. Freedom. *The Journal of The Royal Institute of Philosophy*, Londres (Inglaterra), vol. 40, n.º 152, abr. 1965. pp. 110 e ss.

⁶³¹ ALEMANY, Macario. op. cit. pp. 400 e ss.

impor comportamentos conforme o direito, com a cominação de sanções para quem desobedecê-la. A necessidade impõe-se pelo grau de lesividade ou de perigo de lesão ao bem jurídico protegido, capaz de representar verdadeira ameaça à autonomia da pessoa.

7.2.2. Situações de ausência de autonomia

A intervenção paternalista tem por finalidade suprir a falta de autonomia e permitir o exercício do interesse tutelado pela norma. Por isso, quando não houver autonomia nas decisões do sujeito, cabe ao Estado intervir, mesmo que passando por cima da vontade manifestada no momento do consentimento. Os grupos de casos em que não há autonomia são três, conforme já exposto no trabalho: (a) coerção; (b) fraude; (c) vulnerabilidade. Os dois primeiros não apresentam problemas de verificação. O último carrega alguns pontos conflituosos que merecem atenção.

Ao fazer referência aos vulneráveis, devemos delimitar se aquilo que se pretende com a intervenção da liberdade é obter um resultado que o paternalista entende ser o melhor à pessoa beneficiada ou o que a pessoa beneficiada acharia melhor a si mesma se não estivesse em situação de vulnerabilidade. Isto é, quando A impede B de fazer algo, a conduta de A pode ser interpretada de duas maneiras: A pensa ser melhor para B que se abstenha do comportamento ou A assume a posição que B assumiria, segundo o próprio A, se não houvesse a vulnerabilidade naquele momento.

Para o princípio da moralidade, o paternalista tem legitimidade para intervir na conduta de quem vai de encontro aos princípios éticos mínimos para uma convivência social harmônica. O princípio da autolesão permite a intervenção paternalista nos casos em que não há autonomia ou quando ela estiver ameaçada. Portanto, a lei penal surge como instrumento de proteção dos bens mais relevantes no presente e no futuro.

Apesar de parecer contraditório, o paternalismo é fundamental para garantir a autonomia de quem não a possui no momento determinado da intervenção. A valoração exagerada da liberdade, em situações como a ausência de autonomia, pode levar o sujeito a perder essa liberdade por não saber usá-la da maneira adequada.⁶³² Assim, ao paternalismo penal cabe buscar aquilo que a pessoa gostaria de fazer se estivesse fora da condição de

⁶³² OSHANA, Marina. op. cit. p. 103.

precariedade, evitando-se qualquer juízo de valor do intérprete sobre o que seria melhor ao vulnerável. O melhor não é o que o intérprete entende como tal, e sim o que a própria pessoa desejaria a si mesma. E essa valoração se faz pelas características próprias individuais adquiridas no decorrer da vida.

7.2.3. Evitação de um dano

Foi assinalado que a finalidade do paternalismo é atingir o bem de alguma pessoa e que por bem podemos entender o recebimento de um benefício ou evitar a perda de algo. Para Feinberg, dano é um passo de um nível de satisfação de interesses para outro nível inferior de satisfação de interesses. Evitar um dano é impedir que alguém passe de um nível de satisfação para outro inferior. Promover um benefício, por outro lado, é provocar um passo adiante, de um nível para outro superior de satisfação.⁶³³

O paternalismo jurídico-penal não pode apresentar finalidade tão ampla. O legislador, ao adotar normas penais paternalistas, não pode deixar de lado a própria finalidade do direito penal, que é a tutela de bens jurídicos penalmente relevantes. Cabe ao direito penal impedir a lesão ou o perigo de lesão a bens jurídicos contra a vontade de seus titulares. Dentro da concepção de “atingir o bem” de alguém, está descartada a promoção de um benefício, restando apenas a evitação de um dano.

Dar ao direito penal legitimidade para promover um benefício pode ser a abertura para a imposição de valores morais deslocados de efetivas lesões ou perigos de lesões a um interesse. Confundir a evitação de um dano com a promoção de um benefício pode ser extremamente maléfico ao direito penal no Estado liberal e democrático de direito. Se alguém voluntariamente abre mão de passar de um nível para outro maior de satisfação, não pode a norma penal “compensar” a escolha errada, segundo o legislador, através da restrição da liberdade do suposto beneficiado. Existem outros instrumentos estatais, inclusive jurídicos, para a promoção de benefícios, por meio de leis fora do âmbito penal.⁶³⁴

Já foi dito que historicamente a promoção de benefícios foi argumento utilizado para a imposição de comportamentos morais, aplicando-se o moralismo jurídico. A

⁶³³ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. pp. 50 e ss.

⁶³⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. p. 32.

imposição de valores que presumidamente são os mais adequados à pessoa que sofre a restrição da liberdade deixa de ser paternalismo para assumir a feição do perfeccionismo. O Estado perfeccionista quer moldar o cidadão de acordo com aquilo que entende ser o melhor, contra sua vontade, proibindo-o de certas escolhas com a finalidade de promover-lhe valores que até então eram desconhecidos ou recusados.⁶³⁵

Na linha de Alemany, o paternalismo jurídico-penal tem por finalidade evitar danos físicos, psíquicos e econômicos à outra parte da relação paternalista.⁶³⁶ No conceito de dano entram a lesão efetiva ou perigo de lesão ao bem protegido. Danos físicos são os que se referem à integridade física da pessoa. Os danos psicológicos (e não danos morais) são os que afetam a estrutura mental do ofendido. E os danos econômicos representam uma diminuição patrimonial da vítima. São danos que dificultam a autonomia do sujeito de usufruir sua integridade física, sua saúde mental ou seu patrimônio.

O direito penal deve evitar os danos mais graves capazes de impedir o exercício da autonomia. Preservar a autonomia hoje significa possibilitar seu exercício no futuro.⁶³⁷ Se um comportamento impedir que o sujeito mantenha-se autônomo no futuro, deve o direito intervir na situação concreta. Somente é viável optar pela interrupção da autonomia presente quando não houver perspectiva de comportamento autônomo no futuro. Seria o caso de legitimar a decisão de um doente terminal que pretende encurtar sua vida quando não tiver condições de viver autonomamente no futuro próximo.

A lei penal emana do Estado e, portanto, a distância entre legislativo e indivíduo não permite determinar o que pode ser melhor a cada um, distintamente. A necessidade de individualizar a incidência da norma penal requer critérios delimitadores do poder punitivo estatal para não haver interferência indevida. O que uma pessoa compreende como dano pode não o ser para outra. Assim, deve-se estabelecer quais bens podem ser tutelados contra todas as formas de disponibilidade e aqueles dos quais seus titulares podem abrir mão sem perder a autonomia no futuro (dano).

⁶³⁵ SANTIAGO NINO, Carlos. op. cit. pp. 140 e ss.

⁶³⁶ ALEMANY, Macario. op. cit. pp. 381 e ss.

⁶³⁷ KOTLER, Martin A. Utility, autonomy and motive: a descriptive model of the development of tort doctrine. *University of Cincinnati Law Review*. Cincinnati (EUA), vol. 58, 1990. p. 1280.

7.3. Fundamento do paternalismo penal

No Estado liberal e democrático de direito, onde se preserva o direito de fazer aquilo que for do interesse da pessoa, o fundamento da intervenção paternalista é preservar a vontade real da pessoa quando esta for diferente da vontade manifestada no momento do ato lesivo. O consentimento hipotético é a suposta autorização que a pessoa beneficiada pela restrição da liberdade daria se estivesse em condições adequadas de discernir sobre o resultado lesivo.

7.3.1. Vontade real da pessoa

A vontade de uma pessoa é a “principal das potências da alma, que inclina ou move a querer, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”.⁶³⁸ É inerente ao ser humano e está atrelada à capacidade de reflexão e consentimento. Ter vontade de fazer algo não quer dizer que a conduta será levada adiante. Esta é uma das diferenças entre vontade e instinto: o ser humano autônomo tem condições de seguir adiante ou parar na mera vontade.

Por ser a vontade algo intrínseco à pessoa e estritamente relacionada ao seu aspecto psicológico, é difícil (se não impossível) que terceiro consiga determinar a vontade de outrem. O direito penal deve proteger a vontade real das pessoas vulneráveis, porém não se pode determiná-la exatamente como a pessoa a concebe. Por isso, é necessário um parâmetro para definir se um comportamento está conforme a vontade real da pessoa.

Trabalhar com a categoria das meras suposições é arriscado ao direito penal. Novamente vem à tona o problema do moralismo legal (ou perfeccionismo), para o qual cabe ao Estado decidir o que é melhor à pessoa, por presumir que sua vontade, no momento da interferência na liberdade, seria uma vontade inválida. A vontade real seria diferente para o perfeccionista, seria aquilo que proporciona um bem segundo a avaliação do Estado, e não da própria pessoa.⁶³⁹ Em vista disso, não é tolerável a imposição de valores pelo direito penal porque a esfera individual do sujeito deve ser respeitada.

⁶³⁸ DICIONÁRIO MICHAELLIS ELETRÔNICO, verbete *vontade*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=vontade>>; Acesso em: 20 jul. 2010.

⁶³⁹ DZUR, Albert W. op. cit. pp. 668 e ss.

Pode-se levantar a existência de bens naturais e indissociáveis do ser humano, a partir dos quais se poderia presumir serem estes parte da vontade real. Quer dizer, presumir-se-ia que todas as pessoas, vulneráveis ou não, possuem a vontade de conservar os bens naturais sem os quais não haveria dignidade. Haveria um padrão axiológico mínimo no qual todos estariam inseridos e de onde emergiriam os discursos e as instituições, inclusive as normas de direito.⁶⁴⁰ Ao direito penal caberia, portanto, firmar a manutenção do padrão mínimo de valores e bens que o sujeito não dispensaria se pudesse manifestar sua vontade real. Incidiria novamente o problema da relativização da autonomia de um sujeito que poderia ignorar esse padrão e traçar seus próprios valores e sentimentos diferentes daquilo que foi estabelecido por convenção.⁶⁴¹

Adotando como função do direito penal a proteção da autonomia individual como meio de permitir seu exercício no presente e no futuro, propõe-se como critério de verificação da vontade real as preferências de uma pessoa com as características semelhantes às de quem se encontra vulnerável. Parte-se da noção histórica de autonomia, proposta por Diaz Pintos⁶⁴² e Christman⁶⁴³. Deve-se considerar a autonomia uma noção essencialmente histórica, no sentido de que as condições que cumprem os desejos e os valores de um ser autônomo devem ser propriedades de sua formação.⁶⁴⁴ Assim, afirmar se uma pessoa se identifica ou não com seus desejos é uma questão que mira ao passado, às circunstâncias e condições que conduziram a formação de tais desejos e valores.⁶⁴⁵ É impossível dizer, num determinado momento, se a pessoa é autônoma sem verificar a coerência entre suas preferências e sua história de vida pessoal.

Por conseguinte, a vontade real a ser preservada pelo direito penal é aquela que manifestaria os reais interesses da pessoa ponderando sua história de vida. Os valores agregados à sua formação devem ser considerados para formular a vontade que seria demonstrada caso não estivesse em estado vulnerável. A melhor maneira, portanto, de

⁶⁴⁰ PERRY, Thomas D. op. cit. p. 368.

⁶⁴¹ *Ibidem.* p. 369.

⁶⁴² DIAZ PINTOS, Guillermo. op. cit. pp. 102 e ss.

⁶⁴³ CHRISTMAN, John. Autonomy and personal history. *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 21, n.º 01, pp. 01-24. mar. 1991; _____, Liberalism and Individual Positive Freedom. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 101, n.º 02, pp. 343-359, jan. 1991.

⁶⁴⁴ DIAS PINTOS, Guillermo. op. cit. p. 104.

⁶⁴⁵ CHRISTMAN, John. Autonomy and personal history. pp. 3-4.

apontar a vontade real é constatar se há conflitos entre a vontade demonstrada na situação de vulnerabilidade e o histórico de sua vida.

