

**JÉSSICA RAQUEL SPONCHIADO**

**PROTEÇÃO PENAL DA VIDA HUMANA: DOS FUNDAMENTOS  
METAFÍSICOS AO FUNDAMENTO REAL**

**TESE DE DOUTORADO**

**Orientador: Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo**

**2019**

**JÉSSICA RAQUEL SPONCHIADO**

**PROTEÇÃO PENAL DA VIDA HUMANA: DOS FUNDAMENTOS  
METAFÍSICOS AO FUNDAMENTO REAL**

Tese apresentada como requisito para a  
obtenção do título de Doutor em Direito  
Penal

**Orientador: Professor Titular Alamiro  
Velludo Salvador Netto**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo**

**2019**

---

Sponchiado, Jéssica Raquel.

Proteção penal da vida humana: dos fundamentos metafísicos ao fundamento real/ Jéssica Raquel Sponchiado – São Paulo: J.R. Sponchiado, 2019.

429 f.; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019.

Orientador: Prof. Titular Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia.

1. Vida humana. 2. Autonomia. 3. Liberdade. 4. Necessidade. 5. Sujeito sensível.

---

Nome: SPONCHIADO, Jéssica Raquel.

Título: Proteção penal da vida humana: dos fundamentos metafísicos ao fundamento real

Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito.

APROVADO EM:

**BANCA EXAMINADORA**

PRESIDENTE: \_\_\_\_\_ ASSINATURA \_\_\_\_\_

PROF.: \_\_\_\_\_ INSTITUIÇÃO \_\_\_\_\_

JULGAMENTO: \_\_\_\_\_ ASSINATURA \_\_\_\_\_

PROF.: \_\_\_\_\_ INSTITUIÇÃO \_\_\_\_\_

JULGAMENTO: \_\_\_\_\_ ASSINATURA \_\_\_\_\_

PROF.: \_\_\_\_\_ INSTITUIÇÃO \_\_\_\_\_

JULGAMENTO: \_\_\_\_\_ ASSINATURA \_\_\_\_\_

PROF.: \_\_\_\_\_ INSTITUIÇÃO \_\_\_\_\_

JULGAMENTO: \_\_\_\_\_ ASSINATURA \_\_\_\_\_

PROF.: \_\_\_\_\_ INSTITUIÇÃO \_\_\_\_\_

JULGAMENTO: \_\_\_\_\_ ASSINATURA \_\_\_\_\_

*À memória de meu pai, Emílio Carlos Sponchiado.*

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Proteção penal da vida humana**: dos fundamentos metafísicos ao fundamento real. 429 páginas. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

## **RESUMO**

O ponto de partida se refere à relação entre Filosofia Política e Filosofia do Direito Penal e sua projeção à racionalidade que fundamenta a proteção penal da vida humana. A problemática restringe-se à percepção estritamente técnica de vida humana orientada pela dogmática do bem jurídico-penal a qual parece não conferir rendimento para situações complexas no âmbito da configuração social moderna. A tradicional percepção de vida humana favorece uma fundamentação metafísica à proteção penal baseada em dois conceitos ideais: a pessoa moral e a liberdade abstrata. A partir da apreensão destes conceitos, problematiza-se a legitimidade da estruturação normativa no âmbito dos crimes contra a vida. A hipótese de pesquisa sugere que a fundamentação metafísica seja uma forma de mistificar a real fundamentação que sustenta a estrutura normativa no contexto brasileiro. O caminho escolhido para analisar a fundamentação metafísica se orienta pelo estudo acerca do próprio conceito de liberdade humana. Dessa forma, a partir da análise acerca da liberdade humana, contrapõe-se o fundamento metafísico ao fundamento real. Portanto, a possibilidade de crítica à racionalidade metafísica foi conferida pela crítica dirigida aos conceitos de pessoa moral e de liberdade abstrata. Como ilustração da problemática e da hipótese de pesquisa, delimita-se a projeção das análises filosóficas às condutas referentes ao homicídio a pedido, à eutanásia, à participação no suicídio e ao aborto consentido, pois, perante tais condutas, verifica-se, de forma notável, o embate entre a percepção tradicional de vida humana e a liberdade de vontade do sujeito sensível. A proposta de nova racionalidade jurídico-penal à interpretação normativa acerca da vida humana se fundamenta na perspectiva filosófica materialista para a qual a vida é uma forma de manifestação concreta da liberdade do sujeito sensível, real. Para se alcançar esta proposição, parte-se do conceito de liberdade como a plena satisfação das necessidades humanas. Sobre o método de pesquisa, selecionou-se o método dialético para analisar o objeto de estudo, isto é, a percepção de vida humana por meio dos elementos essenciais que o compõem: a liberdade, a necessidade e a objetivação social. A partir das relações e contradições apreendidas entre os elementos que preenchem a essência do objeto, alcança-se a sua verdade, de modo a elucidar a fundamentação real conferida à proteção penal da vida humana.

**Palavras-chave:** *vida humana, autonomia, liberdade, necessidade, sujeito sensível.*

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Criminal protection of human life**: from the metaphysical foundations to the real foundation. Doctorate. 429 pages. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

## **ABSTRACT**

The starting point refers to the relation between Political Philosophy and Philosophy of Criminal Law and its projection to the rationality that bases the criminal protection of human life. The problematic is restricted to the strictly technical perception of human life oriented by the dogmatic legal-criminal good which does not seem to confer income for complex situations within the framework of modern social configuration. The traditional perception of human life favors a metaphysical foundation for criminal protection based on two ideal concepts: the moral person and abstract freedom. From the apprehension of these concepts, the legitimacy of normative structuring in the context of crimes against life is problematized. The hypothesis of research suggests that the metaphysical foundation is a way of mystifying the real foundation that supports the normative structure in the Brazilian context. The way chosen to analyze the metaphysical foundation is guided by the study about the very concept of human freedom. In this way, from the analysis of human freedom, the metaphysical foundation is contrasted with the real foundation. Therefore, the possibility of criticism of metaphysical rationality was conferred by the criticism directed at the concepts of moral person and abstract freedom. As an illustration of the problematic and the research hypothesis, the projection of the philosophical analysis to the conduct referring to homicide upon request, euthanasia, participation in suicide and consent abortion is delimited, because, in the face of such conduct, it is verified, in a way remarkable, the clash between the traditional perception of human life and the free will of the sensitive subject. The proposal of a new legal-penal rationality to normative interpretation about human life is based on the philosophical materialist perspective for which life is a form of concrete manifestation of the freedom of the sensible, real subject. In order to achieve this proposition, one begins with the concept of freedom as the full satisfaction of human needs. On the research method, the dialectical method was selected to analyze the object of study, that is, the perception of human life through the essential elements that compose it: freedom, necessity and social objectification. From the relations and contradictions apprehended between the elements that fill the essence of the object, its truth is reached, in order to elucidate the real foundation given to the criminal protection of human life.

**Key words:** *human life, autonomy, freedom, necessity, sensitive subject.*

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Protección penal de la vida humana**: de los fundamentos metafísicos al fundamento real. 429 páginas. Doctorado. Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, São Paulo, 2019.

## **RESUMEN**

El punto de partida se refiere a la relación entre Filosofía Política y Filosofía del Derecho Penal y su proyección a la racionalidad que fundamenta la protección penal de la vida humana. La problemática se restringe a la percepción estrictamente técnica de vida humana orientada por la dogmática del bien jurídico-penal que parece no conferir rendimiento para situaciones complejas en el marco de la configuración social moderna. La tradicional percepción de vida humana favorece una fundamentación metafísica a la protección penal basada en dos conceptos ideales: la persona moral y la libertad abstracta. A partir de la aprehensión de estos conceptos, se problematiza la legitimidad de la estructuración normativa en el ámbito de los crímenes contra la vida. La hipótesis de investigación sugiere que la fundamentación metafísica sea una forma de mistificar la real fundamentación que sustenta la estructura normativa en el contexto brasileño. El camino escogido para analizar la fundamentación metafísica se orienta por el estudio acerca del propio concepto de libertad humana. De esta forma, a partir del análisis acerca de la libertad humana, se contraponen el fundamento metafísico al fundamento real. Por lo tanto, la posibilidad de crítica a la racionalidad metafísica fue conferida por la crítica dirigida a los conceptos de persona moral y de libertad abstracta. Como ilustración de la problemática y de la hipótesis de investigación, se delimita la proyección de los análisis filosóficos a las conductas referentes al homicidio a pedido, a la eutanasia, a la participación en el suicidio y al aborto consentido, pues, ante tales conductas, se verifica, de forma notable, el embate entre la percepción tradicional de vida humana y la libertad de voluntad del sujeto sensible. La propuesta de nueva racionalidad jurídico-penal a la interpretación normativa acerca de la vida humana se fundamenta en la perspectiva filosófica materialista para la cual la vida es una forma de manifestación concreta de la libertad del sujeto sensible, real. Para alcanzar esta proposición, se parte del concepto de libertad como la plena satisfacción de las necesidades humanas. Sobre el método de investigación, se seleccionó el método dialéctico para analizar el objeto de estudio, es decir, la percepción de vida humana por medio de los elementos esenciales que lo componen: la libertad, la necesidad y la objetivación social. A partir de las relaciones y contradicciones aprehendidas entre los elementos que llenan la esencia del objeto, se alcanza su verdad, de modo a elucidar la fundamentación real conferida a la protección penal de la vida humana.

**Key words:** *vida humana, autonomía, libertad, necesidad, sujeto sensible.*



*Sonho com uma vida melhor. O desejo de ver as coisas melhorarem não adormece. Nunca nos livramos do desejo ou então nos livramos apenas ilusoriamente. Seria mais cômodo esquecer esse anseio do que realizá-lo, mas para onde isso levaria?*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 79.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>PARTE I FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA AOS CONCEITOS DE AUTONOMIA E DE LIBERDADE HUMANA .....</b>	<b>33</b>
<b>CAPÍTULO 1 A LIBERDADE HUMANA PENSADA A PARTIR DA PESSOA MORAL: análise acerca das orientações kantiana e neokantiana ...</b>	<b>35</b>
<b>1.1 Liberdade Humana e Doutrina da Virtude.....</b>	<b>35</b>
<b>1.2. Liberdade humana e Doutrina do Direito .....</b>	<b>47</b>
1.2.1 Concepção jurídica supraindividual de vida humana e sua fundamentação à aplicação da pena de morte .....	48
<b>1.3 A doutrina neokantiana dos valores e seu impacto ao conceito de pessoa .....</b>	<b>59</b>
1.3.1 Conceito abstrato de pessoa.....	67
1.3.2 A consideração da danosidade social a partir dos valores ético-sociais e seu impacto na racionalidade jurídico-penal.....	69
<b>CAPÍTULO 2 PROJEÇÃO DA FILOSOFIA HEGELIANA AO CONCEITO DE LIBERDADE HUMANA.....</b>	<b>73</b>
<b>2.1 Estrutura metodológica.....</b>	<b>73</b>
<b>2.2 Os reflexos da relação hegeliana entre Estado e Sociedade no conceito de liberdade .....</b>	<b>77</b>
<b>2.3 Liberdade, Direito e Eticidade .....</b>	<b>80</b>
2.3.1 Subjetividade e Intersubjetividade.....	86
2.3.2 A compreensão de Michael Pawlik sobre a racionalidade do real e a realidade da liberdade.....	87
<b>2.4 Consciência-de-si livre.....</b>	<b>92</b>
<b>2.5 Conceito geral concreto de pessoa.....</b>	<b>104</b>
<b>2.6 Vinculação entre o conceito concreto de liberdade e o conceito concreto de propriedade .....</b>	<b>107</b>
<b>2.7 Crime como negação da liberdade exteriorizada pelo Direito .....</b>	<b>110</b>

<b>CAPÍTULO 3</b>	<b>PERSPECTIVA MATERIALISTA E SUA CRÍTICA AOS CONCEITOS ABSTRATOS DE AUTONOMIA E DE LIBERDADE HUMANA.....</b>	<b>117</b>
<b>3.1</b>	<b>Pressupostos metodológicos à crítica da concepção de vida humana irreal e de liberdade abstrata.....</b>	<b>117</b>
3.1.1	Fenomenologia do Materialismo Histórico.....	123
<b>3.2</b>	<b>Crítica de Karl Marx à relação hegeliana entre Estado, Sociedade e Direito.....</b>	<b>126</b>
<b>3.3</b>	<b>Crítica de Karl Marx ao conceito hegeliano de subjetividade e ao conceito de pessoa moral em detrimento do sujeito empírico.....</b>	<b>129</b>
<b>3.4</b>	<b>Crítica de Karl Marx à relação hegeliana entre o conceito de propriedade privada e a vontade livre em si e para si.....</b>	<b>134</b>
<b>3.5</b>	<b>A não apreensão do ser sensível e o estranhamento da consciência-de-si.....</b>	<b>135</b>
<b>3.6</b>	<b>Crítica à Filosofia Moral moderna como teoria da exploração.....</b>	<b>140</b>
3.6.1	Crítica ao conceito de ser humano construído pela filosofia moral moderna.....	143
3.6.2	Crítica ao conceito de autonomia moral e consciência humana.....	148
3.6.2.1	<i>O indivíduo autônomo como fortificação ideológica da sociedade moderna.....</i>	<i>151</i>
3.6.2.2	<i>Crítica ao conceito abstrato de liberdade humana.....</i>	<i>152</i>
<b>PARTE II</b>	<b>PROJEÇÃO DAS ORIENTAÇÕES FILOSÓFICAS À DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>155</b>
<b>CAPÍTULO 4</b>	<b>OS CONCEITOS DE AUTONOMIA E LIBERDADE HUMANA NA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DE HANS WELZEL.....</b>	<b>157</b>
<b>4.1</b>	<b>Interpretação ontológica do Direito.....</b>	<b>157</b>
<b>4.2</b>	<b>Conceito de autonomia e conceito de pessoa como fundamentos ontológicos do Direito e da Moral.....</b>	<b>162</b>
<b>4.3</b>	<b>A determinação do contexto histórico na estrutura metodológica de Hans Welzel .....</b>	<b>167</b>
4.3.1	A teoria do conhecimento e sua aplicação à construção do conceito de liberdade humana.....	177
<b>4.4</b>	<b>O sentido e a missão do Direito Penal: projeção ao conceito de autonomia ética..... .....</b>	<b>179</b>
4.4.1	A autonomia ética como limitação ontológica ao ordenamento jurídico-penal.....	184
4.4.1.1	<i>Consciência individual e validade normativa.....</i>	<i>185</i>

4.4.1.2 <i>Existência humana plena de sentido: da imanência à transcendência</i> .....	189
<b>4.5 Estruturação da Dogmática Penal a partir da afirmação dos valores ético-sociais e da atitude de fidelidade ao Direito</b> .....	<b>192</b>
4.5.1 Ação Humana: análise acerca da ação final e a relevância do desvalor da ação para a configuração do injusto penal .....	195
4.5.1.1 <i>Análise comparativa entre o conceito ontológico e o conceito geral concreto de pessoa</i> .....	203
4.5.1.2 <i>Resposta de Welzel sobre a influência da ontologia de Hartmann em sua doutrina da ação final</i> .....	205
4.5.2 Culpabilidade e sua relação com o conceito de liberdade humana.....	207
4.5.2.1 <i>Elementos da Culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigência de obediência ao Direito</i> .....	209
4.5.2.2 <i>Essência da reprovabilidade: Livre-arbítrio</i> .....	212
4.5.2.2.1 <i>Culpabilidade e Personalidade</i> .....	217
<b>4.6 Considerações críticas à concepção de Hans Welzel</b> .....	<b>221</b>
4.6.1 Crítica de Karl Engisch a Welzel em relação aos conceitos de autonomia e de liberdade humana.....	222
4.6.1.2 Embate entre Engisch e Welzel a respeito da consciência da liberdade.....	225
<b>4.6.3 Considerações finais à perspectiva moralizante de Hans Welzel</b> .....	<b>227</b>
<b>4.6.4 Projeção das construções conceituais referentes ao desvalor da ação e da liberdade humana à proteção penal da vida humana</b> .....	<b>232</b>
<b>CAPÍTULO 5 PROJEÇÃO DA ORIENTAÇÃO METAFÍSICA DE KANT E DA PERSPECTIVA ONTOLÓGICO-ABSTRATA NA FUNDAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DA VIDA HUMANA</b> .....	<b>237</b>
<b>5.1 Fundamentação moral-religiosa de autores clássicos no contexto brasileiro</b> .....	<b>240</b>
5.1.2 Homicídio privilegiado – Art. 121, §1º, Código Penal.....	247
5.1.3 Autonomia dos tipos penais no setor dos crimes contra a vida: determinismo moral .....	253
<b>5.2 Relativização do valor conferido à vida humana no campo jurídico-penal</b> .....	<b>259</b>
<b>5.3 A consideração da vida humana como bem jurídico-penal</b> .....	<b>266</b>
<b>5.4 Análise da perspectiva de Jesús Maria Silva Sánchez acerca da proteção penal da vida humana</b> .....	<b>278</b>

<b>CAPÍTULO 6</b>	<b>PROJEÇÃO DA FILOSOFIA HEGELIANA E DA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA NA FUNDAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DA VIDA HUMANA .....</b>	<b>293</b>
<b>6.1</b>	<b>Imputação kantiana <i>versus</i> imputação funcional .....</b>	<b>293</b>
<b>6.2</b>	<b>A estrutura dogmática de Günther Jakobs .....</b>	<b>298</b>
<b>6.3</b>	<b>Alteração do conceito de danosidade social frente à sociedade moderna estruturada a partir da liberdade individual .....</b>	<b>305</b>
<b>6.4</b>	<b>Injusto merecedor de pena como aquele indiferente ao momento concreto da existência da liberdade alheia .....</b>	<b>307</b>
<b>6.5</b>	<b>Ausência de materialização do injusto no âmbito dos crimes contra a vida nos casos em que não se configura a atribuição pela afetação na organização alheia .....</b>	<b>316</b>
<b>6.5.1</b>	<b>Sentido privado conferido à vida humana na configuração da sociedade atual .....</b>	<b>326</b>
<b>6.5.2</b>	<b>Limites à punibilidade em relação à conduta de homicídio a pedido (Art. 121, CP) e à participação no suicídio (Art. 122, CP) .....</b>	<b>332</b>
<b>PARTE III</b>	<b>A CRÍTICA FILOSÓFICA E A PROPOSIÇÃO.....</b>	<b>337</b>
<b>CAPÍTULO 7</b>	<b>A VALORAÇÃO EFETIVA CONFERIDA À VIDA HUMANA NA SOCIEDADE DO CAPITAL E A ELUCIDAÇÃO DO FUNDAMENTO REAL DA PROTEÇÃO PENAL DA VIDA HUMANA.....</b>	<b>339</b>
<b>7.1</b>	<b>A Vida humana estranhada .....</b>	<b>339</b>
<b>7.1.1</b>	<b><i>A vida estranhada de sua essência humana e sua relação com a propriedade privada .....</i></b>	<b>347</b>
<b>7.2</b>	<b>O sistema moral moderno como meio de adaptação à vida que aprisiona a humanidade .....</b>	<b>355</b>
<b>7.2.1</b>	<b><i>Finalidade imediata da existência humana: dor, angústia e sofrimento? A afirmação moralista de uma determinada situação histórica como condição natural do ser humano e o impulso de fuga de situação como vontade irracional .....</i></b>	<b>360</b>
<b>7.3.</b>	<b>O conceito de sensibilidade humana – o <i>ser</i> sensível .....</b>	<b>370</b>
<b>7.4</b>	<b>Construção do conceito de liberdade a partir da percepção das necessidades humanas.....</b>	<b>372</b>
<b>7.5</b>	<b>Construção do conceito de vida a partir do conceito de liberdade como plena satisfação das necessidades humanas: A Vida viva .....</b>	<b>376</b>

<b>7.6 A racionalidade jurídico-penal influenciada pelo princípio do desempenho .....</b>	<b>378</b>
<b>7.7 A proteção penal da vida humana e a não apreensão da liberdade concreta .....</b>	<b>384</b>
<b>7.8 A luta entre a vida e a morte.....</b>	<b>386</b>
<i>7.8.1 A dialética destrutiva na interpretação normativa sobre a vida humana: a luta da civilização contra a liberdade .....</i>	<i>388</i>
<b>7.9 Sentimento de culpa como obstáculo à interpretação da vida humana na condição de liberdade pessoal .....</b>	<b>391</b>
<b>7.10 Projeções críticas acerca da criminalização do homicídio a pedido, das tipologias de eutanásia e da participação no suicídio.....</b>	<b>398</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>405</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>419</b>

## INTRODUÇÃO

Karl Marx, em sua obra “*Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*”, assevera que a crítica verdadeiramente filosófica não se limita a indicar as contradições existentes ao objeto de análise, mas deve esclarecer essas contradições de modo a compreender sua gênese e sua necessidade. A compreensão não consiste em reconhecer as determinações de um Conceito lógico, mas em apreender a lógica das contradições imanentes ao objeto em seu significado específico. Portanto, para a compreensão do objeto torna-se essencial a análise dos elementos que constituem a sua essência e que condicionam as próprias contradições inerentes a ele.

Ao concentrar os esforços na compreensão da lógica do objeto não se pode distanciar a análise da configuração da sociedade concreta. Nesse sentido, afirma-se que o ponto de partida para o desenvolvimento de uma tese reside nas necessidades práticas de uma determinada sociedade em relação às condições reais de vida. A esfera da consciência ao analisar a lógica do objeto específico não pode ser separada das determinações materiais de vida historicamente condicionadas. A partir dessa premissa, cumpre delimitar o objeto e o propósito da pesquisa em sua circunstância histórica.

O objeto de estudo se refere à percepção de *vida humana*. A compreensão da lógica específica deste objeto depende da análise de seu elemento constitutivo essencial: a liberdade humana. Desse modo, apreende-se o elemento essencial ao objeto com o intuito de se alcançar as contradições imanentes a ele, bem como as críticas filosóficas dirigidas à possibilidade de superação de tais contradições.

Delimitado o objeto de estudo e determinado o seu elemento constitutivo essencial, pode ser apresentada a questão inicial: a racionalidade jurídico-penal consegue apreender a percepção do objeto (vida humana) em sua lógica específica a partir de seu elemento constitutivo essencial (a liberdade humana) e perante as suas contradições internas? Dessa questão inicial, indaga-se: qual é o fundamento real que embasa a proteção penal da vida humana frente à circunstância histórico-social do contexto brasileiro? Este fundamento real proporciona legitimidade à estruturação normativa dos crimes contra a vida?