O legislador, ao elaborar as normas, e o juiz, ao aplicá-las, devem considerar a vontade real e a vontade demonstrada a partir do histórico do indivíduo. A presunção de bem estar a ser garantida pelo direito penal é fundamentada pelos valores individuais. Desse modo, o intérprete precisa presumir se os efeitos da conduta vão gerar o bem estar da pessoa partindo das concepções de vida desta quando capaz, ou seja, a presunção não pode ser fundamentada naquilo que o intérprete entende ser o melhor.⁶⁴⁶ O Estado deve ser capaz de oferecer ao sujeito a escolha daquilo que lhe proporciona o bem estar, respeitando seus valores quando estes não afetarem diretamente terceiros.

7.3.2. Consentimento presumido

Na mesma linha da autonomia como noção histórica, dá-se o consentimento presumido. Duas situações distintas devem ser consideradas. A primeira é a falta de autonomia para consentir e a segunda é o consentimento de pessoa capaz para dispor da própria autonomia. Em outras palavras, o consentimento do incapaz sempre será inválido na lesão a bens jurídicos; quando a pessoa for competente e quiser dispor da própria autonomia, o consentimento deve ser cautelosamente analisado.

O consentimento hipotético é típico do paternalismo moderado, pois há a presunção de que o sujeito, em condições normais, fora do estado de vulnerabilidade, não aceitaria a lesão ao bem jurídico. O paternalista ignora a vontade demonstrada pelo sujeito incapaz para preservar a suposta vontade real. Para chegar à vontade real, o paternalista presume que a vontade do incapaz seria a mesma da maioria das pessoas, ou seja, preservar o bem jurídico em risco. Na dúvida entre permitir a lesão ao bem jurídico e protegê-lo, deve-se considerar o que uma pessoa prudente faria no caso.

No caso da pessoa competente, não se fala em consentimento presumido, pois há consciência na manifestação de sua vontade. Se o comportamento desejado implicar risco à autonomia individual, o Estado pode interferir pelo simples motivo de preservar o sujeito autônomo. Se o legislador entende que há bens jurídicos indisponíveis, sem os quais a

⁶⁴⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. p. 112.

pessoa não teria uma vida digna e autônoma, o argumento utilitarista seria suficiente para legitimar a intervenção na liberdade. Se o saldo final da proibição for a manutenção da autonomia, resta legitimada a norma intervencionista. No entanto, há de se destacar que o histórico de vida da pessoa capaz também deve ser avaliado, ou seja, não pode o Estado obrigar alguém a fazer algo contra sua vontade se isso resultar numa vida indigna e, por consequência, sem autonomia.

Ressalta-se a importância de distinguir as duas situações. Na primeira hipótese, do paternalismo moderado, o argumento moral é a preservação da suposta vontade do incapaz. Há a necessidade de um juízo de valoração sobre o resultado pretendido no momento e o que uma pessoa prudente desejaria. Na segunda hipótese, definido o bem como indisponível, o consentimento da pessoa capaz é relevante à medida que sua dignidade está em jogo. O que interessa é a preservação da sua autonomia e de seu exercício, que só é possível respeitando seus valores pessoais.

7.4. Objeto do paternalismo penal

Para estudar seu objeto, é necessário demonstrar quatro formas possíveis de combinação do paternalismo penal, resultado da combinação das duas classificações mais básicas propostas por Feinberg e Dworkin, fundada a primeira na capacidade da pessoa que sofre a interferência em suas escolhas, e a segunda na coincidência entre os beneficiados e os coagidos. As quatro formas de paternalismo penal são:

1.^a combinação: paternalismo puro e rígido: é a interferência na liberdade de escolha de uma pessoa, buscando seu próprio benefício, pouco importando sua capacidade de discernimento. É o caso da obrigação geral de usar o cinto de segurança nos veículos ou de que todos os motociclistas usem o capacete. Também pode ser citado o artigo 28 da Lei de Drogas que proíbe o porte de drogas para uso próprio, independentemente de quem seja o usuário.

2.^a combinação: paternalismo puro e moderado: é a redução das possibilidades de escolha de alguém para seu próprio bem, levando em consideração a real capacidade de discernimento. É o caso da criança proibida de frequentar casas de prostituição, uma vez

que ainda não desenvolveu completamente sua estrutura psicológica; os adultos não sofrem tal restrição porque possuem consciência do fato.

3.^a combinação: paternalismo impuro e rígido: é a interferência no comportamento de alguém para beneficiar terceira pessoa, sem considerar sua real capacidade de discernimento. Por exemplo, proibir o tráfico de drogas para reduzir as possibilidades de que qualquer pessoa possa ter acesso e consumi-las; pretende-se restringir indistintamente a liberdade de todas as pessoas que buscam entorpecentes, inclusive dos usuários capazes.

4.^a combinação: paternalismo impuro e moderado: é a interferência no comportamento de alguém para beneficiar terceira pessoa, considerando a capacidade desta última. É o exemplo da presunção de violência nos crimes sexuais, pois os adultos estão proibidos de manter relações sexuais com menores de 14 anos, compreendidos pela lei como incapazes de consentir na própria vida sexual; ao contrário, a relação sexual entre adultos competentes é permitida.

Nota-se facilmente que as classificações apresentadas levam em consideração a situação de pessoa. Como a função do direito penal é tutelar bens jurídicos, há de se considerar o objetivo que o sujeito pretende atingir com sua conduta. O interesse a ser sempre protegido é a autonomia individual e a possibilidade da mesma ser exercida no futuro. Portanto, quando a lesão a um bem jurídico implicar a perda de autonomia, o paternalismo rígido será justificado, direta ou indiretamente. Desse modo, por exemplo, o artigo 122 do Código Penal seria um exemplo de paternalismo rígido justificado porque o suicídio interrompe a vida e o exercício da autonomia em momento futuro. A mesma vida, por outro lado, pode ser disponível quando não houver perspectiva de autonomia futura, pelo que não seria legítimo proibir alguém de interromper um tratamento de saúde quando o quadro for irreversível.

O direito penal pode legitimar o paternalismo moderado sempre e, excepcionalmente o paternalismo rígido. Será legítimo o paternalismo rígido quando a conduta atingir bem jurídico indisponível, ou seja, quando a lesão ou o perigo ao bem prejudicar o exercício da autonomia. O que não se legitima, em hipótese alguma, é o paternalismo com a finalidade de impor um padrão de moral quando não houver lesão ou ofensa relevante a um bem necessário ao desempenho da autonomia (moralismo legal ou, mais precisamente, moralismo jurídico-penal).

Descarta-se, portanto, o paternalismo direto, pois ninguém pode sofrer sanção penal ou efeitos da condenação para ser protegido de um mal. Também estão descartadas todas as formas de paternalismo quando o bem jurídico for disponível e seu titular for pessoa competente e não estiver em estado vulnerável. Para os bens indisponíveis, todas as espécies de paternalismo são válidas, pois deve-se tutelar a autonomia a todo custo.

7.4.1. O receptor da norma paternalista

A norma paternalista é dirigida, exclusivamente, ao sujeito beneficiado, no paternalismo direto, ou a terceiro, no paternalismo indireto. No direito penal, as normas são universais, portanto, devem ser obedecidas por todas as pessoas, indistintamente. Assim, faz-se necessário delimitar o âmbito de atuação da norma em relação aos indivíduos.

Podem as normas paternalistas ser dirigidas tanto às pessoas competentes quanto às incompetentes. Na maioria dos casos, as interferências recaem sobre aqueles que não possuem capacidade de discernimento. No entanto, há hipóteses em que, mesmo com capacidade, o sujeito pode sofrer restrição em sua liberdade, desde que haja bens indisponíveis envolvidos.

7.4.1.1. Pessoas não vulneráveis

Pessoas competentes e não-vulneráveis que possuem a capacidade de discernimento sobre seus atos. São sujeitos autônomos que não precisam de proteção especial. O direito penal, como instrumento mais rigoroso do Estado, só pode agir em situações extremas, no caso, para a proteção de bens jurídicos indisponíveis. Conforme veremos a seguir, os bens indisponíveis são aqueles que asseguram o exercício da autonomia no futuro, pois se presume que o ser humano deseja preservar seu modo de vida autônomo.

O principal fundamento do paternalismo sobre pessoas não-vulneráveis é a possibilidade da perda da autonomia com a disposição dos bens mais importantes à vida autônoma. Atingindo gravemente os bens jurídicos mais importantes, quem é autônomo

hoje deixará de sê-lo no futuro. Ou, então, quem não é vulnerável poderá sê-lo em momento posterior se abrir mão dos bens jurídicos que garantem sua autonomia.

Com a concepção histórica de autonomia, faz-se necessário avaliar se a disposição do bem jurídico pelo sujeito capaz é compatível com seu modo e história de vida. Isto é, se o Estado obrigá-lo a manter determinado bem, proibindo-o da disposição, e isso afetar seus valores individuais mais importantes, haverá interferência na autonomia presente e futura. O paternalista deve ponderar se a proibição terá reflexos na vida futura, atingindo a dignidade da pessoa humana, o que certamente impedirá o exercício da autonomia. Portanto, o paternalismo rígido, aplicável aos sujeitos competentes, somente terá legitimidade para promover-lhes a autonomia futura, nunca para prejudicá-la.

7.4.1.2. Pessoas vulneráveis

Em relação às pessoas vulneráveis, resta agora apenas fundamentar a intervenção jurídico-penal. Os sujeitos vulneráveis não possuem autonomia para a disposição de bens jurídicos e, assim, a vontade real sofre algum tipo de deformação pela falta de informações ou capacidade de formular as idéias. Também pode a vontade real não ser demonstrada corretamente quando o sujeito for competente e, por algum motivo, estiver compelido por situações interiores ou exteriores.

Tendo como parâmetro a vontade real do sujeito, a vulnerabilidade pode manifestar-se por duas formas: a falta de consciência ou a impossibilidade de manifestar a vontade quando consciente. Ausência de consciência é característica dos incompetentes, que não possuem capacidade de discernimento. A impossibilidade de manifestar a vontade real se dá por motivos externos ou internos, como a coação, a fraude, o temor, os conflitos internos ou perturbações psicológicas temporárias.

Refuta-se o paternalismo penal direto ou puro, pois a própria pessoa a ser beneficiada não deve sofrer sanções criminais e os efeitos da condenação. Não pode o direito penal ser utilizado para promover um benefício ou educar o cidadão; deve somente proibir comportamentos de terceiros que prejudiquem vulneráveis cujo consentimento seja inválido. Por isso, requer-se um direito penal legitimamente paternalista que não intervenha no modo de vida da pessoa, mas simplesmente puna quem explora a vulnerabilidade.

7.4.2. Os bens jurídicos tutelados paternalisticamente

Quanto aos bens tutelados paternalisticamente, cabe outra distinção necessária. Os bens podem ser disponíveis ou indisponíveis. A tutela paternalista recai sobre os bens indisponíveis sempre, não importa a capacidade de quem é seu titular. Quando o bem for disponível, a norma paternalista somente se legitima se o seu titular for pessoa incapaz, sem autonomia para decidir sobre sua disposição.

Adverte-se que, para a elaboração de uma teoria paternalista legítima, o bem jurídico deve ter caráter instrumental e sua finalidade principal é a manutenção da autonomia individual. Interesse é compreendido como uma necessidade humana, de caráter subjetivo, inerente à pessoa. A autonomia é um interesse sem o qual a pessoa não se sente digna. O ser humano precisa necessariamente da autonomia para sentir-se digno no mundo; por conseguinte, autonomia é um interesse vital para a dignidade humana.⁶⁴⁷

O objeto direto da tutela é o bem jurídico, mas pode o intérprete tomar os interesses como ponto de referência dos bens.⁶⁴⁸ Quer dizer, na interpretação da norma, o bem jurídico deve ser guiado pelo interesse que se quer atingir. No caso, os bens jurídicos de relevância penal são aqueles que possibilitam o exercício da autonomia e sem os quais a pessoa, com seus valores, não se sentiria capaz de viver com dignidade. Isso leva a uma variação do valor que cada pessoa pode atribuir ao bem jurídico de acordo com sua própria concepção.