As possíveis fundamentações à proteção penal da vida humana, de forma majoritária, encontram-se vinculadas a uma percepção de vida estritamente técnica, orientada pela dogmática do bem jurídico-penal a qual parece não conferir rendimento às necessidades práticas e à resolução de problemas que envolvem determinadas condutas, no campo dos crimes contra a vida, como o homicídio a pedido, as tipologias de eutanásia, a participação

no suicídio e o aborto consentido. Tais condutas foram selecionadas como uma forma de esclarecimento acerca da problemática que permeia a legitimidade da racionalidade jurídico-penal no campo dos crimes contra a vida.

A fundamentação metafísica construída como sustentação à proteção penal da vida humana transforma o objeto de estudo em mera abstração referida ao campo do *dever ser* e separada da realidade material que condiciona o próprio objeto. Desenvolve-se um arcabouço teórico pautado pelo conceito de sujeito ideal (pessoa moral ou, ainda, de sujeito responsável) em detrimento da consideração do sujeito sensível, empírico. Colocado o sujeito ideal como ponto de partida para a compreensão da proteção penal da vida humana, os reflexos que recaem sobre a apreensão da liberdade humana se tornam complexos, pois, na condição de elemento constitutivo do próprio conceito de vida, acaba por intensificar, além do sustentável, as contradições imanentes a este objeto de análise.

Devido à demarcação do conceito de liberdade como sendo o elemento constitutivo essencial ao objeto de estudo, explica-se que a elucidação e a compreensão da fundamentação metafísica conferida à proteção penal da vida humana serão compreendidas por meio da análise filosófica que recai sobre o conceito de liberdade. Por conseguinte, faz-se necessário avaliar se é possível contrapor ao fundamento metafísico o fundamento real e, se o for, quais são as possibilidades de crítica filosófica a serem dirigidas à racionalidade jurídico-penal.

Destaca-se que não se pretende tão-somente indicar as contradições existentes à fundamentação metafísica que embasa a proteção penal da vida humana, mas notadamente esclarecer essas contradições com o intuito de alcançar a compreensão da gênese desta racionalidade de forma vinculada aos valores ético-sociais condicionados pela realidade material, assim como verificar a necessidade de sua manutenção frente à configuração do sistema social moderno.

Em suma, delimita-se como **método** a ser utilizado nesta pesquisa o método dialético o qual exige que a exposição e a investigação da lógica específica do **objeto de estudo**, a percepção de vida humana, sejam realizadas a partir de seus **elementos constituintes** (no caso, considera-se a liberdade humana como sendo a essencialidade do objeto) e perante as relações de **contradições imanentes** a ele sempre de forma orientada ao **objetivo** previsto, qual seja: alcançar a crítica filosófica que propicie a construção de uma racionalidade jurídico-penal embasada na percepção de vida humana a partir do sujeito sensível e de sua liberdade real. Para atingir tal objetivo, torna-se necessário contrapor aos conceitos metafísicos de sujeito ideal e de liberdade abstrata, o conceito filosófico de sujeito sensível



como orientação à dogmática jurídico-penal dos crimes contra a vida, assim como propor como conteúdo ao conceito de liberdade humana a percepção e a satisfação das necessidades, em sua totalidade.

A pesquisa foi dividida em três partes distintas com o intuito de propiciar ao leitor uma melhor compreensão sobre as relações estabelecidas entre Filosofia Política, Filosofia do Direito Penal e Dogmática jurídico-penal. Ressalta-se que a pesquisa se concentra ao nível da Filosofia do Direito Penal, pois a partir de orientações e críticas filosóficas pretende-se desmistificar a fundamentação metafísica conferida à proteção penal da vida humana de modo a elucidar o fundamento real que embasa tal proteção, bem como propor uma nova racionalidade jurídico-penal que proporcione legitimidade às normas penais no âmbito dos crimes contra a vida.

Nesse sentido, explica-se que a primeira parte, denominada “*Fundamentação filosófica aos conceitos de autonomia e de liberdade humana*” se restringe à análise dos conceitos de autonomia moral e liberdade humana desde as orientações filosóficas de Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel e Karl Marx. O propósito de se estudar tais orientações filosóficas recai sobre a construção do conceito de liberdade a partir do conceito de sujeito ideal (pessoa moral) em detrimento da consideração do sujeito empírico para, posteriormente, projetar as consequências deste debate à racionalidade jurídica que fundamenta a proteção penal da vida humana.

A primeira projeção se refere à construção filosófica do Direito Penal na perspectiva de Hans Welzel e sua consequente estruturação dogmática. Posta a doutrina de Welzel como ponto de partida para a avaliação da introjeção das orientações filosóficas acerca da autonomia moral, da liberdade humana e da pessoa moral no âmbito da dogmática penal, procura-se demonstrar o impacto destas orientações ao campo da interpretação normativa sobre a vida humana. Após projetar as fundamentações filosóficas metafísicas à estruturação dogmática dos crimes contra a vida, notadamente no que tange às condutas de homicídio a pedido, eutanásia ativa e passiva e participação no suicídio, a análise é dirigida à colocação do contraponto ao fundamento metafísico por meio da elucidação do fundamento real. Neste momento, a indagação orientadora avalia se, em termos concretos, é a valoração conferida à vida humana que norteia a sua proteção penal ou, em caso de uma resposta negativa, qual seria a valoração que sustenta, portanto, esta proteção. Por fim, a pesquisa se encerra com a crítica filosófica à utilização dos conceitos de sujeito ideal e de liberdade abstrata no sentido de transformarem o objeto de estudo, a percepção de vida humana, em mera abstração e categoria do pensamento. Realizada a crítica filosófica

e a desmistificação da fundamentação metafísica torna-se possível propor uma nova racionalidade à proteção penal da vida humana.

O Capítulo 1, “*A liberdade humana pensada a partir da pessoa moral: análise acerca das orientações kantiana e neokantiana*”, se concentra na orientação filosófica de Immanuel Kant no que tange ao conceito de liberdade humana perante a Doutrina da Virtude e a Doutrina do Direito com o intuito de compreender a perspectiva metafísica dirigida à liberdade humana notadamente frente a sua relação de necessidade com a utilização do conceito de pessoa moral. Salienta-se que a análise acerca dos conceitos de autonomia moral e liberdade humana, em Kant, é desenvolvida, estritamente, por meio da interpretação da obra “*Metafísica dos Costumes*.”

Segundo a Doutrina kantiana da virtude, a vontade é o fundamento determinante da escolha e esta é a faculdade de desejo em conformidade com a consciência de cada um para realizar o objeto mediante um fazer ou um deixar de fazer. Neste contexto, conceitua-se livre arbítrio como sendo a escolha que pode ser determinada pela razão pura (ou seja, pela vontade). O arbítrio humano é uma escolha que, embora possa ser afetada por impulsos sensíveis, não pode ser determinada por estes. A partir desta premissa, analisa-se tanto o conceito negativo de liberdade, ou seja, a liberdade de escolha independente do ser determinado por impulsos, quanto o conceito positivo de liberdade, o qual se refere à capacidade da razão pura (isto é, da vontade) de ser, por si mesma, prática. Assim, a liberdade humana só é revelada se houver o domínio da razão sob a vontade interior. Compreende-se que a ação humana, para Kant, somente é livre se houver, por parte do sujeito, a orientação a fins morais.

O conceito kantiano de liberdade humana será apreendido de forma conjunta ao estudo acerca da personalidade moral. Tem-se que pessoa é o sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas. Trata-se do sujeito responsável reservado ao campo do *dever ser*. A personalidade moral é a liberdade de um ser racional submetido às leis morais. Desse modo, as inclinações naturais são obstáculos que podem entrar em conflito com a resolução moral do ser humano. Destarte, o estudo acerca da vinculação entre o conceito de liberdade humana e a personalidade moral é de extrema relevância para a distinção entre o sujeito sensível e a pessoa moral.

Após a análise acerca da liberdade humana desde a perspectiva da doutrina da virtude, avalia-se a relação entre o conceito de liberdade e a doutrina kantiana do Direito. Nesse âmbito, considera-se que a lei universal do Direito reside na afirmação de que o agir

é livre de modo que o uso de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos os demais segundo com uma lei universal.

Ainda no Capítulo 1, apresenta-se a perspectiva metodológica da Filosofia Neokantiana e sua projeção aos conceitos de pessoa e de danosidade social. Em relação ao conceito de pessoa, analisa-se o posicionamento de Gustav Radbruch para o qual a pessoa é uma categoria reflexiva da ordem jurídica, necessária e com valor universal, não fundada na experiência jurídica nem limitada por ela: sujeito de direito é um ser que um determinado direito historicamente dado considera como um fim em si. No que diz respeito ao conceito de danosidade social, o estudo se restringe à concepção de Guilherme Sauer, para o qual o preenchimento da materialização do injusto penal se confere a partir da constatação da danosidade social que envolve a conduta. Neste sentido, danosidade social é compreendida como sendo a contradição entre o injusto realizado e a justiça social. Ademais, é necessário verificar a intensidade da vinculação à ética social que a perspectiva neokantiana atribui a este conceito de danosidade.

A pretensão de se estudar a orientação neokantiana se dá por esta representar o ponto de partida da crítica filosófica realizada por Hans Welzel, bem como a suposta superação do neokantismo pela doutrina finalista. Salienta-se, portanto, que a filosofia kantiana não é posta como o ponto de partida da crítica de Welzel, mas sim a filosofia neokantiana. Por isso, tem-se que compreender as distinções metodológicas entre ambas concepções. Assim sendo, torna-se crucial compreender as bases filosóficas neokantianas para, posteriormente, entender a reação filosófico-penal de Welzel com destaque a sua estruturação dogmática a partir da colocação do conceito de autonomia ética da pessoa moral como estrutura lógico-objetiva de limitação ao legislador. Cumpre alertar que o conceito de danosidade social será elementar para verificar se ocorreu uma real superação dos problemas oriundos da perspectiva neokantiana por meio da doutrina finalista. Além do mais, ambas as concepções acerca da danosidade social serão contrapostas à perspectiva de Günther Jakobs analisada em capítulo oportuno.

O Capítulo 2, *“Projeção da filosofia hegeliana ao conceito de liberdade humana”*, elabora um estudo acerca da orientação filosófica hegeliana sobre o conceito de liberdade e sua relevância ao Direito. De acordo a filosofia hegeliana, o sujeito adquire sua personalidade a partir da vontade livre e, neste contexto, o Direito torna-se garantidor da liberdade. Compreende-se que, para Hegel, a efetivação do Direito significa o processo histórico de efetivação da liberdade.

Os estudos de Hegel sobre a *vontade livre em si e para si* necessitam da compreensão da própria liberdade, dos momentos de seu conceito e de sua progressão até o nível da autodeterminação da subjetividade. A relação dialética entre todos estes elementos será constatada a partir das análises realizadas perante a obra “*Princípios de Filosofia do Direito.*”

Da mesma forma que o Espírito, na história de sua constituição, se apresenta por meio de determinações, o mesmo ocorre com a liberdade. Esta se expressa por meio de determinações e o Direito é uma das determinações da liberdade em geral na condição de ideia. Se o Direito abrange determinações da liberdade, por conseguinte, abrange as formas da Eticidade. Estas são formas de vida social e, portanto, formas jurídicas (ou melhor, possuem uma dimensão jurídica, mas não se reduzem a esta). As formas de Eticidade são formas da realidade do livre-arbítrio e, assim, formas de vida (de expressão) da liberdade.