7.4.2.1. Bens indisponíveis

Primeiramente, é necessário fazer uma observação sobre a terminologia utilizada. “Indisponibilidade” é substantivo relacionado ao verbo “dispor”. Este, por sua vez, significa abrir mão, deixar, afastar. “Inalienabilidade” é substantivo que se refere ao verbo “alienar”, que tem sentido de transferir, passar para outro. Assim, só pode ser alienado algo

⁶⁴⁷ POST, Robert. Dignity, autonomy, and democracy. Disponível em: <igs.berkeley.edu/publications/working_papers/WP2000-11.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2010.

⁶⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, parte geral. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 331.

que seja disponível. Para os fins do trabalho, disponibilidade e alienabilidade possuem sentidos semelhantes e correspondentes.

A discussão do paternalismo jurídico-penal passa, necessariamente, pela disponibilidade do bem jurídico tutelado. Se assim não fosse, o tema restaria esvaziado, focando apenas nos sujeitos protegidos pela norma por falta de capacidade de discernimento. Acontece que, muitas vezes, o titular é pessoa capaz e, mesmo assim, não pode abrir mão de seu bem jurídico. E, conforme os princípios do liberalismo, o Estado só pode interferir na liberdade de escolha de alguém capaz se o bem atingido for indisponível.

O bem indisponível, em ampla definição, é aquele do qual seu titular não tem o direito de desistir ou alienar.⁶⁴⁹ A condição de inalienabilidade é inerente à existência de seu titular.⁶⁵⁰ Considera-se que o bem, em si, é a manifestação de um direito. A vida é um bem que manifesta o direito a viver, um corpo saudável expressa o direito à integridade física, um estado psicológico em boas condições é a manifestação do direito à integridade moral, e assim por diante. Enfim, um direito é garantido pelo Estado para que a pessoa possa maximizar o proveito de bens jurídicos importantes à sua existência. Garantir a integridade de um bem jurídico é preservar a autonomia de seu exercício por seu titular.

Um questionamento é fundamental: o que faz um bem indisponível? A observação inicial a ser feita é de que não existe uma definição em lei de bem indisponível, muito menos um rol de quais seriam estes bens. Existem algumas referências a determinados bens que carregam maior importância que outros. Exemplo maior é o artigo 5.º da Constituição Federal, que consolida a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Nesse diapasão, alguns declaram que “tudo aquilo que é essencial à natureza humana e que constitui condição de vida humana digna é indisponível para o próprio homem”.⁶⁵¹ Portanto, os bens indisponíveis são “interesses que, embora referidos ao indivíduo, importam à espécie humana como um todo de forma que, lhes negar o valor,

⁶⁴⁹ KUFLIK, Arthur. The utilitarian logic of inalienable rights. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 97, out. 1986. p. 75.

⁶⁵⁰ O'MANIQUE, John. Universal and inalienable rights: a search for foundations. *Human Rights Quarterly*, Baltimore (EUA), vol. 12, n.º 4, pp. 465-485, nov. 1990. p. 467.

⁶⁵¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face dos bens jurídicos indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*, Belo Horizonte, vol. 06, n.º 01, jan./jun. 2008. p. 227.

sempre afetará à humanidade em sua totalidade”.⁶⁵² Apesar da coerência dos argumentos, tal definição deixa escapar a autonomia como um dos bens maiores da espécie humana, sem a qual a discussão não pode prosseguir.

A jurisprudência pátria não discute em minúcias a questão da indisponibilidade de bens jurídicos. Muitos julgados fazem referência ao artigo 5.º da Constituição Federal e afirmam peremptoriamente que o titular do bem indisponível não pode abrir mão de sua tutela. Nada ou pouco se examina sobre os fundamentos da indisponibilidade ou o princípio da autonomia. Vejamos alguns exemplos.

“Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais” (STJ - REsp 869843 / RS).

“A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per se, viola direitos indisponíveis, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano” (STJ - AgRg no REsp 935083 / RS).

“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar” (STJ - REsp 684646 / RS).

“O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27)” (STF - RE 248869 / SP).

“O tema aqui tratado é filiação, portanto, direito indisponível e imprescritível, nos termos do que dispõe o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Daí o manifesto interesse público na matéria. Nesses casos, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendimento no sentido de que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnadas em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade” (TJMG - 1.0433.99.002391-6/001).

O que se percebe, claramente, é que um dos critérios utilizados pelos tribunais é a localização do bem no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal. Conforme alguns dos julgados, os direitos fundamentais seriam indisponíveis e inalienáveis. Entretanto, não se discute a razão pela qual tais direitos estão alcançados esta condição na

⁶⁵² *Ibidem*. p. 228.

Carta Magna. Basta existir a previsão como direito fundamental para que seja afastado o princípio da autonomia. Não se consideram as peculiaridades individuais de cada titular do bem jurídico, nem o exercício da autonomia.

7.4.2.1.1. Limites da indisponibilidade do bem jurídico

Um bem jurídico só pode ser considerado indisponível quando sua ausência impedir o exercício da autonomia individual. E aqui levantamos uma questão fundamental, cuja resposta demandaria um trabalho específico e que, por isso, não receberá a atenção merecida. A questão é: a autonomia individual permite ao sujeito abrir mão de sua condição de autônomo? Em outras palavras, o que se quer perguntar é se existe possibilidade de alguém usar sua autonomia para escolher deixar de ser autônomo. Típico caso emblemático é o contrato de escravidão. Quem aceita livremente ser escravo está utilizando sua autonomia para deixar de ser autônomo e virar propriedade de alguém.

A resposta só pode ser negativa. O Estado liberal não deve permitir a ninguém abrir mão de sua autonomia para ser um sujeito controlado no futuro, nem relativizar certos preceitos, mesmo que algumas proibições afetem a liberdade atual. Deve-se preservar a autonomia para o futuro como meio de se manter o próprio Estado liberal. Mill, por exemplo, em sua teoria, afirma que não se pode permitir a escravidão, mesmo a voluntária, sob pena de colocar em risco o Estado de direito. Este reconhece a liberdade como valor fundamental e, por isso, ninguém pode usar a autonomia para escolher voluntariamente a restrição da própria liberdade.⁶⁵³

Também os bens jurídicos de natureza difusa são qualificados como inalienáveis porque individualmente ninguém pode abrir mão da proteção de algo que não é exclusivamente seu. São bens que pertencem igualmente a todas as pessoas e, portanto, não há qualquer tipo de consentimento válido quando alguém permite a lesão. Ninguém pode consentir pelos demais por duas razões bastante óbvias: (1) os bens difusos não pertencem a pessoas ou grupos determinados, seus titulares são indetermináveis; (2) praticamente é

⁶⁵³ BRINK, David O. Mill's Deliberative Utilitarianism. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, n.º 01, pp. 67-103, 1992. p. 70.

impossível conseguir a autorização unânime de todos os seus titulares para consentir na lesão ao bem.

Sobre os bens individuais, cujos titulares são pessoas determináveis, o consentimento tem pouca ou nenhuma relevância se forem indisponíveis. Para o legislador escolher bens indisponíveis, e assim legitimar o paternalismo rígido, qualquer esforço para encontrar alguma forma de consentimento é inútil. Deve-se buscar uma escala moral para determinar as circunstâncias nas quais a restrição dos comportamentos seja importante o suficiente para justificar que se possa passar por cima da liberdade individual.⁶⁵⁴

Por último, a indisponibilidade do bem, com a finalidade de proteger a autonomia, não pode ser interpretada amplamente. As consequências à autonomia da pessoa devem ser imediatas à lesão ao bem jurídico. Buscar a explicação para a criminalização em efeitos remotos retira a legitimidade da norma penal. Por exemplo, o adultério não teria legitimidade para voltar a ser crime porque suas consequências, se houver, estão distantes do fato. O adultério pode ser entendido como uma ofensa aos bons costumes, à estrutura familiar ou à dignidade do cônjuge traído.⁶⁵⁵ Pode-se argumentar que as famílias dos envolvidos podem se desintegrar, mas isso não seria suficiente para a infidelidade conjugal receber tratamento penal.

Os bens indisponíveis, assim, são aqueles que, se violados, poderão gerar a imediata perda da autonomia individual. A perda da autonomia não pode ser encarada exclusivamente pelos valores do observador externo. Deve-se partir de considerações do sujeito que sofre a restrição e da importância que o bem jurídico tutelado tem para seu modo de vida autônomo, conforme a concepção histórica de autonomia. Não há bens absolutamente indisponíveis: a indisponibilidade varia de acordo com a autonomia individual em seu conceito histórico.

7.4.2.2. Bens disponíveis

Os bens disponíveis são aqueles dos quais seu titular pode abrir mão. Não há presunção absoluta de necessidade do bem para preservar a autonomia do cidadão e,

⁶⁵⁴ POPPE, Thaddeus Mason. Monstrous impersonation: a critique of consent-based justification for hard paternalism. pp. 710 e ss.

⁶⁵⁵ HUNGRIA, Nelson, LACERDA, Romão Cortes de, FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit. p. 370.

portanto, havendo capacidade de discernimento, nada pode fazer o Estado para preservá-lo. Sendo o bem disponível e seu titular capaz de decidir, prevalece a autonomia individual.

O titular do bem disponível pode consentir sobre lesões porque sua autonomia não ficará comprometida no futuro. Exemplo tradicional é o patrimônio. Quando alguém consente sobre lesão a seu patrimônio, dentro de limites, poderá experimentar uma perda de conforto, tranquilidade, segurança pessoal, sem, no entanto, perder a autonomia. Sofrer prejuízo de uma quantia em dinheiro não interfere na saúde, na integridade física, na integridade moral. O que não se permite é um desfalque patrimonial que reduza o sujeito à condição de dependente, sem autonomia, vulnerável à exploração.

Não se pode olvidar que qualquer prejuízo tem suas consequências, mas ao direito penal apenas os resultados mais drásticos e imediatos interessam. Portanto, há de se considerar os bens jurídicos fundamentais ao exercício da autonomia enquanto ser humano. E a autonomia que se persegue é a que proporciona uma vida digna de acordo com os valores da pessoa protegida adquiridos em sua história (concepção histórica de autonomia).

Nenhum bem jurídico merece a proteção absoluta. A vida, por exemplo, se não for experimentada com dignidade, segundo os valores de seu titular, pode ter sua tutela relativizada (caso das testemunhas de Jeová), assim como a integridade física também não é um bem absoluto (um lutador de artes marciais fica exposto a golpes). São vários os exemplos e alguns serão expostos a seguir.

7.5. Aplicação prática do paternalismo penal

O esboço de uma teoria legitimadora do paternalismo será aplicado em alguns casos práticos para demonstrar a possibilidade de legitimar certos processos de criminalização sem a intromissão excessiva na vida individual. Tentar-se-á expor os argumentos com fundamento nos princípios da autonomia, lesão a terceiro e autolesão, sem aderir a argumentos moralistas.

7.5.1. Eutanásia e transfusão de sangue

Por eutanásia entende-se, nos dias atuais, a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida da pessoa. “É a morte de pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico, com o consentimento daquela”.⁶⁵⁶ “Refere-se à morte provocada a alguém que assim o requer, por padecer de uma enfermidade incurável e que carrega grande dor física e moral, com a finalidade de abreviar seu sofrimento”.⁶⁵⁷

Em regra, refuta-se um tratamento porque este é considerado compulsivo ou desproporcional se comparado aos resultados possíveis ou porque atenta contra as convicções ou a concepção de dignidade da pessoa.⁶⁵⁸ A pessoa em fase terminal, sem perspectiva de voltar a viver normalmente, encontra-se em estado insuportável de dores físicas e mentais, porque, não raro, não age mais sozinha, torna-se dependente para qualquer ato. Há um sentimento intenso de perda de autonomia e a falta de expectativa de tê-la novamente, e isso seria suficiente para abrir mão da própria vida.

A vida não é um valor absoluto. A vida que vale a pena ser vivida é aquela em que o sujeito tem autonomia para usufruir aquilo que lhe é proporcionado.⁶⁵⁹ Na concepção histórica de autonomia, uma pessoa pode sentir-se indigna se continuar a viver contrariamente aos valores que carrega consigo. É o caso das testemunhas de Jeová, que se recusam a receber sangue de outrem mesmo que esta seja a única forma de salvar a própria vida. O Estado liberal deve aceitar que o ser humano, individualizado, não queria viver forçadamente, contra seus valores de fé. A pessoa autônoma “é capaz de decidir, para si próprio, o que significa morrer com dignidade”.⁶⁶⁰ Portanto, se o paciente adulto, de livre escolha, nega a transfusão de sangue, não há legitimidade na eventual responsabilidade penal do médico que acata esta vontade. Forçar alguém a viver contrariamente à sua vontade, seja impedindo a eutanásia, seja forçando a transfusão indesejada de sangue, é comportamento que viola a autonomia individual.

No Brasil, o Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009, em vigência desde 10 de abril de 2010) prevê a possibilidade de interrupção do

⁶⁵⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005. pp. 38-39.

⁶⁵⁷ FARIAS, Gisele. *Muerte voluntaria*. Buenos Aires (Argentina): Astrea. 2008. p. 33.

⁶⁵⁸ *Ibidem*. p. 121.

⁶⁵⁹ LÓPEZ CALERA, Nicolás. La vida y la muerte ante la ética y el derecho, paternalismo médico y desarrollo científico. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante (Espanha), vol. 15, 1994. p. 717.

⁶⁶⁰ MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá. 2008. p. 98.

tratamento médico, a pedido do paciente ou de seu representante legal, quando a doença for incurável e terminal, e quando as ações diagnósticas ou terapêuticas forem inúteis ou obstinadas. No caso, deve o médico fazer uso dos cuidados paliativos para reduzir ou eliminar o sofrimento do paciente e garantir-lhe uma morte digna (artigo 41, parágrafo único). A Resolução permite a prática da eutanásia passiva, ou ortotanásia, que deve ser encarada como exercício regular de um direito da medicina (exclusão de antijuridicidade) e, quando o médico entender que a morte é iminente, o que é possível diagnosticar pela própria evolução da doença, “ao profissional seria facultado, a pedido do paciente, suspender a medicação utilizada para não mais valer-se de recursos heróicos, que só têm o condão de prolongar sofrimentos (distanásia)”⁶⁶¹ Além disso, pode-se alegar a inexigibilidade de um comportamento diferente da interrupção do tratamento (excludente de culpabilidade), uma vez que o médico não é obrigado a prolongar o padecimento de quem está sob seus cuidados.

Portanto, dois são os fundamentos principais para reconhecer-se a eutanásia como legítima. Primeiro, a voluntariedade (que exige capacidade e informação) é o reconhecimento da liberdade que possui o ser humano para decidir seus planos de vida. Segundo, a legitimidade da eutanásia é inseparável do sofrimento (físico, psicológico ou existencial) irreversível e insuportável de quem padece. Pode-se até afirmar que prolongar o sofrimento de quem solicita a interrupção do tratamento pode ter um fundo egoísta dos familiares que não querem sofrer com a morte do paciente terminal.⁶⁶²

Nos casos das testemunhas de Jeová, a transfusão forçada de sangue é uma forma de paternalismo com consequências drásticas à vida da pessoa. Viver com o sangue de outrem é intolerável, como uma tortura mental permanente. Apesar de salvar uma vida, esta não será aproveitada com autonomia, pois aquele que rejeita o sangue alheio não se considera mais digno. Na verdade, apesar dos demais enxergarem a pessoa como ser humano vivo, ela mesma se sente desumanizada. Este indivíduo é obrigado a viver fora da autonomia. Se o ser humano é um fim em si mesmo, o direito a não aceitar a transfusão, mesmo com o risco de morte, deve ser respeitado. Impossível o Estado controlar e alterar a vontade de

⁶⁶¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. op. cit. p. 138.

⁶⁶² FARIAS, Gisele. op. cit. pp. 134-139.

milhões de seguidores de Jeová, em todos os países, com a imposição de uma vida não desejada.⁶⁶³

É inegável que o fim da vida impede o sujeito de exercer qualquer atividade, ou seja, há a perda definitiva da autonomia. Entretanto, nos casos de doenças terminais, não há perspectiva de autonomia futura. Desse modo, a tutela penal da vida, nesses casos, demonstra-se ilegítima. Punir penalmente o médico ou o familiar que tenha consentido na interrupção de tratamento a pedido do paciente é tratar paternalisticamente um bem que está irreversivelmente condenado. Trata-se de uma forma de paternalismo impuro, que pune criminalmente um sujeito para prolongar a agonia de quem pede para interrompê-la. Acima da antecipação da morte, tem-se a interrupção do sofrimento.

7.5.2. Prostituição

Os crimes relacionados à prostituição estão elencados nos artigos 227 a 231-A do Código Penal, dentro do capítulo VI, dos *Crimes contra a Dignidade Sexual*. A alteração promovida pela Lei 12.015/2009 foi fundamental para a compreensão dos problemas que envolvem a prostituição, uma vez que o bem jurídico tutelado passou dos bons costumes para a dignidade sexual. Penalistas mais antigos, como Hungria, viam a prostituição como uma “atividade puramente parasitária”, que “representa uma grave lesão à disciplina social, uma conduta subversiva da organização da vida sexual e incompatível com a própria ordem econômica”.⁶⁶⁴ A dimensão da lesão era coletiva, social, e apenas subsidiariamente individual.

A prostituição por si só não é crime. O Estado pune apenas as condutas de terceiros que, de alguma forma, contribui para quem se prostitui. A lei criminaliza seu incentivo e sua exploração, assim como o tráfico de pessoas. Em relação ao consumo, aquele que usufrui os serviços sexuais só é punido se a pessoa prostituída é menor de 18 anos e tal condição for conhecida. Ou seja, são comportamentos paternalistas do Estado, que pune

⁶⁶³ MALYON, David. Transfusion-Free Treatment of Jehovah's Witnesses: Respecting the Autonomous Patient's Rights. *Journal of Medical Ethics*, EUA, vol. 24, n.º 05, outubro de 1998, pp. 302-307; BRACE, J. W. A. Treating Jehovah's Witnesses. *British Medical Journal*, Londres (Inglaterra), vol. 305, n.º 6853, set. 1992, pp. 588-589.

⁶⁶⁴ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit. p. 270.

alguém para proteger outrem da exploração sexual, restringindo a liberdade para vender o próprio corpo (paternalismo indireto).

Sendo o bem jurídico tutelado a dignidade sexual, ninguém melhor do que a própria pessoa para julgar aquilo que é digno à sua vida. E aqui incide a definição de exploração. São características da exploração um ganho indevido de alguém (explorador) e a situação de vulnerabilidade de outrem (explorado). Portanto, entende-se que violar a dignidade sexual é explorar o estado precário de uma pessoa cuja vontade real é de não prestar serviços sexuais. Assim, o direito penal pode atuar para assegurar a vontade real e impedir um comportamento não desejado.

É fundamental, portanto, fazer a distinção entre duas formas de prostituição: a indesejada e a desejada. Indesejada é a prostituição exercida por falta de outras opções que garantam a sobrevivência da pessoa. A vontade atual entra em conflito com a vontade real por um momento de vulnerabilidade. Por outro lado, desejada é a prostituição praticada por alguém que encontra outros meios de sobrevivência, mas, por livre escolha, oferece serviços sexuais em troca de remuneração. Neste caso, trata-se de exercício da autonomia sem a ocorrência de lesão a terceiros ou autolesão. Se a pessoa sente-se digna com a atividade, ninguém poderá negar-lhe a opção e qualquer forma de reprimenda penal mostra-se ilegítima.

No caso da prostituição indesejada não há exercício da autonomia. A pessoa não se sente digna com o exercício da atividade e, portanto, configura-se a exploração. O direito penal é legítimo para interferir na liberdade de quem contribui com a prostituição para proteger a dignidade do indivíduo prostituído. Mantém-se, dessa forma, o exercício da autonomia de quem pretende buscar outras formas de sobrevivência compatíveis com sua dignidade. O que não se permite é a criminalização irrestrita de todas as formas de prostituição com fundamento na moral pública⁶⁶⁵, na estrutura da família⁶⁶⁶ (interesse remoto) ou na vulnerabilidade presumida e irrestrita de todos que se prostituem⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de, FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit. p. 92.

⁶⁶⁶ DEVLIN, Patrick. op. cit. p. 38.

⁶⁶⁷ ARONSON, Gregg. Seeking a consolidated feminist voice for prostitution in the US. *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*. Camden (EUA), vol. 03, n.º 03, 2006. pp. 360 e ss.

7.5.3. Drogas

O ponto a ser discutido neste tópico é o porte de drogas para uso próprio, sem entrar no mérito do tráfico. O porte continua a ser crime, conforme dispõe o artigo 28 da Lei 11.343/2006:

quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

O tratamento ainda possui natureza penal, pois há uma descrição típica e a cominação de uma pena, tanto que persistem efeitos da condenação, reincidência e prazo prescricional. Portanto, não houve descriminalização, nem despenalização. Houve abrandamentos, mas a conduta continuou a ser incriminada. E tal medida legislativa não fere a Constituição Federal, uma vez que as novas penas cominadas não encontram proibição constitucional.⁶⁶⁸

Tem-se, portanto, uma norma penal proibitiva que incide sobre a liberdade de uma pessoa para evitar-lhe um mal. É uma forma de paternalismo puro ou direto. Há quem entenda que a proibição do uso próprio tem um objetivo que vai além do usuário: quer-se proteger a saúde pública, evitando a cumulação de pessoas atingidas pela droga e o consequente colapso do sistema de saúde.⁶⁶⁹ Tal argumento não é convincente por dois motivos. Primeiramente, o caos na saúde pública pelo uso generalizado da droga é uma suposição não comprovada; segundo, mesmo que a saúde pública atinja um estado crítico, o resultado é remoto em relação ao uso individual. Também não se aceita, *data venia*, o argumento de que o viciado pode representar perigo social porque acaba por traficar a droga e levar outros ao vício.⁶⁷⁰ Outra vez, refuta-se tal assertiva porque a mesma está fundada em suposições de uma eventual lesão remota em relação à conduta tipificada, ou seja, nem todos os usuários são ou serão traficantes.

Não resta outro fundamento a não ser a proibição paternalista do usuário. O uso de drogas é uma autolesão, que afeta apenas o usuário. Nas palavras de Carvalho, “esquecer o sujeito concreto para criar mecanismos retóricos abstratos de legitimação das hipóteses de

⁶⁶⁸ GRECO FILHO, Vicente. op. cit. pp. 127-128.

⁶⁶⁹ Entre outros: STJ, REsp 694042/RS, j. 10.05.2005.

⁶⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente. op. cit. p. 133.

punição aos usuários produz significativa violência ao núcleo constitucional que sustenta o direito penal”.⁶⁷¹ Prossegue o autor afirmando que “a secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade”.⁶⁷² De forma semelhante já entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁷³ e a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina.⁶⁷⁴

A única alternativa é aceitar o uso da droga como exercício da autonomia do indivíduo. Alegar que uma pessoa drogada pode sentir-se desinibida para praticar crimes também não convém, pois o artigo 28 é claro: basta portar a droga para incidir no tipo penal. Não é necessário usar a droga, nem praticar qualquer ato ilícito posterior. Se, eventualmente, o sujeito, sob efeitos de droga, cometer um crime, responderá por este com fundamento na *actio libera in causa*.

Caso o usuário seja *dependente*, e não tiver autonomia suficiente, o problema é diverso. A maneira mais correta de protegê-lo é fazer uso de políticas de saúde pública fora da esfera do direito penal. O usuário dependente é pessoa doente que precisa de tratamento médico e psicológico, ajuda da família, dos amigos, enfim, tudo que possa ser eficaz e não tenha natureza criminal. Não é aceitável qualquer forma de paternalismo jurídico-penal para proteger um sujeito de autolesões consentidas se isso implicar impedimento ao exercício da autonomia. O usuário *eventual*, que não sofre da dependência, sabe o que é bom para si mesmo e pode prosseguir na sua autonomia para usar a droga.

7.5.4. Doação de órgãos

A Lei 9.434/1997 “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”. Entre seus dispositivos, um é de grande importância para a discussão do paternalismo.

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para

⁶⁷¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 254.

⁶⁷² Ibidem. p. 256.

⁶⁷³ Apelação Criminal nº 01113563.3/0-0000-000, j. em 31 de março de 2008.