Compreende-se por Eticidade o sistema no qual Hegel projeta sua interpretação unitária da vida social. O Direito somente alcança a forma abstrata das relações reais, objetivamente espirituais, isto é, éticas. É apenas o modo abstrato de expressar as relações éticas sob o aspecto de determinações da vontade na condição de existência do livre-arbítrio. Desse modo, segundo W. Jaeschke, a expressão formal da existência do livre-arbítrio é, na sua figura real, a Eticidade. Consequentemente, na hipótese de se considerar a Eticidade o momento real da liberdade, torna-se necessário alcançar a compreensão da relação estabelecida entre Eticidade e Direito.

No que tange aos estudos sobre o conteúdo dos conceitos de subjetividade, de intersubjetividade, de pessoa e de *consciência-de-si* livre, optou-se por concentrar as análises na interpretação da obra “*Fenomenologia do Espírito*” e dialogá-las com a perspectiva elaborada na tese doutoral de Karl Marx denominada “*Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro.*” Nesta, apresenta-se a perspectiva de uma *consciência-de-si* livre de qualquer determinismo moral.

O Capítulo 3, “*Perspectiva materialista e sua crítica aos conceitos abstratos de autonomia e liberdade humana*”, abarca a crítica desenvolvida por Karl Marx ao conceito abstrato de liberdade e a colocação do conceito sujeito irreal como ponto de partida da filosofia moderna. Inicia-se com a exposição dos pressupostos metodológicos que proporcionam o caminho para o desenvolvimento da crítica filosófica ao conceito de sujeito ideal e a não apreensão do sujeito sensível por parte da filosofia moral moderna. No que concerne ao contraponto entre Marx e Hegel, é importante destacar dois pontos centrais: o primeiro deles se refere à compreensão de Marx acerca da *negação da negação*

como o não reestabelecimento da essência do objeto, mas tão somente de sua realidade estranhada. Para esta constatação, analisa-se a obra intitulada “*Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*”. O segundo ponto de destaque recai sobre a noção de subjetividade e seus impactos ao conceito de liberdade humana. É necessário o estudo sobre a contraposição que Marx realiza em torno do conceito hegeliano de objetivação do ser social, notadamente diante da crítica desenvolvida à Fenomenologia do Espírito, em sua obra denominada “*Manuscritos econômico-filosóficos*.”

A segunda parte intitulada “*Projeção das orientações filosóficas à dogmática jurídico-penal*” se refere à projeção das orientações filosóficas delimitadas na primeira parte da presente tese à Filosofia do Direito Penal no que concerne aos reflexos direcionados à racionalidade jurídico-penal metafísica que embasa a proteção penal da vida humana.

O Capítulo 4, “*Os conceitos de autonomia e liberdade humana na construção dogmática de Hans Welzel*”, versa sobre a Filosofia do Direito Penal de Hans Welzel no que tange à consideração dos conceitos de autonomia moral e liberdade humana de maneira a projetar esta perspectiva filosófica à estruturação dogmática.

A Filosofia do Direito Penal de Hans Welzel e sua projeção à Doutrina Finalista foram selecionadas, para os fins desta pesquisa, como a análise dogmática de maior relevância que impulsiona as escolas pós-finalistas da atualidade. No contexto brasileiro, verifica-se uma influência significativa do pensamento de Welzel no que se tange à Parte Geral do Código Penal de maneira a refletir nas construções doutrinárias.

A estipulação da missão e do sentido do Direito Penal em torno da orientação pelos valores ético-sociais e da manutenção da atitude interna de fidelidade ao Direito proporcionará a avaliação da introjeção dos conceitos de autonomia ética e liberdade humana na estruturação dogmática penal de Welzel. Este a partir da filosofia moral moderna elucidada o caminho para se alcançar a compreensão do fundamento real que embasa a proteção penal da vida humana para além dos postulados metafísicos que procuram ocultar a racionalidade que tem sustentado este setor de tutela penal. Destaca-se que somente com a desmistificação dos fundamentos metafísicos e com a elucidação do fundamento real se pode propor uma nova racionalidade interpretativa aos crimes contra a vida.

A autonomia é posta como capacidade de se submeter - de acordo com o próprio julgamento - à norma ética. Esta autonomia representa o que é verdadeiramente humano e, portanto, não pode ser lesionada em nenhum caso.<sup>1</sup> Welzel explica o conceito de autonomia, a partir de sua leitura kantiana, como a incorporação da vontade individual à legislação ética universal de maneira que a pessoa, sobre a base de sua própria concepção do conteúdo valorativo dos mandatos éticos, prescreve a si mesma este mandato.<sup>2</sup> A autonomia é o princípio da liberdade ética da vontade e, portanto, afirma-se que há liberdade de vinculação aos atos éticos. A autovinculação à legislação ética objetiva pressupõe um ato livre do sujeito.

O conceito de pessoa autônoma se refere àquela que, em sua consciência individual, torna obrigatória a vinculação de valoração ética de um mandato. Compreende-se que a imposição de um mandato ético sem a aprovação da consciência individual fere a autonomia da pessoa. O fundamento racional da dignidade de toda natureza humana se encontra na autonomia.

O ser humano em sua condição de ser racional é um fim em si mesmo. A autonomia da liberdade está relacionada à autonomia quando a vontade não aceita, de maneira cega, os mandatos externos. Para se considerar uma pessoa como autônoma, no sentido de vontade livre, esta pessoa precisa aprovar para si mesma os mandatos objetivos.

A partir dessa constatação do conceito de autonomia, para Welzel, estuda-se o conceito de vontade livre como sendo aquela vontade dirigida ao *justo*. A vontade conforme o sentido do direito se torna o fundamento do Estado e da sociedade. Dessa forma, Welzel coloca um limite pautado pela autonomia ética ao Direito como ordenamento referido à vida das pessoas responsáveis, dotadas de sentido.

A liberdade de vontade é o ato de conhecimento livre de determinações causais, essencial para que seja possível uma determinação conforme o sentido de acordo com o próprio objeto. Há, assim, a liberdade para a autodeterminação conforme o sentido. Em suma, para Welzel, a liberdade é a possibilidade ou capacidade de poder orientar-se e decidir-se conforme o sentido. Todavia, caberá uma relativização ao conceito de liberdade construído desde a perspectiva de Welzel, pois apesar do ato de conhecimento ser livre de

---

<sup>1</sup> PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>2</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006., p. 230.

determinantes causais e cegas acaba por enfrentar determinações conforme o sentido do próprio objeto.

Por meio da análise sobre a introjeção dos conceitos de autonomia moral e liberdade humana, com base na filosofia moral moderna, é possível apreender as críticas direcionadas à estruturação dogmática de Welzel em torno de um aprisionamento do Direito Penal às categorias ético-sociais, notadamente o atrelamento dos conceitos jurídico-penais ao moralismo excessivo.

Capítulo 5, “*Projeção da orientação metafísica de Kant e da perspectiva ontológico-abstrata na fundamentação da proteção penal da vida humana*” abarca análises acerca da doutrina clássica brasileira no que concerne aos posicionamentos de Nelson Hungria, Olavo Oliveira e Pedro Vergara com o intuito de demonstrar a adoção da fundamentação metafísica à proteção penal da vida humana. São demonstrados os fundamentos pautados a partir da noção de pessoa moral de forma a refleti-los nos ideais de proteção absoluta à vida devido à intensa valorização que tal bem possui na sociedade atual. Pretende-se discutir, também, os apontamentos a respeito da finalidade de proteção em torno da proteção da coexistência social e da preservação da espécie humana.

Por fim, são postos em avaliação os limites entre Direito, Moral e Religião, bem como as possíveis confusões entre tais limites no campo da divisão tipológica dos crimes contra a vida. Demonstra-se que estas confusões, oriundas do determinismo moral, atingem não somente a divisão dos tipos penais, mas principalmente a equiparação de condutas essencialmente distintas sob a mesma proibição normativa. Neste momento, salienta-se o suposto equívoco dogmático de não diferenciação do injusto penal ao se comparar condutas como o homicídio a pedido e as tipologias de eutanásia com a conduta clássica de homicídio que se refere à afetação arbitrária ao círculo de organização alheia. Encerra-se o capítulo com um estudo específico sobre determinados posicionamentos de Jesús-Maria Silva Sánchez sobre a proteção penal da vida humana e a constatação de certa postura paternalista em seu pensamento.

O Capítulo 6, “*Projeção da filosofia hegeliana e da perspectiva sociológica na fundamentação da proteção penal da vida humana*”, estabelece bases para a proposta de nova racionalidade jurídico-penal aos crimes contra a vida a partir da perspectiva de Günther Jakobs e Michael Pawlik. A perspectiva sociológica de Jakobs constata que a configuração da sociedade moderna, essencialmente econômica, encontra-se em um contexto de extremo individualismo o que acaba por exigir algumas ponderações ao posicionamento hegeliano devido à situação histórica ser distinta. Estas ponderações

recaem sobre o sentido privado conferido à vida humana na estruturação da sociedade atual.

O sistema social pautado pela liberdade individual, em um contexto de valoração das esferas individuais, impacta a construção do conceito de *danosidade* social e o distancia da visão clássica conferida pela filosofia neokantiana, notadamente perante a concepção de Guilherme Sauer. A modificação do conteúdo oferecido ao conceito de danosidade social exige também uma consideração diferenciada de injusto penal.

Neste sentido, Jakobs propõe um caminho metodológico que proporciona pensar a vida humana a partir da liberdade do sujeito empírico. Analisa-se o injusto penal como sendo aquele indiferente ao momento de existência da liberdade alheia e projeta-se esta definição de injusto penal às condutas de homicídio a pedido, eutanásia ativa e passiva e a participação - induzimento, instigação e auxílio - no suicídio, com o intuito de observar se há ou não a configuração deste sentido comunicativo do injusto penal.

Em termos conclusivos do Capítulo 6, serão demonstrados os possíveis caminhos dogmáticos para se verificar a ausência de materialização do injusto penal no âmbito dos crimes contra a vida nos casos em que não se configura a atribuição pela afetação do círculo de liberdade alheia, assim como pretende-se apresentar limites à punibilidade às condutas de homicídio à pedido e à participação no suicídio.

A terceira parte, “*A crítica filosófica e a proposição*”, apresenta a crítica filosófica à racionalidade metafísica que embasa a proteção penal da vida humana a partir do sujeito ideal e da liberdade abstrata no sentido de demonstrar uma segregação significativa entre os conceitos de ficção jurídica e a realidade concreta, bem como pretende elucidar o fundamento real que sustenta a tutela penal da vida humana, no contexto da configuração social, de modo a evidenciar que a fundamentação metafísica oculta a não apreensão dos elementos e contradições essenciais ao objeto de estudo. Pois bem, apresentada a crítica filosófica à fundamentação metafísica por meio da análise do próprio conceito de liberdade e elucidado o fundamento real que embasa a proteção penal da vida humana, propõe-se uma nova racionalidade jurídico-penal às interpretações normativas no âmbito dos crimes contra a vida.

O Capítulo 7, “*A valoração efetiva conferida à vida humana na sociedade do capital e a elucidação do fundamento real da proteção penal da vida humana*”, compreende como a filosofia marxista alcança o reconhecimento do ser humano em sua totalidade como um ser livre. A existência humana corresponde à união entre ser sensível, natureza e objetivação social. Define-se o sujeito sensível como sendo o sujeito real, concreto. Ser



sensível significa ter objetos sensíveis fora de si. A sensibilidade é a determinação do ser humano cuja essência se refere à sua própria objetivação. Dessa forma, a sensibilidade representa a concreção responsável por vincular o ser ao mundo real. Trata-se da objetivação social do ente humano demonstrada por meio do trabalho. Este realiza o ser humano em si mesmo e também a generalidade humana. Neste ponto, o trabalho na condição de objetivação se torna um elemento essencial à análise acerca da percepção da vida humana, pois é a forma que transforma a liberdade humana em uma possibilidade real.

A análise sobre as relações sociais construídas no âmbito do modo de produção capitalista evidencia a existência de um modelo social que prioriza a coisificação como uma forma específica de objetivação do ser humano de maneira a impactar o conceito de subjetividade. Portanto, por meio deste embate projeta-se os reflexos e os impactos à consideração da liberdade humana, pois a coisificação é construída e perpetuada pelo modelo de trabalho alienado o qual simboliza a máxima negação à concreção da liberdade humana.

A realidade social construída a partir do modo de produção capitalista se efetiva como uma realidade desumana. O ser sensível é reduzido à objetivação na categoria de coisa perante um conjunto de estranhamentos. Marx, no mesmo sentido de Hegel, afirma que a objetivação do ente humano é sua essência. Todavia, demonstra que a objetivação do ser é transformada em coisificação.

Neste ponto, justifica-se a delimitação do referencial teórico em torno da filosofia de Karl Marx para a construção do conceito de liberdade a partir da percepção das necessidades humanas como base para a desmistificação da fundamentação metafísica, pois se entende que a perspectiva de Karl Marx representa uma filosofia que busca a compreensão da existência humana perante uma determinada situação histórica. Trata-se de filosofia sobre a vida humana em uma realidade essencialmente desumana. Salienta-se que, de modo algum, o pensamento de Karl Marx se reduz aos aspectos de análises puramente econômicas; ao contrário, ele apreende a existência humana diante de uma rede de relações sociais, políticas e econômicas.

Embora haja críticas contrárias à adoção do pensamento de Karl Marx por este estar inserido em um contexto histórico-social passado, não se pode negar a relevância de suas contribuições acerca da existência humana (*não livre*) até mesmo porque, apesar das inúmeras evoluções sociais, tecnológicas e econômicas que ocorreram no transcurso do tempo histórico, os problemas analisados por Marx não foram superados no sentido de

uma transformação significativa do modo de vida o qual, ainda nos moldes da configuração social atual, encontra-se completamente estranhado de sua essência humana, notadamente por apresentar uma absoluta negação à liberdade na condição de plena satisfação das necessidades humanas.

A liberdade humana, concebida desde a perspectiva de Karl Marx, se refere à realização do ser humano a partir da percepção das necessidades. A vida humana se exterioriza na existência histórica imediata sendo, portanto, a autorrealização e autocriação do ser humano em sua totalidade. A partir da consideração da liberdade como plena satisfação das necessidades e da percepção de vida humana como autorrealização e autocriação do ser humano em sua totalidade, cabe salientar que as necessidades são condicionadas socialmente em interação recíproca com as demais necessidades históricas variáveis.

A liberdade humana contraposta ao próprio *si-mesmo* representa uma autonegação do ser humano. A partir deste postulado, considera-se que a *universalidade do ser humano consiste em liberdade*, pois o ser só se produz autenticamente na liberdade se esta for posta em relação à necessidade.<sup>3</sup> A negação da percepção das necessidades do sujeito sensível significa a negação real à própria liberdade.

A concepção de liberdade a partir da percepção de necessidade compreende que o ser humano reproduz toda a natureza (interior e exterior a ele) de modo a modificá-la e apropriá-la como sua própria vida; quando esta reprodução preenche uma necessidade imediata e efetiva, o *ser* se torna real. De acordo com H. Marcuse, assim é a história da vida humana.

O conceito de liberdade humana, em Karl Marx, se refere à análise sobre o mundo objetivo em sua totalidade como mundo social. A realidade da sociedade humana e sua vinculação à objetivação humana representa a concretização da totalidade do ente humano em uma unidade entre ser humano, natureza e objetivação social. Apenas por este caminho pode-se falar em um conceito de ser humano universal e, efetivamente, livre.

Todavia, no âmbito da configuração da sociedade moderna estruturada pelo modelo de trabalho alienado, a essência humana é reduzida à miséria, pois o ser humano se relaciona socialmente por meio de um conjunto de estranhamentos. A exteriorização do ser humano por meio do trabalho se transforma em sua própria negação. Consta-se que o estranhamento em torno da atividade produtiva transforma a necessária objetivação do ser

---

<sup>3</sup> MARCUSE, H. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 120.

humano em coisificação. Há, neste ponto, o *estranhamento da coisa*. Em seguida, constata-se o estranhamento contido na relação do trabalho com o ato de produção de forma a resultar no *estranhamento de si mesmo*. As consequências destes estranhamentos iniciais são salientes quando impactadas às relações sociais. Ao se estranhar do homem seu próprio corpo e espírito, alcança-se o *estranhamento de sua própria essência humana*. Por conseguinte, do fato real de que o ser humano se encontra estranhado do produto de seu trabalho, de sua atividade vital e de seu ser genérico deriva o *estranhamento do homem pelo próprio homem*. Portanto, o estranhamento de si mesmo leva ao estranhamento de um ser humano perante o outro de modo a romper, de forma significativa, com a noção ideal de subjetividade hegeliana.

Assim sendo, as condições materiais pautadas pelo conjunto de estranhamentos impedem a concretização da solidariedade de maneira a prejudicar a noção de subjetividade. Esta, para Marx, deve ser analisada no interior das relações de trabalho estranhado: o homem se encontra totalmente perdido de si mesmo. A existência humana não consegue se concretizar na condição de ser social porque, na realidade, não se trata de existência humana, mas sim desumana. Logo, a essência do ser humano como ser social não é alcançada. A exteriorização da vida se efetiva de forma estranhada de sua essência humana, sendo necessário mistificar esta relação de exteriorização por meio de conceitos metafísicos.

Ilustra-se: ao se compreender que o *ser* e a *liberdade* são condicionados pelas relações sociais materiais, a projeção desta perspectiva às interpretações dos conceitos jurídico-penais exige a apreensão destas relações concretas como forma de se alcançar o verdadeiro conteúdo do objeto. Caso contrário, restringem-se a meras abstrações e categorias do pensamento distanciadas de qualquer percepção real sobre a vida e a liberdade. Logo, representam tão somente uma aparente resolução de problemas, pois não extraem a essencialidade dos elementos que movimentam a lógica do objeto específico.

Portanto, afirma-se que a base filosófica de Karl Marx, delimitada no Capítulo 3 e aplicada ao Capítulo 7, corresponde à crítica filosófica que será dirigida à fundamentação metafísica que embasa a proteção penal da vida humana de maneira a demonstrar a (*in*)compatibilidade entre a percepção real e a ficção jurídica de vida humana.

Ao ser demonstrada a crítica filosófica à orientação metafísica conferida aos conceitos de vida e liberdade, passa-se à elucidação do fundamento real que embasa a proteção penal da vida humana. Esta elucidação se dará de forma conjunta às análises de W. Reich, E. Bloch e H. Marcuse. Selecionou-se esta linha de pensamento representativa

da primeira geração da Escola de Frankfurt, pois tais autores de forma notável, além de apreenderem o conceito de liberdade humana a partir da percepção de plena satisfação das necessidades, projetaram esta apreensão à própria análise acerca da Vida humana. Acrescenta-se, ainda, que a construção do conceito de liberdade humana nas perspectivas de Reich, Bloch e Marcuse não anula a consideração dos impulsos sensíveis que constituem a essência da Vida verdadeiramente humana, muito menos os contrapõe à percepção de liberdade.

W. Reich desenvolve, em sua obra “*O Assassinato de Cristo*”, o conceito de Vida Viva o qual se refere à vida verdadeiramente humana no sentido de englobar a sensibilidade em torno da plenitude da experiência, da existência e das qualidades humanas. A Vida Viva é o pleno contato da Vida consigo mesma e com todo o seu ambiente social. Todavia, Reich assevera que a oportunidade de se alcançar um modo de viver, verdadeiramente, humano depende da oportunidade do ser humano se expressar livremente. A partir da erudição do conceito de Vida Viva que apreende as qualidades e necessidades humanas, discutir-se-á a possível evasão da verdade, por parte da repressão que a Filosofia Moral proporciona à energia vital, no que tange à possibilidade de transformar este modo de viver verdadeiramente humano em realidade. Discutir-se-á se a transformação da percepção de Vida em algo místico e transcendental corrobora com a evasão da verdade em torno da própria Vida.

Neste sentido, Reich, Bloch e Marcuse demonstram como que a introjeção da moralidade, no contexto da filosofia moral moderna, rompe com a unidade entre liberdade e necessidade de modo a afirmar uma aceitação racional da necessidade de não liberdade. A definição de liberdade como a não dependência do ser humano aos impulsos sensíveis impacta a própria percepção de Vida. A negatividade e a mistificação em torno da liberdade concreta transformam-se em racionalidade. Em contrapartida, a busca pela liberdade real a partir da percepção de necessidade se torna algo irracional.

O trabalho como canalização da energia vital do ser humano é transformado, no modo de produção capitalista, em trabalho alienado. Portanto, o ser humano canaliza a sua energia vital para algo estranho a ele e isto se torna *racional*. O princípio do desempenho, como preenchimento do conteúdo do princípio da realidade, o qual pretende equilibrar o princípio do prazer, transforma a vida humana em mero instrumento de trabalho estranhado de maneira a efetivar a *coisificação* do ente humano (e não sua objetivação social). Assim sendo, o princípio do desempenho corresponde a uma mais-repressão ao

sujeito sensível que pode alcançar níveis intoleráveis em uma sociedade que pretende se organizar na condição de uma sociedade livre.

Verifica-se a existência de um modelo moral ideal de sujeito civilizado e os sujeitos empíricos reais, ao perseguirem tal modelo, se punem por tamanha incompatibilidade. Os afetos expectantes negativos de angústia e sofrimento se intensificam diante desta incompatibilidade e são transformados em finalidade imediata da Vida, que aprisiona as qualidades e potencialidades humanas. A dogmática jurídico-penal apreende essa sistemática e a transforma em sua própria racionalidade. A repressão máxima às formas concretas de liberdade se torna o fundamento real por trás da proteção penal da vida humana.

De acordo com W. Reich, o sujeito moderno teme que a liberdade se torne real devido a sua incapacidade de autogoverno o que reflete, de sobremaneira, na postura paternalista do Direito Penal no campo dos crimes contra a vida. As regras morais buscam a evasão do essencial e o sistema social tende a potencializar a perda da Vida verdadeiramente viva. A filosofia moral incorporada à fundamentação metafísica que embasa a proteção penal da vida humana necessita, assim, afirmar a vida como antagônica à liberdade do sujeito sensível com o intuito de manter a existência humana aprisionada ao seu próprio estranhamento.