⁶⁷⁴ Causa n. 9.080, de agosto de 2009.

transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

[...]

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Segundo o artigo 14 da Lei, é crime “remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei”. Quer dizer, se um médico remover órgão que não seja duplo de uma pessoa que deseja doá-lo ao filho, poderá responder por crime. Por uma questão paternalista, se A quiser doar seu coração ao filho B, porque este está morrendo e existe compatibilidade, aquele que fizer o procedimento será criminalmente processado. Temos, portanto, um caso de paternalismo impuro ou indireto.

A proteção paternalista pode ser fundamentado na manutenção da autonomia da pessoa, que certamente morrerá se tiver um órgão vital retirado. Por outro lado, o pai impedido de doar órgão vital poderá lamentar para sempre, pois preferia ter morrido e salvado o filho. Diante da colocação, temos um conflito de argumentos. E defende-se a impossibilidade de remoção do órgão vital porque a morte do ente querido é uma dor que poderá ser superada no futuro ou, pelo menos, o pai conseguirá retomar sua vida mesmo com o sofrimento da perda. Esta situação é diversa do caso das testemunhas de Jeová, no qual há um valor espiritual envolvido e um conflito interno que impedem a superação do trauma. Enfim, a perda do filho não retira a autonomia, pois a dignidade ainda permanece com aquele que sofre.

CONCLUSÕES

Diante de todos os argumentos expostos e das questões discutidas ao longo dos capítulos, seguem as seguintes conclusões:

1. O direito penal do Estado liberal e democrático de direito deve-se pautar pelos princípios tradicionais, entre eles o da legalidade, da subsidiariedade, da lesividade, da fragmentariedade e da proporcionalidade. A estes princípios deve ser adicionado o princípio da autonomia individual, segundo o qual as proibições penais devem respeitar ao máximo a liberdade do sujeito, pois presume-se que cada um sabe o que é melhor para si próprio.

2. A tradição jurídica romano-germânica, predominante na Europa continental e na América Latina, tem como núcleo a teoria do bem jurídico. Parte-se do objeto de proteção para a elaboração da norma. Por outro lado, a tradição anglo-saxã, da *common law*, parte dos princípios da lesão (*harm principle*) e da ofensa (*offense principle*), rejeitando a criminalização de condutas com fundamento unicamente na imoralidade que podem representar ao meio social (*moral principle*). Nos dois sistemas jurídicos, há um ponto em comum: o direito penal deve ser a *ultima ratio* do controle social formal.

3. Na tentativa de conciliar os dois sistemas, o utilitarismo é instrumento de integração à medida que seu fundamento é a utilidade que se busca com um ato. O utilitarista faz o cálculo das perdas e dos ganhos de uma decisão e, se o saldo final for favorável ao que se pretende, segue adiante. Se o resultado não lhe favorecer, busca outros meios de atingir a meta pretendida, sempre considerando as perdas e os ganhos. Dentre as diversas espécies de utilitarismo, encontram-se desde pensamentos mais radicais, que dão à utilidade o significado de prazer, até os mais atuais e ponderados, que agregam valores aos meios e aos fins pretendidos.

4. No sistema jurídico-penal, a criminalização de condutas deve ter uma utilidade que obedeça aos princípios fundamentais do direito penal: a maior proteção de bens jurídicos com a menor restrição da liberdade. Propõe-se, então, um utilitarismo normativo-axiológico, segundo o qual a norma penal terá legitimidade sempre considerando o valor

daquilo que se quer tutelar. Somente os bens jurídicos mais relevantes à manutenção da autonomia devem ser protegidos das formas mais graves de lesão ou perigo de lesão. Assim, o valor maior, merecedor de proteção, é a autonomia individual.

5. Quando o Estado faz uso do ordenamento jurídico para interferir na liberdade individual, para promover um bem ou evitar um mal, contra a vontade da pessoa, por entender que esta desconhece o melhor para si própria, temos o paternalismo. Entende-se por paternalismo a interferência na liberdade de alguém, contrariando a vontade, para seu próprio bem. O Estado pode promover atos paternalistas por meio do direito, com proibições ou mandamentos. O que interessa ao trabalho é uma das espécies de paternalismo, o jurídico-penal, sustentado por normas de proibição com o fim de proteger interesses.

6. O paternalismo jurídico-penal pode manifestar-se de diversas formas, mas algumas são mais relevantes: paternalismo puro ou direto (a norma proíbe um comportamento para proteger a própria pessoa); paternalismo impuro ou indireto (a norma proíbe o comportamento de alguém para proteger outra pessoa, contra a vontade desta); paternalismo rígido (o Estado proíbe determinado comportamento para todas as pessoas, independentemente de ser capaz ou incapaz); paternalismo moderado (o Estado interfere apenas na vontade da pessoa quando esta for incapaz de consentir sobre seus atos por algum motivo).

7. Dentre os autores que criticam o paternalismo e o aceitam apenas em parte estão Joel Feinberg e Gerald Dworkin. O primeiro autor faz a distinção entre lesão e ofensa no direito penal e as separa dos atos meramente imorais para demonstrar a legitimidade do direito penal. Feinberg faz a valoração das possíveis condutas lesivas e ofensivas e atribui caráter criminal apenas àquelas que frustram interesses dos demais e não podem ser enfrentadas por outros meios. Além disso, Feinberg deixa de lado o cálculo utilitarista para buscar argumentos morais convincentes para criminalizar certas lesões consentidas ou autolesões.

8. O segundo autor segue uma linha utilitarista, com a qual busca a legitimidade do paternalismo no resultado pretendido, sem focar especificamente no direito penal. Para Dworkin, uma conduta autolesiva pode alcançar um resultado remoto lesivo a terceiros e isso justificaria a intervenção estatal (interferir na liberdade da minoria para proteger a

maioria). Também, conforme o autor, é possível ser paternalista sem intervir na liberdade, desde que a utilidade pretendida envolva a busca ao bem de uma pessoa contra sua vontade.

9. A construção de uma teoria paternalista legítima do direito penal passa, necessariamente, pelos conceitos de autonomia e responsabilidade. O sujeito autônomo é aquele que sabe discernir as coisas e pode agir conforme sua vontade consciente. A autonomia a ser preservada, no entanto, não é irrestrita; esgota-se quando interferir na autonomia de terceiros. Na ausência da capacidade de discernimento ou da livre manifestação da vontade, por qualquer tipo de vulnerabilidade, não se aceita um comportamento como autônomo e, assim, a intervenção paternalista está legitimada.

10. O sujeito sem autonomia não tem responsabilidade sobre seus atos, portanto, não pode consentir sobre lesões a seus bens jurídicos. Na ausência de autonomia não restam dúvidas sobre a legitimidade da intervenção paternalista, principalmente quando houver riscos a um bem jurídico relevante. O consentimento sem autonomia é inválido e a vontade demonstrada pela pessoa não pode ser considerada, pois presume-se que, se não estivesse em estado de vulnerabilidade, não aceitaria a lesão ao seu bem jurídico.

11. Numa relação paternalista legítima, a princípio, uma das partes deve ser vulnerável. A vulnerabilidade pode manifestar-se de várias formas. Pode estar relacionada à falta de desenvolvimento intelectual, à informação insuficiente, à coerção, à fraude ou a alguma característica peculiar da pessoa. Na última hipótese, certas peculiaridades tornam a pessoa mais frágil em determinadas relações, como as mulheres, os deficientes, os idosos.

12. O direito penal deve evitar a exploração da vulnerabilidade, pela qual alguém, aproveitando-se da fragilidade do ofendido, obtém vantagem injusta. Quando um vulnerável é explorado, mesmo sem violência ou grave ameaça, seu comportamento é dirigido por uma vontade que não corresponde à realidade. Quer dizer, a vontade demonstrada (ser explorado) é oposta à vontade real (não ser explorado). No entanto, por não haver alternativas diferentes, o ofendido acaba por sucumbir à relação de exploração.

13. O direito penal pode agir paternalisticamente na tutela de bens jurídicos, desde que atendidos alguns requisitos. Primeiramente, os bens jurídicos devem ser fundamentais à preservação da autonomia individual. Segundo, o sujeito que sofre a restrição em sua liberdade não pode ser autônomo. Se houver autonomia, não há legitimidade ao direito

penal para impedir o seu exercício. Terceiro, o bem jurídico tutelado deve ser capaz de garantir a autonomia presente e futura do indivíduo.

14. Por fim, a autonomia deve ser concebida individualmente, considerando o histórico de vida de cada um. Deve-se avaliar os valores de cada pessoa, adquiridos na sua vivência, e respeitá-los sem a imposição de padrões de comportamento. A pessoa humana, individualmente, deve ser respeitada e seu modo de vida precisa de proteção, com a garantia da autonomia, desde que os direitos de terceiros sejam preservados. O direito penal nunca poderá interferir na esfera individual se não houver motivo relevante para tal.

BIBLIOGRAFIA

AGNEW, Robert. Autonomy and delinquency. *Sociological Perspectives*, University of California, vol. 27, n.º 02, pp. 219-240, abr. 1984.

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madri (Espanha): Iustel. 2006.

ALEXANDER, Larry. Consent, Punishment, and Proportionality. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, n.º 2, pp. 178-182, 1986.

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.

AMELUNG, Knut. *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt (Alemanha): Athenäum. 1972.

ANDERSON, Scott A. Prostitution and Sexual Autonomy: Making Sense of the Prohibition of Prostitution. *Ethics*, Chicago (EUA), n.º 112, pp. 748-780, jul. 2002.

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

ANJOS, Marcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista da Sociedade Brasileira de Bioética*, Brasília, DF, vol. 02, n.º 02, pp. 173-186, 2006.

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

ARCHARD, David. Paternalism Defined. *Analysis*, Oxford (Inglaterra), vol. 50, n.º 1, pp. 36-42, jan. 1990.

ARNESON, Richard J. Paternalism. In: CRAIG, Eduard (Org.) *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres (Inglaterra), vol. 07. pp. 250-252, 1998.

_____. A Defense of Equal Opportunity for Welfare. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Tucson (EUA), vol. 62, n.º 02, pp. 187-195, mai. 1991.

ARONSON, Gregg. Seeking a consolidated feminist voice for prostitution in the US. *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*. Camden (EUA), vol. 03, n.º 03, pp. 357-388, 2006.

ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*, Alicante (Espanha), vol. 05, pp. 203-214. 1998.

BAKER, Dennis J. The moral limits of criminalizing remote harms. *New Criminal Law Review*, University of California, vol. 10, n.º 03, pp. 370–391, 2007.

_____. Constitutionalizing the Harm Principle. *Criminal Justice Ethics*, Nova Iorque (EUA), vol. 27, n.º 2, pp. 03-28, 2008.

_____. Harm principle vs Kantian criteria for fair, principled and just criminalisation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 33, pp. 66-99, 2008.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El consentimiento em el derecho penal*. Madri (Espanha): Dykinson. 1999.

BARROSO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.º 63, pp. 113-141, 2004.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n.º 01, pp. 16-29, mai./ago. 2009.

BEDAU, Hugo Adam. Paternalism. In: HONDERICH, Ted. (org.) *The Oxford Guide to Philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. 2005. p. 684.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. Padova (Itália): Editrice. 1966.

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.

BLOOM, Gordon F. A Reconsideration of the Theory of Exploitation. *The Quarterly Journal of Economics*, Boston (EUA), vol. 55, n.º 3, pp. 413-442, mai. 1941.

BOYCE, Bret. Obscenity and Community Standards. *The Yale Journal Of International Law*, New Haven (EUA), vol. 33, pp. 299-368, 2008.

BOYER, Allen. The antiquarian and the utilitarian: Charles Dickens vs. James Fitzjames Stephen. *Tennessee Law Review*, Knoxville (EUA), vol. 56, pp. 595-628, 1988-89.

BRACE, J. W. A. Treating Jehovah's Witnesses. *British Medical Journal*, Londres (Inglaterra), vol. 305, n.º 6853, pp. 588-589, set. 1992.

BRANDÃO, Claudio, Significado político-constitucional do direito penal. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. pp. 120-129.

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. pp. 410-418.

_____. Bentham, Jeremy. In: AUDI, Robert (org.). *The Cambridge dictionary of philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. pp. 80-81.

BRINK, David O. Mill's Deliberative Utilitarianism. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, n.º 1, pp. 67-103, 1992.

BRONCANO RODRÍGUEZ, Fernando. Epistemología social y consenso en la ciência. *Revista Hispanoamericana de Filosofia*, Cidade do México (México), vol. 31, n.º 92, pp. 03-36, ago. 1999.

BROSTRÖM, Linus, JOHANSSON, Mats. *Is hypothetical consent a substitute for actual consent?* Philosophical Papers Dedicated to Wlodek Rabinowicz, 2007. Disponível em <www.fil.lu.se/homageawlodek>. Acesso em: 20 abr. 2009.

BRUEGGEMANN, John. The Power and Collapse of Paternalism: The Ford Motor Company and Black Workers, 1937- 1941. *Social Problems*, University of California, vol. 47, n.º 2, pp. 220-240, mai. 2000.

BUCHANAN, Allen. Medical Paternalism. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 07, n.º 04, pp. 370-390, 1978.

BURDICK, Willian Livesey. *The law of crime*, vol. 1. Londres (Inglaterra): M. Bender & Co. 1946.

CARD, Robert F. Consequentialist Teleology and the Valuation of States of Affairs. *Ethical Theory and Moral Practice*, Amsterdam (Holanda), vol. 7, n.º 03, pp. 253-265, jun. 2004.

CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. John Stuart Mill: o utilitarismo reinventado. In: _____. *O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos*. Florianópolis: Editora UFSC. 2007. pp. 73-103.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

CASSINELLI, C. W. The “Consent” of the Governed. *The Western Political Quarterly*, Salt Lake City (EUA), vol. 12, n.º 2, pp. 391-409, jun. 1959.

CASTELLS, Manuel. Propositiones teoricas para una investigacion experimental sobre los movimientos sociales urbanos. *Revista Mexicana de Sociología*, Cidade do México (México), vol. 34, n.º 01, pp. 01-26, jan./mar. 1972.

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. *Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas*, São Paulo, n. 116, pp. 143-176, jul. 2002.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Direito penal português: parte geral*. Lisboa (Portugal): Editorial Verbo. 1982.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

CHAN, Joseph. Legitimacy, Unanimity, and Perfectionism. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, n.º 1, pp. 5-42, 2000.

CHIAPPIN, J. R. N.; LEISTER, Carolina. O contratualismo como método: política, direito e neocontratualismo. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 18, n.º 35, pp. 09-26, fev. 2010.

CHRISTMAN, John. Liberalism and Individual Positive Freedom. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 101, n.º 02, pp. 343-359, jan. 1991.

_____. Autonomy and personal history. *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 21, n.º 01, pp. 01-24. mar. 1991.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

CLARK, Gordon L., KNOX-HAYES, Janelle. The 'new' paternalism consultation and consent: Expectations of UK participants in defined contribution and self-directed retirement savings schemes. *Pensions*, Oxford (Inglaterra), vol. 14, pp. 58-74. 2009.

COLT, Henri. Autonomia e identidade practica - pilares de la conducta etica de los medicos. *Medicina*, Buenos Aires (Argentina), vol. 66, pp. 75-80, 2006.

COPP, David. Defending the Principle of Alternate Possibilities: Blameworthiness and Moral Responsibility. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 66, n.º 23, pp. 829-839, dez. 1969.

CORDOVA, Efren. Sobre la Implementacion del Derecho Laboral en la America Latina. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, vol. 8, n.º 3, pp. 453-470, jul. 1966.

CORLETT, Angelo. The Philosophy of Joel Feinberg. *The Journal of Ethics*, University of California, vol. 10, n.º 02, pp. 131-191, 2006.

COTTERRELL, Roger. Common Law Approaches to the Relationship between Law and Morality. *Ethical Theory and Moral Practice*, Amsterdam (Holanda), vol. 3, n.º 1, pp. 09-26, mar. 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.11, n.º esp., pp. 06-08, out. 2003.

CRANOR, Carl F. Legal moralism reconsidered. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 89, n.º 02, pp. 147-164, jan. 1979.

CRIMMINS, James E. Contending Interpretations of Bentham's Utilitarianism. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 29, n.º 04, pp. 751-777, dez. 1996.

CRISP, Roger. Deontological ethics. In: HONDERICH, Ted (org.). *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. 2005. pp. 200-201.

CULBERT, A; DAVIS, D J. Parental preferences for neonatal resuscitation research consent: a pilot study. *Journal Of Medical Ethics*, EUA, vol. 31, n.º 12, pp 721-726, 2005.

CUMMINGS, Scott. Vulnerability to the Effects of Recession: Minority and Female Workers. *Social Forces*, Chapel Hill (EUA), vol. 65, n.º 03, pp. 834-845, mar. 1987.

CUNNINGHAM, Larry. A question os capacity: towards a comprehensive and consistent vision of children and their status under law. *UC Davis Journal of Juvenile Law and Policy*, Davis (EUA), vol. 02, n.º 10, pp. 276-377, 2006.

DALY, Kathleen. Rethinking Judicial Paternalism: Gender, Work-Family Relations, and Sentencing. *Gender and Society*, Thousand Oaks (EUA), vol. 3, n.º 01, pp. 09-36, mar. 1989.

DAVENPORT, Manuel M. The Moral Paternalism of Albert Schweitzer. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 84, n.º 2, pp. 116-127, jan. 1974.

DAVIS, John K. Precedent Autonomy and Subsequent Consent. *Ethical Theory and Moral Practice*, Amsterdam (Holanda), vol. 07, n.º 03, pp. 267-291, jun. 2004.

DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Londres, Oxford (Inglaterra), Nova Iorque (EUA): Oxford University Press. 1968.

DÍAS PINTOS, Guillermo. *Autonomía y paternalismo*. Murcia (Espanha): Universidad de Castilla – La Mancha. 1993.

DICKENS, Bernard, COOK, Rebecca J. Adolescents and Consent to Treatment. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, vol. 89, pp. 179-184, 2005.

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

DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de bienestar. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante (Espanha), vol. 05, pp. 175-194, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva. 2009.

DOLAN, Paul; PEASGOOD, Tessa. Measuring Well-Being for Public Policy: Preferences or Experiences? *Journal of Legal Studies*, Chicago (EUA), vol. 37, pp. 05-31, jun. 2008.

DOWNIE, R. S., TELFER, Elizabeth. Autonomy. *The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Londres (Inglaterra), vol. 46, pp. 293-301, out. 1971.

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.

DU TOIT, Brian M. Ethics, Informed Consent, and Fieldwork. *Journal of Anthropological Research*, Albuquerque (EUA), vol. 36, n.º 3, pp. 274-286, out. 1980.

DUFF, R. A. Who is responsible, for what, to whom? *Ohio State Journal of Criminal Law*, Columbus (EUA), vol. 02, pp. 441-462, 2004-2005.

DWORKIN, Gerald. Punishment for intentions. *Mind – new series*, Oxford (Inglaterra), vol. 75, n.º 299, pp. 396-404, jul. 1966.

_____. Compulsion and Moral Concepts. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 78, n.º 03, pp. 227-233, abr. 1968.

_____. Acting Freely. *Noûs Philosophy Journal*, vol. 4, n.º 04, pp. 367-383, nov. 1970.

_____. Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (orgs.) *Philosophy of Law*. Encino (EUA): Dickenson Publishing. 1975. pp. 230-239.

_____. Autonomy and Behavior Control. *The Hastings Center Report*, Garrison (EUA), vol. 6, n.º 01, pp. 23-28, fev. 1976.

_____. Taking Risks, Assessing Responsibility. *The Hastings Center Report*, Garrison (EUA), vol. 11, n.º 05, pp. 26-31, out. 1981.

_____. Paternalism: some second thoughts. In: _____ (coord.) *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge (Inglaterra), Nova Iorque (EUA): Cambridge. 1988. pp. 121-129.

_____. “Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law” (resenha). *The Philosophical Review*, Durham (EUA), vol. 98, n.º 2, pp. 239-242, abr. 1989.

_____. Moral Paternalism. *Law and Philosophy*, Holanda, vol. 24, n.º 03, pp. 305-319, 2005.

_____. Positive and negative freedom. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. p. 735.

_____. *Paternalism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://www.seop.leeds.ac.uk/entries/paternalism>>. Acesso em: 10 out. 2008.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Boston (EUA): Harvard University Press. 1985.

DZUR, Albert W. “Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law” (resenha). *The Philosophical Review*, Durham (EUA), vol. 98, n.º 2, pp. 239-242, abr. 1989.

_____. Liberal Perfectionism and Democratic Participation. *Polity*, Staten Island (EUA), vol. 30, n.º 04, pp. 667-690. 1998.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva. 2004.

ESER, Albin. The Principle of “Harm” in the Concept of Crime. *Duquesne University Law Review*. Pittsburgh (EUA), vol. 04, pp. 345-417, 1966.

ESHLEMAN, Andrew. *Moral Responsibility*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/moral-responsibility/>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito penal. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. LVI, fasc. 227, pp. 333-341, jul./ago. 2007.

FARIA COSTA, José de. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora. 2005.

FARIAS, Gisele. *Muerte voluntaria*. Buenos Aires (Argentina): Astrea. 2008.

FEINBERG, Joel. Sentiment and Sentimentality in Practical Ethics. *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*. vol. 56, n.º 01, pp. 19-46, set. 1982. p. 21.

_____. *Harm to others*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1984.

_____. *Offense to others*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1985.

_____. *Harm to self*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1986.

_____. *Harmless wrongdoing*. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1987.

_____. The forms and limits of utilitarianism. *The Philosophical Review*. Pittsburgh (EUA), vol. 76, n.º 03, pp. 368-381, jul. 1967.

FERNANDES, Florestan. La persistencia del pasado. *Revista Mexicana de Sociologia*, Cidade do México (México), vol. 28, n.º 4, pp. 787-811, out./dez. 1966.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Tradução de ZOMER, Ana Paula et al. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

FERRARA, Alessandro. Two Notions of Humanity and the Judgment Argument for Human Rights. *Political Theory*, Thousand Oaks (EUA), vol. 31, n.º 3, pp. 392-420, jun. 2003.

FERRAZ, Flávio Carvalho. A questão da autonomia e a bioética. *Bioética*, Brasília, DF, volume 09, n.º 01, pp. 73-81, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora. 1997.

FOTION, N. Paternalism. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 89, n.º 2, pp. 191-198, jan. 1979.

FRANKFURT, Harry. Freedom of the Will and the Concept of a Person. *The Journal of Philosophy*, Waterbury (EUA), vol. 68, n.º 01, pp. 05-20, jan. 1971.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal: vol II*. Campinas: Bookseller. 1997.

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.

GALVIN, Richard. Legal Moralism and the U.S. Supreme Court. *Legal Theory*, Oxford (Inglaterra), n.º 14, 91-111, 2008.

GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

GAULT, Berys. Consequentialism. In: Robert Audi (coord.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. pp. 176-177.

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

GAUS, Gerald. *Liberalism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/liberalism/>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

GERT, Bernard, CULVER, Charles M. Paternalistic Behavior. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, n.º 01, pp. 45-57, out. 1976.

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

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo et. Al. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Barcelona (Espanha): Praxis. 1999.

GONZALEZ CASANOVA, Pablo. Un Estudio de Sociologia Religiosa. *Revista Mexicana de Sociología*, Cidade do México (México), Vol. 09, n.º 3, pp. 353-365, set./dez. 1947.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho penal mexicano, parte general y parte especial*. Ciudad de México (México): Editorial Porrúa. 1999.

GONZÁLEZ-TORRE, Ángel Pelayo. *Bioética y experimentación com seres humanos*. Granada (Espanha): Comares. 2002.

_____. *El derecho a la autonomia del paciente em la relación médica*. Granada (Espanha): Comares. 2009.

GOSLING, J. C. B., Hedonism. In: HONDERICH, Ted. *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. 2005. pp. 362-363.

GRAY, Bradford H. Complexities of Informed Consent. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Washington (EUA), vol. 437, pp. 37-48, mai. 1978.