Na luta entre o *instinto de vida* e o *instinto de morte*, que compõem a essência da própria vida humana livre (na hipótese de se considerar a liberdade a partir da percepção de necessidade), tem-se que o *instinto de morte* significa a *destrutividade* pelo alívio de tensão. A escolha pela morte representa uma fuga inconsciente à dor, ao sofrimento e às necessidades vitais. A morte é uma expressão da eterna luta contra o sofrimento e a repressão. Assevera-se que o instinto de morte é, radicalmente, afetado pelas mudanças históricas em torno desta luta inconsciente entre os instintos.

Demonstra-se, assim, a contradição latente à racionalidade jurídico-penal, a qual ao mesmo tempo em que utiliza o conceito metafísico de liberdade humana para fundamentar toda a estruturação dogmática (o que é demonstrado no Capítulo 4 a respeito da perspectiva de Hans Welzel), nega e reprime as manifestações concretas (sensíveis) de liberdade do sujeito empírico, no âmbito dos crimes contra a vida. Ilustra-se, de modo evidente, diante das condutas de homicídio a pedido, tipologias de eutanásia, participação no suicídio e aborto consentido.

Ora bem, a racionalidade jurídico-penal que pretende acompanhar os valores ético-sociais em torno da máxima repressão às manifestações concretas de liberdade do sujeito

sensível anseia, portanto, controlar os próprios impulsos sensíveis ao ponto de considerar a vontade e escolha do sujeito como irracionais. A partir da colocação desta irracionalidade, consideram-se como merecedoras de pena, no campo jurídico-penal, as condutas de terceiros que concretizaram a liberdade de vontade do sujeito sensível.

Pode-se apontar ainda outra contradição latente não referida somente à estruturação dogmática dos crimes contra a vida, mas ao sistema social como um todo: o discurso jurídico de absoluta valoração à vida humana contradiz a valoração real e efetiva que o sistema social moderno confere à existência humana. Ao mesmo tempo em que o sistema moral e o sistema jurídico arriscam controlar o próprio instinto de morte do sujeito sensível e a efetivação de sua vontade por parte de um terceiro, o sistema social moderno se demonstra um sistema altamente destrutivo à própria vida em sua essência humana.

Neste momento, apenas pretende-se apontar ao leitor algumas contradições que serão analisadas em torno da fundamentação metafísica conferida à proteção penal da vida humana com o intuito de elucidar o fundamento real referido não à valoração propriamente da Vida humana, mas à pretensão de acompanhar um modelo de sistema social que reprime, ao máximo, as manifestações concretas de liberdade na condição de plena satisfação das necessidades humanas. No decorrer do Capítulo 7 são demonstradas de forma detalhada todas estas contradições de maneira a alcançar a gênese e a necessidade de manutenção pelo modelo social estabelecido. De tal modo, será verificado se a racionalidade jurídico-penal corrobora ou não com tal necessidade de manutenção de um determinado *modo de vida*.

Encerra-se a pesquisa com a proposição de uma nova racionalidade jurídico-penal, no âmbito de proteção penal da vida humana, pensada a partir do sujeito sensível e da liberdade na condição de plena satisfação das necessidades humanas. Para isso, torna-se necessário à dogmática penal e à interpretação normativa apreender a essência humana em sua concreta existência histórica. A existência humana e a liberdade serão colocadas em uma unidade que representa a universalidade em uma situação histórica efetiva. Desse modo, pretende-se libertar a interpretação normativa dos crimes contra a vida de *tabus* sociais ou de aprisionamentos morais.

Não se nega a dificuldade<sup>4</sup> de implementação de uma nova racionalidade jurídico-penal que pense a vida humana a partir da liberdade do sujeito sensível, até mesmo porque

---

<sup>4</sup> Ressalta-se o termo “dificuldade” e não “impossibilidade” de aplicação da nova racionalidade, pois, como será verificado no Capítulo 6, torna-se possível a construção de uma estruturação dogmática que propicie

se parte do pressuposto de que o sistema penal acompanhe e reflita as exigências materiais do sistema social, no qual também se insere o sistema moral; entretanto, por se tratar de uma pesquisa essencialmente filosófica e, portanto, não pragmática, de análise estatística ou empirista, faz-se necessário, no contexto social e político atual, denunciar a provável falta de legitimidade das normas penais que visam a uma real repressão às manifestações concretas de liberdade e que não se atém ao sujeito real.





**PARTE I**

**FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA AOS CONCEITOS DE  
AUTONOMIA E DE LIBERDADE HUMANA**



# CAPÍTULO 1 A LIBERDADE HUMANA PENSADA A PARTIR DA PESSOA MORAL: análise acerca das orientações kantiana e neokantiana

## 1.1 Liberdade Humana e Doutrina da Virtude

Perante a concepção Kantiana, a análise a respeito da liberdade humana está no campo da metafísica, já que não se pode comprová-la em termos empíricos. A metafísica é definida por Kant como o sistema de conhecimento *a priori* que parte exclusivamente de conceitos.<sup>1</sup> Desse modo, a liberdade do ser humano é um de seus imperativos categóricos o que significa que o sujeito deve ser considerado livre e, por sê-lo, deve agir como se livre fosse.<sup>2</sup> Ressalta-se que o imperativo categórico não está referido ao ser livre em si mesmo, mas ao ser livre e capaz de reconhecer, em cada situação, uma moral absoluta e independente de qualquer circunstância, hipótese ou concepção pessoal de mundo.<sup>3</sup>

Víctor Gabriel Rodríguez, em sua tese denominada “*Livre Arbítrio e Direito Penal*”, explicita que o mundo ontológico pouco interessa a Kant, pois sua filosofia se baseia não no que o mundo é, mas em como é conhecido. O pensamento é centralizado no modo de compreensão e não no mundo em si. A preocupação reside muito mais no método de compreensão do mundo, em conhecê-lo, que em sua existência em si mesma. Portanto, a maneira como o homem compreende o mundo se distingue de como o mundo realmente funciona.<sup>4</sup>

Kant elaborou uma crítica ao direito natural no que se refere às fundamentações que derivam das obrigações éticas da natureza humana. Nesse sentido, Kant separou

<sup>1</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 59.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014. p.111.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid. p. 114-116.

O mesmo pode ser observado em relação ao conceito de dignidade. De acordo com Seelmann, Kant atribui dignidade não ao *homo phaenomenon* (o homem sensorial inserido no mundo empírico), mas ao *homo noumenon* integrante de um mundo moral, como ser que carrega a obrigação de autolegislação. A dignidade não seria uma qualidade antropológica comprovável de modo empírico, mas um modo de expressão de um princípio de razão inteligível. Todavia, para Seelmann, aquilo que se desvincula, em suas bases, do empírico não consegue exigir eficácia no mundo empírico. Dessa forma, na concepção de Seelmann, deve ser demonstrada a relação entre a pessoa moral e a realidade social a qual, de modo algum, pode ser analisada a partir da deliberada distinção entre sujeito empírico e sujeito ideal. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofia del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

radicalmente os âmbitos do *ser* e do *dever ser*. O primeiro campo se refere à experiência, à natureza e à natureza humana; o segundo, à Filosofia do Direito, à ética e aos princípios da moralidade. Estes últimos não apresentam seus fundamentos e suas origens a partir do mundo do *ser*, mas sim da *razão pura*. Há, portanto, a substituição do direito natural pelo direito racional opositor do direito positivo no sistema kantiano.<sup>5</sup>

A filosofia e a razão não se apresentam de forma contemplativa ao universo, mas passam à tarefa de construí-lo no plano de como ele *deveria ser*. Sendo assim, o homem livre, ideal e ético é o homem do dever ser.<sup>6</sup> Todavia, Rodríguez questiona se essa liberdade é real, já que as consequências jurídico-penais se aplicam no contexto de como as coisas são e não de como deveriam ser.

Não é demais advertir que seria um equívoco interpretar uma ética do dever ser como distante totalmente das circunstâncias fáticas em que se dá o processo de escolha do indivíduo. O processo de escolha é livre em qualquer circunstância, mas a um livre processo de valoração das circunstâncias elementares não importa a exigência de decisões a todo momento ultra-virtuosas. Quem assim interpretar a teoria de Kant estará decididamente enganado.<sup>7</sup>

Observa-se o contexto histórico-social de Kant para classificá-lo como um representante do liberalismo filosófico no sentido de que o homem é o responsável pelo seu sucesso e pelo seu fracasso independentemente de condições históricas.<sup>8</sup> Faz-se necessário sempre levar em consideração tal classificação ao se analisar os conceitos de autonomia e de liberdade humana diante da perspectiva kantiana, para que se possa, em momento oportuno, desenvolver algumas críticas a ela.

---

<sup>5</sup> JAESCHKE, Walter. **Direito e Eficácia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

O Direito natural passa a ser analisado de maneira puramente racional e formal na teoria Kantiana.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014. p.117.

De acordo com a interpretação de Arthur Kaufmann, a teoria Kantiana apresenta a defesa pelo objeto da intuição sensível. A este objeto não lhe pertence qualquer faculdade criadora de conhecimento, mas apenas a espontaneidade dos conceitos. Os objetos do pensamento não teriam origem no entendimento, mas sim na *sensibilidade*. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 39.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014. p.117.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 119.

A capacidade do ser humano de decidir por si mesmo é colocada em uma relação com leis morais.<sup>9</sup> Esclarece-se que a **faculdade do desejo** é “a faculdade de mediante as próprias representações ser a causa dos objetos dessas representações. A faculdade de um ser atuar em conformidade com suas representações é denominada vida.”<sup>10</sup> A faculdade do desejo, em conformidade com os conceitos, é denominada **faculdade de fazer ou deixar de fazer** conforme aprova cada um. Na medida em que a faculdade do desejo se encontra em concordância com a consciência de cada um, a capacidade de **realizar seu objeto mediante a ação própria** é denominada **escolha**.<sup>11</sup>

A **faculdade do desejo**, cujo fundamento determinante se encontra na **razão do sujeito**, é chamada **vontade**. A vontade é, portanto, a faculdade do desejo considerada não tanto em relação à escolha em si, mas sim ao fundamento desta escolha orientada à ação.<sup>12</sup> A **vontade** não possui fundamento determinante; na medida em que é capaz de **determinar a escolha**, ela é, ao contrário, a própria razão prática.

Em suma, a vontade é o fundamento determinante da escolha e esta é a faculdade de desejo em conformidade com a consciência de cada um, para realizar o objeto mediante o fazer ou o deixar de fazer.

Dá-se o nome de **livre arbítrio** à escolha que pode ser determinada pela razão pura, ou seja, pela vontade. O arbítrio humano é uma escolha que, embora possa ser afetada por impulsos, não pode ser por estes determinada.<sup>13</sup>

A partir desses conceitos se extraem duas definições de liberdade humana: uma referida ao aspecto negativo, outra, ao positivo. No que tange ao conceito negativo de liberdade, a liberdade de escolha independe do ser determinado por impulsos sensíveis. Já o **conceito positivo de liberdade** refere-se à capacidade da razão pura, isto é, da vontade de ser, por si mesma, prática.

A razão pura, na condição de conceito metafísico, é considerada como elemento apriorístico que independe de experiência. A razão pura prática, ou seja, o ser humano determinado por sua racionalidade, se encontra no campo da moralidade e da reprovação. Em termos simples, pode-se compreender que a liberdade do homem é descoberta no

---

<sup>9</sup> Somente a liberdade em relação à legislação interna da razão é realmente uma capacidade. KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p 70.