GRECO, Luis. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, São Paulo, n.º 03, pp. 47-59, jan./abr. 2010.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro, RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas. 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva. 2009.

GREENE, Theodore Meyer. *Liberalismo: teoria e prática*. Tradução de CARVALHO, Leônidas Gontijo de. São Paulo: IBRASA. 1983.

GRIFFIN, James. Welfare Rights. *The Journal of Ethics*, Holanda, vol. 04, n.º 01, pp. 27-43, jan./mar. 2000.

GROTEFELD, Stefan. Self-Restraint and the Principle of Consent: Some Considerations on the Liberal Conception of Political Legitimacy. *Ethical Theory and Moral Practice*, Amsterdam, Holanda, vol. 03, n.º 1, pp. 77-92, mar. 2000.

GRUHL, John, WELCH, Susan. Women as Criminal Defendants: A Test for Paternalism. *The Western Political Quarterly*, Salt Lake City (EUA), vol. 37, n.º 03, pp. 456-467, set. 1984.

GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. *Revista Bioética*, Brasília, DF, vol. 07, n.º 01, pp. 21-24, 1999.

_____; _____. *Vulneráveis*. In: Portal da Bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnera.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

GUNN, M. J. et. al. Decision-making capacity. *Medical Law Review*. Oxford (Inglaterra), vol. 07, pp. 269-306, 1999.

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

HARRISON, Ross. Bentham, Jeremy. In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide of philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2005. pp. 87-90.

HART, H. L. A. *Law, liberty and morality*. Stanford (Estados Unidos): Stanford University Press. 1963.

_____. *Punishment and responsibility*. Nova Iorque (Estados Unidos), Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. 1968.

HAY, Douglas. Patronage, paternalism and welfare: Masters, Workers, and Magistrates in Eighteenth-Century England. *International Labor and Working-Class History*, Cambridge (Inglaterra), n.º 53, pp. 27-48, 1998.

HETHERINGTON, Stephen. Alternate Possibilities and Avoidable Moral Responsibility. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 40, n.º 3, pp. 229-239, jul. 2003.

HODSON, John D. The principle of paternalism. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol 14, n.º 01, pp. 61-69, jan. 1977.

HOLMES-ROVNER, Margaret, WILLS, Celia E. Improving Informed Consent Insights from Behavioral Decision Research. *Medical Care*, Washington (EUA), vol. 40, n.º 9, Suplemento: Making Informed Consent Meaningful. pp. V30-V38, set. 2002.

HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory and Moral Practice*, Amsterdam (Holanda), vol. 5, n.º 4. pp. 357-389, dez. 2002.

HOSPERS, John. Libertarianism and legal paternalism. *The Journal of Libertarian Studies*, Alburn (EUA), vol. IV, n.º 03. pp. 255-265. 1980.

HOWARD-SNYDER, Frances. The Heart of Consequentialism. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Holanda, vol. 76, n.º 01, pp. 107-129, out. 1994.

HUNGRIA, Nelson, LACERDA, Romão Cortes de, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*: vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

HUSAK, Douglas N. Paternalism and autonomy. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, n.º 01, pp. 27-46. 1981.

HUTZ, Claudio S., KOLLER, Silvia H., BANDEIRA, Denise R. Resiliência e vulnerabilidade em crianças em situação de risco. In: KOLLER, Silvia Helena. *Coletâneas da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia*, Rio de Janeiro, n.º 12, pp. 79-86, 1996.

JACOBS, Francis G. *Criminal responsibility*. LSE Research Monographs, vol. 08. Londres (Inglaterra): Wiedenfeld and Nicolson. 1971.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal*: parte general. Tradução CUELLO CONTRERAS, Joaquin; SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, Jose Luis. Madri (Espanha): Marcial Pons. 1997.

JAREBORG, Nils. Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*). *Ohio State Journal Of Criminal Law*, Columbus (EUA), vol. 02, pp. 521-534, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de OLMEDO CARDENETE. Miguel, Granada (Espanha): Comares Editorial, 2002.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de derecho penal*, vol IV. Buenos Aires (Argentina): Editorial Losada S/A. 1961.

KADT, Emanuel de. Paternalism and Populism: Catholicism in Latin America. *Journal of Contemporary History*, Sussex (Inglaterra), vol. 2, n.º 4, pp. 89-106, out. 1967.

KANT, Immanuel. *The Philosophy of Law*. Tradução de HASTIE, W. Edinburgh (Escócia): T & T Clark. 1887.

_____. *Grundwork for the metaphysics of morals*. Traução de KABBOTT, Thomas A.; Revisão de DENIS, Lara. Toronto (Canadá): Broadview. 2005.

KAPITAN, Tomis. The problem of free will. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge dictionary of philosophy*. Cambridge (Inglaterra) Cambridge University Press. p. 326-328.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: allgemeiner Teil*. Baden-Baden (Alemanha): Nomos. 2005.

KLEIN, Daniel. Liberty, Dignity, and Responsibility: The Moral Triad of a Good Society. *The Independent Review*, Oakland, Washington (EUA), vol. 01, n.º 3, pp. 325-351, 1997.

KLEINIG, John. *Paternalism*. Totowa (EUA): Rowman and Allanheld, 1984.

_____. Crime and the concept of harm. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 15, n.º 01, pp. 27-36, jan. 1978.

KNOWLES, Dudley R. A Reformulation of the Harm Principle. *Political Theory*, Thousand Oaks (EUA), vol. 06, n.º 2, pp. 233-246, mai. 1978.

KOTLER, Martin A. Utility, autonomy and motive: a descriptive model of the development of tort doctrine. *University of Cincinnati Law Review*. Cincinnati (EUA), vol. 58, pp. 1231-1290. 1990.

KRAYNAK, Robert P. John Locke: from absolutism from toleration. *The American Political Science Review*. Washington (EUA), vol. 74. n.º 01. pp. 53-69, mar. 1980.

KUFLIK, Arthur. The utilitarian logic of inalienable rights. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 97, pp. 75-87, out. 1986.

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

KYMLICKA, Will. Liberalism, In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford. 2005. p. 514-516.

LAKOFF, Sanford. Autonomy and Liberal Democracy. *The Review of Politics*, Notre Dame (EUA), vol. 52, n.º 3, pp. 378-396. 1990.

LAWRENCE, Matthew J. B. *Forcing Patients To Do What They Really Want To Do: The Case For Excuse Paternalism*. In: Social Science Research Network. fev. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1343539>>. Acesso em: 16 mar. 2009.

LEIKIN, Sanford. Minors' Assent, Consent, or Dissent to Medical Research. *Ethics and Human Research*, EUA, vol. 15, n.º 02, pp. 01-07, mar./abr. 1993.

LEONARD, Thomas C., GOLDFARB, Robert, SURANOVIC, Steven. New on paternalism and public policy. *Economics and Philosophy*, Cambridge (Inglaterra), vol. 16, pp. 323-331. 2000.

LIMA, Paulo Gomes. *Ações afirmativas como eixo de inclusão de classes sociais menos favorecidas à universidade brasileira: um terceiro olhar entre pontos e contrapontos*. Campinas. In: Anais do 17.º Congresso de Leitura do Brasil. 2009. Disponível em: <http://www.alb.com.br/anais17/txtcompletos/sem10/COLE_35.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2010.

LÓPEZ CALERA, Nicolás. La vida y la muerte ante la ética y el derecho, paternalismo médico y desarrollo científico. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante (Espanha), vol. 15, pp. 715-729, 1994.

LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

LYONS, *Forms and limits of utilitarianism*. Oxford (Inglaterra): Clarendon Press. 1965.

MAHER, Gerry. Age and criminal responsibility. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Columbus (EUA), vol. 02, pp. 493-512, 2005.

MALM, H. M. Liberalism, Bad Samaritan Law, and Legal Paternalism. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 106, n.º 01, pp. 04-31, outubro de 1995.

MALYON, David. Transfusion-Free Treatment of Jehovah's Witnesses: Respecting the Autonomous Patient's Rights. *Journal of Medical Ethics*, EUA, vol. 24, n.º 5, pp. 302-307, outubro de 1998.

MANNING, Joanna. Informed consent to medical treatment: The Common-Law and New Zealand's Code of Patient's Rights. *Medical Law Review*, Oxford (Inglaterra), vol. 12, pp. 181-216, 2004.

MARINONI, Luis Guilherme. A aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.º 47, pp. 11-58, 2008.

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

MARNEFFE, Peter de. Avoiding Paternalism. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 34, n.º 01, pp. 68-94, 2006.

_____. Contractualism, Liberty, and Democracy. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 104, n.º 04, pp. 764-783, jul. 1994.

MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heiz. *Derecho penal: parte general*. Tradução de BOFILL, Jorge; AIMONE GIBSON, Enrique. Buenos Aires (Argentina): Astrea, 1994.

McGEE, Andrew. Finding away through the ethical and legal maze: withdrawal of medical treatment and euthanasia. *Medical Law Review*, Oxford (Inglaterra), vol. 13, pp. 357-385, 2005.

McLEOD, Carolyn. How to distinguish autonomy from integrity? *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 35, n.º 01, pp. 107-134, mar. 2005.

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

_____. *On liberty*. Harmondsworth (Inglaterra): Penguin. 1974.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face dos bens jurídicos indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*, Belo Horizonte, vol. 06, n.º 01, pp. 217-235, jan./jun. 2008.

MINDLE, Grant B. Privacy and autonomy. *The Journal of Politics*. Cambridge (Inglaterra), vol. 51, n.º 03, pp. 575-598, ago. 1989.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideu (Uruguai), Buenos Aires (Argentina): Julio César Faira Editor. 2007.

_____. *Derecho penal, parte general*. Montevideu (Uruguai), Buenos Aires (Argentina): Julio César Faira Editor. 2008.

MONTMARQUET, James A. Hedonism. In: AUDI, Robert (coord.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. pp. 364-365.

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

MORRIS, Herbert. A paternalistic theory of punishment. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 18, n.º 04, pp. 263-270, out. 1981.

MOULDS, Elizabeth F. Chivalry and Paternalism: Disparities of Treatment in the Criminal Justice System. *The Western Political Quarterly*, Salt Lake City (EUA), vol. 31, n.º 03, pp. 416-430, set. 1978.

MOURA BITTENCOURT, Edgard. *Vítima*. Franca: Universitária de Direito. 1978.

MOURA FÉ, Ivan de Araújo. Doença mental e autonomia. *Revista Bioética*, Brasília, DF, vol. 06, pp. 71-79, 1998.

MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá. 2008.

MURPHY, Jeffrie G. Another look at legal moralism. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 77, n.º 01, pp. 50-56, out. 1956.

_____. Legal moralism and liberalism. *Arizona Law Review*, Tucson (EUA), vol. 37, pp. 73-93, 1995.

NARVESON, Jan. *Morality and Utility*. Baltimore (Estados Unidos): John Hopkins Press. 1967.

NERI CASTAÑEDA, Hector. Acción abierta, utilidad y utilitarismo. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 03, n.º 9, pp. 77-109, set. 1969.

NG, Yew-Kwang. Welfarism and utilitarianism: A Rehabilitation. *Utilitas*, Oxford (Inglaterra), vol. 2, n.º 02, pp. 171-193, nov. 1990.

NORMAN, Richard. Autonomy. In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. p. 71-72.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva. 2002.

NYE, J.; PARRY, H. E. Consent To Medical Treatment. *The British Medical Journal*, Londres (Inglaterra), vol. 01, n.º 6170, pp. 1091-1092, abr. 1979.

O'BRIEN, Patricia. Crime and Punishment as Historical Problem. *Journal of Social History*, Fairfax (EUA), vol. 11, n.º 4, pp. 508-520, 1978.

O'MANIQUE, John. Universal and inalienable rights: a search for foundations. *Human Rights Quarterly*, Baltimore (EUA), vol. 12, n.º 4, pp. 465-485, nov. 1990.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de família no novo Código Civil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 05, n.º 10, pp. 236-253, jul./dez. 2002.

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, pp. 39-66, ago. 2004.