<sup>10</sup> Ibid., p. 60.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid., p. 63.

<sup>13</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p 63.

A razão, como exigência categórica ao nível moral, estaria por detrás da ideia de livre-arbítrio e vontade consciente. JAESCHKE, Walter. **Direito e Eticidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

âmbito da razão pura prática e, por isso, Kant afirma que as leis da liberdade são notadamente leis morais.<sup>14</sup>

As leis que requerem que elas mesmas sejam os fundamentos determinantes das ações são denominadas leis éticas. Estas abarcam o motivo, a fundamentação para a determinação da escolha da ação subjetiva. Em contrapartida, as leis direcionadas às ações externas se referem às leis jurídicas. A conformidade do comportamento humano perante as leis jurídicas estabelece a legalidade da ação. A conformidade dos comportamentos com as leis éticas representa a moralidade. De maneira a seguir este raciocínio, pode-se afirmar que a liberdade em relação às leis jurídicas reflete a liberdade no uso externo da escolha enquanto a liberdade, em relação às leis éticas, engloba a liberdade no uso interno da escolha.

Percebe-se que o conceito de liberdade é um conceito racional e não propriamente ontológico ou empírico. A vontade como fundamento das escolhas é determinada apenas pela racionalidade e não por impulsos sensíveis. Entretanto, essa determinação racional refere-se às leis morais que, perante a vontade pura, são imperativos categóricos, ou seja, comandos ou proibições incondicionais.<sup>15</sup>

Por meio dos imperativos categóricos, há ações permitidas e ações proibidas, isto é, moralmente possíveis ou impossíveis. Para essas ações, surge o conceito de dever, cuja observância ou inobservância está efetivamente ligada a prazer ou desprazer. Todavia, nas leis práticas da razão não se levam em consideração tais sentimentos.<sup>16</sup>

Sobre o conceito de imperativo, Kant explica que:

Um imperativo é uma regra prática pela qual uma ação em si mesma contingente é tornada necessária. Um imperativo é uma regra cuja representação torna necessária uma ação que é subjetivamente contingente e assim representa o

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

Na teoria de Kant, o Direito Natural perde o caráter jurídico e converte-se, essencialmente, em ética jurídica material. Para Kant, não se poderia deduzir leis a partir do conhecimento da natureza humana; pois, este conhecimento se dá apenas pela experiência. O fundamento da vinculação das leis morais teria que ser buscado, portanto, em conceitos de razão pura, de forma independente das peculiaridades da natureza humana. WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**: derecho natural y justicia material. Montevideo: B. de F. / Julio César Fairea, 2005.

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 64.

<sup>16</sup> Ibid., p 65.

De acordo com Kaufmann, a falha da filosofia de Kant estaria na falta de investigação do empírico e na falta de análise da historicidade do ser humano. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

sujeito como aquele que tem que ser constringido a se conformar à regra. Representa uma ação como objetivamente necessária.<sup>17</sup>

O conceito kantiano de liberdade humana é vinculado à personalidade moral. A pessoa é um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas. A personalidade moral é a liberdade de um ser racional submetido às leis morais. Desse modo, não se pode afirmar que haja vontade absolutamente livre, já que esta é determinada pela racionalidade moral; contudo, pode-se considerar a existência de uma escolha livre.

O conceito de máxima representa o princípio subjetivo da ação, o qual o próprio sujeito converte em sua regra. Dessa concepção deriva o princípio da doutrina dos costumes de Kant: “Age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal. Qualquer máxima que não seja assim é qualificada como contrária à moral.”<sup>18</sup>

Para Kant, a distinção entre ética e direito reside no tipo de obrigação. A legislação ética representa o dever perante uma pessoa em realizar ações simplesmente porque são deveres e tornar o princípio do dever ele mesmo, não importa de onde provenha o dever, o motivo suficiente para a escolha. Em outras palavras, o próprio dever se transforma no motivo fundamental da escolha de ação. Para uma melhor compreensão dessa afirmação, é imprescindível que se entenda a doutrina da virtude de Kant.

Explicita-se que a virtude pura é totalmente isenta da influência de qualquer estímulo que não seja o de dever. Trata-se de sua teoria a respeito dos fins - objetos - de livre escolha que representam o dever e, em última instância, determinam a ação, já que não se aceitam como fins aqueles de inclinações dos impulsos sensíveis. Os princípios morais não podem ser baseados em sentimentos, pois o dever é deduzido da razão pura.

O sistema da doutrina da virtude representado pela Ética aponta deveres que não podem ser apresentados de forma externa. Orientam-se ao autoconstrangimento. O conceito de dever envolve uma coação derivada, exclusivamente, do autoconstrangimento a partir da livre escolha. Explica-se que quando o conceito de dever atinge a determinação interna da sua vontade, o constrangimento só pode ser autoconstrangimento, pois, somente assim, pode aquela coação ser unida à liberdade de sua escolha.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 73.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> O dever é um comando ou uma proibição da razão que tenho que obedecer e perante ele todas as minhas inclinações devem silenciar. Dever, portanto, é a necessidade incondicional de agir conforme a lei da razão imposta diretamente a um ser humano.

Nesse sentido, a ética não propõe leis dirigidas às ações. Esta tarefa pertence ao Direito. À ética destina-se a determinação das máximas para estas ações. O princípio formal do dever no imperativo categórico se refere, portanto, a agir de modo que a máxima de sua ação possa tornar-se uma lei universal.<sup>20</sup> A ação somente é livre se o agente se oriente a um fim. Em específico, a um fim moral.

Em última instância, pode-se compreender que a faculdade de orientar-se a um fim é o que caracteriza a humanidade. Por conseguinte, a vontade racional é vinculada ao fim da humanidade de forma a colocar como dever o de nos tornarmos dignos da humanidade pela cultura em geral.<sup>21</sup>

A virtude se transforma, assim, na força das máximas de um ser humano no cumprimento de seus deveres. Já os impulsos sensíveis da natureza humana são considerados obstáculos na alma do ser humano ao seu cumprimento do dever. A alma é considerada como o princípio vital do ser humano no livre uso de seus poderes. Desse modo, as inclinações naturais são obstáculos que podem entrar em conflito com a resolução moral do ser humano. Há, assim, a distinção entre o **sujeito empírico** e a **pessoa moral**.

A razão legisladora pode deter a influência das inclinações sensíveis dos seres humanos que contrariam os deveres mediante o fim moral. Para isso, este precisa ser considerado como um dado *a priori* que independente das inclinações sensíveis. A faculdade de superar os impulsos é pressuposta ao homem devido à sua liberdade e é adquirida pela força moral, pelo incentivo moral e pela prática da virtude.<sup>22</sup> Somente mediante sua posse é que o ser humano pode ser considerado livre.

---

A observância do dever, por parte de um ser humano, constitui a condição universal de ser digno de felicidade. Assim sendo, esta última é a observância da virtude. KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 224.

As disposições abordadas por Kant são condições subjetivas da capacidade para o conceito de dever (a partir da razão prática) e, com isso, diferentes do conceito de dever que corresponde ao mundo empírico. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 37.

<sup>20</sup> KANT, Immanuel. Op. Cit., p. 232.

Uma máxima de virtude consiste precisamente na autonomia subjetiva da razão prática de cada ser humano e, assim, tem como implícito que a própria lei, e não a conduta de outros seres humanos, deve servir como estímulo. Não se trata da comparação com qualquer outro ser humano, mas com a ideia de humanidade. Ibid., p. 317-318.

<sup>21</sup> Ibid., p. 235.

<sup>22</sup> Ibid., p. 240.



A conseqüente afirmação que resulta destas considerações seria a de que ninguém detém o direito de exigir de outrem que sacrifique seus fins se estes não forem imorais.<sup>23</sup> Se toda ação possui um fim, independente de qual seja, este constitui um ato de liberdade por parte do sujeito e não um mero efeito da natureza. Esclarece-se: “Não se trata dos fins que o ser humano realmente adota no acatamento dos impulsos sensíveis de sua natureza, mas de objetos de livre escolha em submissão às suas leis, dos quais ele deve fazer seus fins.”<sup>24</sup>

Compreende-se, então, que um fim pode ser considerado, em si mesmo, como um dever se for estabelecido contra o fim oriundo dos impulsos sensíveis. O fim que é em si mesmo um dever se refere ao campo da ética uma vez que se vincula ao autoconstrangimento, pois este representa a virtude.<sup>25</sup> Neste contexto, conceitua-se liberdade da vontade da seguinte forma:

A força em ti que luta somente rumo à felicidade é inclinação (satisfação de desejos), mas aquilo que limita tua inclinação à condição de seres primeiramente

<sup>23</sup> Pode-se interpretar que para Kant a fraqueza representa a carência de virtude e, portanto, uma falta de força moral.

<sup>24</sup> Apresentada esta base teórica da doutrina da virtude, pode-se elencar quais são os fins que, em si mesmo, representam deveres. O primeiro deles refere-se à perfeição qualitativa de cada um, ou seja, à harmonia de uma coisa com um fim. Esta perfeição é verificável a partir dos atos do ser humano. “O ser humano tem o dever de conduzir o cultivo de sua vontade à mais pura disposição virtuosa, na qual a lei se converte também no incentivo para suas ações que se conformam ao dever e ele acata a lei a partir do dever.” KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 228. O segundo fim que em si mesmo representa um dever seria a realização da felicidade dos outros. Kant afirma que é inevitável à natureza humana desejar e buscar a felicidade. Todavia, para além da felicidade própria, é colocado como um dever o fomento da felicidade dos outros seres humanos.

<sup>25</sup> A decorrência lógica desta perspectiva kantiana a respeito da virtude se reflete na afirmação de que o ser humano é um fim em si mesmo. Torna-se um dever, isto é, um fim em si mesmo, fazer do ser humano como tal seu fim e, portanto, não usar a si mesmo ou a outros como meros meios a se atingir fins diversos. Ibid. p 239.

De acordo com Kurt Seelmann, o conceito de dignidade humana, em Kant, encontra sua fundamentação na terceira formulação do imperativo categórico referente à autonomia e, somente em segundo plano, relaciona-se com a segunda formulação em torno da ideia de fim em si mesmo. Na “*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*,” Kant afirma expressamente a dignidade na terceira formulação do imperativo categórico e não nas disposições sobre a pessoa como um fim em si mesmo. A autonomia como autolegislação é o fundamento da dignidade e da qualidade do ser fim em si mesmo. Assim sendo, a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional. Mas, ao mesmo tempo, a dignidade também é a condição de qualidade do ser fim em si mesmo. Portanto, autonomia é a condição para a qualidade de ser fim em si mesmo e o sujeito corresponde à dignidade da autolegislação. Compreende-se que a autonomia é o fundamento do ser como fim em si mesmo, pois através da participação na legislação geral, o ser racional se torna integrante do reino dos fins. A relação das duas formulações do imperativo categórico pode não estar claramente formulada; a posição da dignidade na argumentação de Kant se deixa, em todo caso, determinar comparativamente a partir do contexto objetivo. Que a dignidade seja mencionada precisamente com relação à terceira formulação do imperativo categórico não poderia ser uma causalidade. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 30.

digno de felicidade é tua razão; tua capacidade para frear e vencer tuas inclinações por meio de tua razão é a liberdade de tua vontade.<sup>26</sup>

A liberdade interior exige, dessa forma, que o ser humano seja o seu próprio senhor, no sentido de controlar os impulsos naturais e regar a si mesmo (isto é, governar suas paixões). Por conseguinte, somente se houver controle e domínio de si mesmo pode-se alcançar a virtude. Esta requer que se submetam todas as capacidades e inclinações ao controle da razão. Nas palavras de Kant, o ser humano deve ser o senhor de suas inclinações e de seu sentimento, e não o contrário. A liberdade só é revelada se houver o domínio da razão sobre a vontade interior.<sup>27</sup>

O ser humano tem a obrigação de considerar a si mesmo, bem como a todo outro ser humano, como seu fim. Trata-se do amar a si mesmo e do amor ao próximo.<sup>28</sup> Para se alcançar a humanidade, ressaltam-se os **deveres negativos** que proíbem o ser humano de agir de forma contrária ao fim natural de autopreservação moral e os **deveres positivos** que ordenam o aperfeiçoamento de si mesmo em busca de uma prosperidade moral.<sup>29</sup> Desses deveres, decorrem duas máximas: a primeira, que se refere ao dever consigo mesmo de que se viva em conformidade com a própria natureza, e a segunda, referida à exigência de se fazer mais perfeito de quanto feito pela própria natureza.<sup>30</sup>

Em contraposição a esses deveres e máximas, Kant representará sua concepção acerca do suicídio.