OSHANA, Marina. How much should we value autonomy? *Social Philosophy and Policy*, Cambridge (Inglaterra), vol. 20, n.º 02, pp. 99-126, 2003.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

PEACOCKE, Christopher. Moral rationalism. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 101, n.º 10, pp. 499-526, out. 2004.

PERRIN, Jean-François. La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico em nuestros días. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 07, n.º 13, pp. 162-178, jan./jun. 2005.

PERRY, Thomas D. Moral Autonomy and Reasonableness. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 65, n.º 13, pp. 383-401, jun. 1968.

PHILIPS, Michael. Moralism and the good. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, vol. 52, n.º 01, pp. 131-139, jul. 1987.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.

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

POPE, Thaddeus Mason. *A Definition And Defense Of Hard Paternalism: A Conceptual And Normative Analysis Of The Restriction Of Substantially Autonomous Self-Regarding Conduct*. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Georgetown, Washington D. C., EUA, 2002.

_____. Is Public Health Paternalism Really Never Justified? A Response To Joel Feinberg. In: FIFTH WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF BIOETHICS. Londres (Inglaterra), 2002.

_____. Counting The Dragon's Teeth And Claws: The Definition Of Hard Paternalism. *Georgia State University Law Review*, Atlanta (EUA), vol. 20, n.º 03, 2004.

_____. Monstrous impersonation: a critique of consent-based justification for hard paternalism. *University of Missouri-Kansas Law Review*, Kansas City, vol. 73, n.º 03, pp. 681-713, 2005.

POST, Robert. *Dignity, autonomy, and democracy*. Disponível em: <igs.berkeley.edu/publications/working_papers/WP2000-11.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2010.

POVEDA PERDOMO, Alberto. Fundamentación material del injusto : entre el derecho penal protector de bienes jurídicos y el derecho penal defensor de la vigencia de la norma. *Revista Actualidad Penal*. Madri (Espanha), n.º 21, pp. 407-422, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal*, parte general. Navarra (Espanha): Aranzadi. 2002.

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

RAMIRO AVILÉS, Miguel A. A vueltas con el paternalismo juridico. *Derechos y libertades*, Madri (Espanha), n.º 15, pp. 211-256, jun. 2006.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

_____. *Manual de direito penal brasileiro*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

READER, Soran. New Directions in Ethics: Naturalisms, Reasons and Virtue. *Ethical Theory and Moral Practice*, Amsterdam (Holanda), vol. 3, n.º 4, pp. 341-364, dez. 2000.

REDDINGTON, M. B. The Wolfenden Report. *British Medical Journal*. Londres (Inglaterra), vol. 02, n.º 5161, pp. 1256-1257, dez. 1959.

REPBURN, R. W. Autonomy and heteronomy. In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. pp. 71-72.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 22(8), pp. 1749-1754, ago. 2006.

RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, vol. LVI, fasc. 227, pp. 343-358, jul./set. 2007.

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, pp. 53-81, ago. 1997.

RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. *Derecho penal español*, parte general. Madri (Espanha): Dykinson. 1986.

ROEMER, John E. Exploitation, alternatives and socialism. *The Economic Journal*, Hoboken (EUA), vol. 92, n.º 365, pp. 87-107, mar. 1992.

ROSTBOLL, Christian. Preferences and paternalism – on freedom and deliberative democracy. *Political Theory*, Thousand Oaks (EUA), vol. 33, n.º 03, pp. 370-396, jun. 2005.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. Vol. 1. Munique (Alemanha): C. H. Beck. 2006.

_____. *Estudos de direito penal*. Tradução de GRECO, Luis. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____. Dependencia e independencia del Derecho penal com respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. Tradução de SANTANA VEJA, Dulce M. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri (Espanha), Tomo LIX, pp. 05-24, 2008.

RYAN, , Alan. Freedom. *The Journal of The Royal Institute of Philosophy*, Londres (Inglaterra), vol. 40, n.º 152, pp. 93-112. abr. 1965.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. In: ANAIS DO XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, Belo Horizonte, 2007. pp. 4816-4837.

SANKOWSKI, Edward. "Paternalism" and social policy. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 22, n.º 01, pp. 01-12, jan. 1985.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética e derechos humanos*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea. 2007.

SANTOS, Sales Augusto dos et. al. Ações afirmativas: polêmicas e possibilidades sobre igualdade racial e o papel do Estado. *Estudos Feministas*, Florianópolis, vol. 16(3), n.º 424, pp. 913-929, set./dez. 2008.

SARNI, Cinzia. Tutela e vulnerabilidade do menor no âmbito televisivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (orgs.) *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas. 2009. pp. 311-330.

SCANLON, T. M. Preference and urgency. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 72, n.º 19, pp. 655-669, nov. 1975.

SCANLON, T. M., DANCY, Jonathan. Intention and Permissibility. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Londres (Inglaterra), Vol. 74, pp. 301-317; 319-338, 2000.

SCHRADER, George A. Autonomy, Heteronomy and Moral Imperatives. *The Journal of Philosophy*, Oxford (Inglaterra), vol. 60, n.º 03, pp. 65-77, jan. 1963.

SCHRAG, Calvin O. Pluralism. In: AUDI, Robert. *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. p. 714.

SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, DF, vol. 06, pp. 27-37, 1998.

SCOCCIA, Danny. Paternalism and Respect for Autonomy. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 100, n.º 2, pp. 318-334, jan. 1990.

SEGRE, Marco, LEOPOLDO E SILVA, Franklin, SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia. *Bioética*, Brasília, DF, vol. 06, pp. 15-23, 1998.

SHIFFRIN, Seana Valentine. Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, n.º 3, pp. 205-250, 2000.

SHINER, Roger A. Responsibility. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. pp. 794.

SHOEMAKER, David W. "Dirty words" and the offense principle. *Law and Philosophy*, Holanda, vol. 19, pp. 545-584, set. 2000.

SIERRA, Vânia Morales, MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidade e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. *São Paulo em perspectiva*, São Paulo, vol. 20, n.º 01, pp. 148-155, jan./mar. 2006.

SILVA, Algéria Valéria da. Vulnerabilidade social e suas consequências: o contexto educacional da juventude na região metropolitana de Natal. In: 13.º ENCONTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS DO NORTE NORDESTE, Maceió, 2007.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

_____. *Crimes sexuais*. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

SIMESTER, A. P., SULLIVAN, G. R. *Criminal law, theory and doctrine*. Oxford (Inglaterra): Hart Publishing. 2003.

SIMMONS, A. John. Consent theory for libertarians. *Social Philosophy and Policy*, Cambridge (Inglaterra), vol. 22, pp. 330-356, 2005.

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

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. An Argument for Consequentialism. *Philosophical Perspectives*, Oxford (Inglaterra), vol. 6, Caderno *Ethics*, pp. 399-421, 1992.

_____. *Consequentialism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

SMITH, G. E. Autonomy, paternalism, advocacy and consent. *Journal of Radiotherapy in Practice*, Cambridge (Inglaterra), vol. 01, pp. 153-158, 1999.

SMITH, Steven D. *The Hollowness of the Harm Principle*. Social Science Research Network. Legal Studies Research Paper Series, set. 2004. pp. 01-61. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=591327>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

SNEDDON, Andrew. What's wrong with selling yourself into slavery? *Critica: Revista Hispanoamericana de Filosofia*, Cidade do México (México), vol. 33. n.º 98, pp. 97-121, ago. 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires (Argentina): Tipografia Ed. Arg. 1976.

SPARKS, Jared, EVERETT, Edward, LOWELL, James Russell. *The North American Review*, Boston (EUA), vol. 97, n.º 200, pp. 273-274, jul. 1863.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

STEPHEN, James Fitzjames. *A history of the criminal law of England*, vol. 01. Whitefish (EUA): Kessinger Publishing. 2008.

STEWART, Hamish. The limits of the harm principle. *Criminal Law and Philosophy*, Holanda, vol. 04, n.º 01, pp. 17-35, jan. 2010.

STOCKER, Michael. Consequentialism and Its Complexities. *American Philosophical Quarterly*, Chicago (EUA), vol. 6, n.º 4, pp. 276-289, out. 1969.

STRATENWERTH, Gunter, KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*, allgemeiner Teil I. Köln, Berlin, Munchen (Alemanha): Carl Heymanns. 2004.

STRAUSS, Julia C. Paternalist Terror: The Campaign to Suppress Counterrevolutionaries and Regime Consolidation in the People's Republic of China, 1950–1953. *Comparative Studies in Society and History*. Cambridge (Inglaterra), vol. 44, n.º 01, pp. 80-105, 2002.

SUBER, Peter. Paternalism. In: BERRY GRAY, Christopher (org.) *Philosophy of Law*: An Encyclopedia, vol. II. Nova Iorque (EUA): Garland. 1999. pp. 632-635.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

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, pp. 03-12, 2004.

TEN, C. L. *Mill on Liberty*. Nova Iorque (Estados Unidos): The Clarendon Press. 1980.

TER VOERT, Marijke; FELLING, Albert; PETERS, Jan. The Effect of Religion on Self-Interest Morality. *Review of Religious Research*, EUA, vol. 35, n.º 4, pp. 302-323, jun. 1994.

THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Pittsburgh (EUA), vol. 93, n.º 2, pp. 175-179, mai. 2003.

TINOCO PASTRANA, Angel. *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*. Sevilha (Espanha): Universidad de Sevilla. 2001.

TROUT, J. D. Paternalism and Cognitive Bias. *Law and Philosophy*, Holanda, vol. 24, pp. 393-434, 2005.

_____. A restriction maybe, but is it paternalism? Cognitive bias and choosing governmental decision aids. *New York University Journal of Law & Liberty*, Nova Iorque (EUA), vol. 02, pp. 455- 469, 2007.

WARNOCK, G. J. *The Object of Morality*. Londres (Inglaterra): Methuen & Co. 1971.

WEITHMAN, Paul J. Liberalism. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge dictionary of philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge. 1999. pp. 502-503.

WERTHEIMER, Alan. What is consent? And is it important? *Buffalo Criminal Law Review*, Buffalo (EUA), vol. 03, pp. 557-583, 2000.

UBEL, Peter A. Is Information Always a Good Thing? Helping Patients Make “Good” Decisions. *Medical Care*, Washington (EUA), vol. 40, n.º 9, Suplemento: Making Informed Consent Meaningful. pp. V39-V44, set. 2002.

VANDEVEER, Donald. Coercive Restraint of Offensive Actions. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 8, n.º 02, pp. 175-193, 1979.

VARLEY, Ann. ¿Clientelismo o tecnocracia? La logica politica de la regularizacion de la tierra urbana, 1970- 1988. *Revista Mexicana de Sociología*, Cidade do México (México), vol. 56, n.º 04, pp. 135-164, out./dez. 1994.

VEATCH, Robert M. Advice and Consent. *The Hastings Center Report*, Garrison (EUA), vol. 19, n.º 01, pp. 20-22, jan./fev. 1989.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*, parte geral. São Paulo: Atlas. 2002.

VITA, Álvaro de. O que há de errado com o utilitarismo de preferências? In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (org.) *O utilitarismo em foco*. Florianópolis: Editora da UFSC. 2007. pp. 201-231.

WALD, Arnoldo. *Direito civil*, introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva. 2009.

WALL, Steven. *Perfectionism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

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

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlim (Alemanha): Walter de Gruyter. 1958.

WERTHEIMER, Alan. Victimless crimes. *Ethics*, Chicago (EUA), vol. 87, n.º 04, pp. 302-318, jul. 1977.

_____. *Exploitation*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/exploitation/>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

WHITMAN, Douglas Glen, RIZZO, Mario J. Paternalist slopes. *NYU Journal of Law & Liberty*, Nova Iorque (EUA), vol. 02, pp. 411- 443, 2007.

WOLFENDEN REPORT, The. Disponível em: <www.williamapercy.com/wiki/images/Wolf.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2010.

WOLFF, Jonathan. Marx and exploitation. *The Journal of Ethics*, Holanda, vol. 3, n.º 2, Suplemento: Marx and Marxism, pp. 105-120, 1999.

ZANER, Richard M. The Phenomenon of Vulnerability in Clinical Encounters. *Human Studies*, Holanda, vol. 29, n.º 3, pp. 283-294, set. 2006.