Há impulsos da natureza que tangem à animalidade do ser humano. Através deles a natureza visa: a) à preservação do indivíduo humano; b) à preservação da espécie; c) à preservação da capacidade do indivíduo humano de desfrutar a vida, a despeito de ainda apenas no nível animal. Os vícios que aqui se opõem a esse dever para consigo mesmo são o suicídio, o uso não natural de sua

<sup>26</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 324.

<sup>27</sup> Ibid., p. 251.

De acordo com Katrin Gierhake, o fato de que os indivíduos são propensos às inclinações egoístas é o argumento para a necessidade de fundar o Estado: esta perspectiva e a boa organização do Estado existem na capacidade dos seres humanos; o problema se pode resolver quando somente a compreensão da razão se faz válida tal que os indivíduos tenham de criar algo universal para que possam coexistir de forma pacífica. Eles devem fazê-lo por si mesmos como ato de sua própria razão que se converteu em prática. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf). Acesso em: out.2018.

<sup>28</sup> KANT, Immanuel. Op. Cit., p. 253.

<sup>29</sup> Os deveres de um ser humano consigo mesmo, em específico, sobre o desenvolvimento de sua perfeição moral, desdobram-se em três núcleos de poderes: 1. Poder do espírito cujo exercício não pode ser retirado da experiência, mas tão somente da razão. 2. Poderes da alma, guiados pela experiência, que estão à disposição do entendimento para que este se realize em propósitos. 3. Cultivo dos poderes do corpo: o ser humano deve a si mesmo não se deixar ocioso. Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

inclinação sexual e o consumo excessivo de alimento e bebida, a ponto de debilitar sua capacidade de fazer um uso proveitoso de seus poderes.<sup>31</sup>

Dos deveres perfeitos consigo mesmo, há os deveres de um ser humano consigo mesmo como ser animal sobre os quais cabe ressaltar o dever de preservar a si mesmo em sua natureza animal de modo que a morte física voluntária, isto é, matar a si mesmo, apresenta uma violação de dever. Como bem foi apontado nesta exposição, ninguém teria o direito de exigir de mim que sacrifique meus fins se esses fins não forem imorais. Ora bem, o fim que viola o dever de um ser humano consigo mesmo se transforma em um fim imoral e, portanto, reprovável em termos éticos. Em última instância, pode-se até mesmo dizer que, frente à perspectiva aqui exposta, esta vontade não seria considerada livre, já que não se demonstra dominadora dos impulsos sensíveis internos.

A análise kantiana acerca do suicídio decorre de uma lógica coerente extraída de sua teoria sobre fins, deveres e virtude. O suicídio apresenta uma violação de dever consigo mesmo e com outros seres humanos. Ademais, Kant afirma o suicídio como uma violação do dever relativamente a Deus, já que exige o abandono do posto destinado ao indivíduo sem que tenha havido convocação divina. Um ser humano permanece obrigado a preservar a sua vida simplesmente em virtude de sua qualidade de pessoa.

No que tange à eutanásia, Kant não realiza uma análise específica por questões óbvias na hipótese de se considerar seu contexto histórico. Todavia, frente à configuração da sociedade atual, os avanços da medicina colocaram em pauta as discussões sobre os métodos de se encerrar uma vida dominada pela dor e pelo sofrimento por meio das técnicas de eutanásia, seja na modalidade ativa, seja na passiva. Tal discussão se estende ao campo de tipificação do homicídio a pedido da vítima (Art. 121, CP), bem como de participação no suicídio (Art. 122, CP).

Em certa medida, a filosofia kantiana na condição de fundamento filosófico à dogmática jurídico-penal pode se tornar um obstáculo epistemológico notável perante a defesa pela descriminalização de tais condutas, pois coloca como ponto central a pessoa moral e não o sujeito empírico. Se for realizada uma equiparação aos argumentos desenvolvidos por Kant a respeito do suicídio, pode-se verificar que a subtração da vida humana nos casos em que há o consentimento do sujeito não é considerada como objeto de vontade *livre*, pois aquele que decidiu pela subtração de sua própria vida – independentemente do contexto empírico no qual se encontra – não perseguiu um fim

---

<sup>31</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 262.

moral, mas se deixou dominar por um sentimento ou impulso sensível em torno de uma violação de dever consigo mesmo.

A doutrina kantiana sobre o suicídio deixa evidente a referência a Deus como aquele que concede o posto no mundo e, portanto, o único autorizado a retirá-lo. Confirma-se, assim, que as condutas de eutanásia (principalmente, na modalidade ativa), de homicídio a pedido e de participação no suicídio, se interpretadas de acordo com a filosofia kantiana, podem representar violações de dever consigo mesmo em busca da perfeição moral e de dever perante outros seres humanos, já que se renuncia à obrigação de preservar a vida a qualquer custo, simplesmente em virtude da qualidade de pessoa moral.

Tais condutas podem ser consideradas violações de deveres morais, pois, para Kant, o ser livre dotado de autoridade sobre si mesmo domina seus intensos estímulos sensíveis e não se priva da própria vida. Um ser humano não poderia, portanto, renunciar à sua personalidade enquanto for um sujeito do dever, enquanto viver. “Aniquilar o sujeito da moralidade em sua própria pessoa é erradicar a existência da moralidade mesma do mundo, o máximo possível, ainda que a moralidade seja um fim em si mesmo.”<sup>32</sup>

Dispor de si mesmo como um mero meio para algum fim que, no caso, seria um fim de inclinação sensível e discricionária, representaria rebaixar a humanidade na própria pessoa à qual o ser humano confia a sua preservação. Assim sendo, resta evidente que o suicídio, bem como as tipologias de eutanásia, o homicídio a pedido, a participação no suicídio e o aborto consentido, representam uma violação do dever do ser humano frente à preservação do próprio ser humano.

Tal constatação se torna saliente na hipótese de se analisar o conceito de pessoa moral para a filosofia kantiana. Tal conceito é vinculado aos deveres de um ser humano consigo mesmo como um ser moral. O ser humano é pessoa no sentido de ser o sujeito de uma razão moralmente prática. Nesse posto, é colocado acima de tudo, pois como pessoa não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, possui uma dignidade – valor interno absoluto por meio do qual se exige respeito por parte de todos os outros seres racionais do mundo.<sup>33</sup> A humanidade, em sua pessoa, é o objeto do respeito exigível de todo outro ser humano e de que ela própria também não pode dispor.

---

<sup>32</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 276.

<sup>33</sup> Ibid.

A pessoa é portadora de deveres que lhe são impostos por sua própria razão. Não é permissível que sua insignificância como um animal humano prejudique sua consciência referente à dignidade como um ser racional.<sup>34</sup> Nesse contexto, ressaltam-se os deveres de um ser humano para com os outros seres humanos. Tais deveres recaem em uma somatória entre o dever de amor (beneficência<sup>35</sup>, gratidão e solidariedade) e o dever de respeito<sup>36</sup> (notadamente, em relação a não degradar outro ser humano). A partir desta somatória, têm-se as relações externas entre os seres humanos. Tais relações são representadas pela razão pura no sentido de que estas relações de ações livres estão em conformidade com as máximas que são qualificadas para a produção de uma lei universal.

Diante desta fundamentação, percebe-se que as condutas de eutanásia, homicídio a pedido e participação no suicídio violam não somente o campo interno do agente sobre o qual recairia a decisão de colocar um ponto final em sua própria vida, mas também o campo interno dos sujeitos que executam tais condutas (sejam elas ações ou omissões), pois se verifica uma ruptura com as máximas qualificadas para a produção de uma lei universal.

Tais máximas kantianas não decorrem da realidade empírica, mas sim do campo do *dever ser*. Portanto, não representam relações concretas, materiais e efetivas entre os seres humanos. Como uma ilustração, no que tange aos deveres de um ser humano para com os demais, deriva-se o dever de solidariedade. Na perspectiva kantiana, quando uma pessoa sofre e, “embora eu não possa ajudá-la, me permito ser contaminado por sua dor (através de minha imaginação), então nós dois sofreremos, ainda que o mal realmente, na natureza,

---

<sup>34</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 277.

<sup>35</sup> Benevolência significaria a satisfação com a felicidade dos outros. Beneficência é a máxima de fazer da felicidade dos outros o próprio fim. KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008.

<sup>36</sup> O respeito ao outro constitui um dever moral. Pode-se dizer que também é um dever jurídico e, portanto, constitui o fundamento do ordenamento jurídico? A partir deste questionamento, Seelmann evidencia a diferenciação kantiana entre Direito e Moral. O dever de respeito como dever de observância a outras pessoas é um dever moral e que, como dever jurídico, não poderia admitir sua imposição coativa em caso de ser necessário. Dessa forma, o dever de respeito não é somente uma concessão que tem lugar a partir da consideração dos conteúdos de vontade diversos em cada indivíduo, mas representa uma renúncia geral a todo comportamento humilhante em paralelo à atenção da capacidade de formação da vontade individual. Agora, o dever de respeito imposto pelo Direito não se refere somente ao âmbito das proibições de intervenção, mas alcança os deveres de solidariedade. Cabe indagar se o dever de respeito constitui o fundamento da totalidade do ordenamento jurídico e, assim, constata-se a transformação de um dever de virtude em dever jurídico. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 42.

Como ilustração, pode-se apontar a tipificação – no âmbito do direito penal – de delitos que afetam a proteção do respeito e dos sentimentos. Tal configuração típica se torna ponto nuclear de controvérsia do Direito Moderno e de seus antagonismos. *Ibid.*, p. 43.

afete somente um.”<sup>37</sup> Dessa passagem, entende-se que há um dever indireto de cultivar os sentimentos compassivos naturais, isto é, de compartilhar sentimentos dolorosos aos quais podemos não ser capazes de resistir.<sup>38</sup>

Interessante essa compreensão sobre o dever de solidariedade se comparada com a análise que Kant realiza sobre a amizade moral. O dever de solidariedade se apresenta em constatação de risco de ser afastado devido às relações sociais modernas de estranhamento as quais serão objeto de análise do último capítulo deste trabalho. Neste momento, cabe somente apontar o pensamento de Kant sobre a exposição das fraquezas humanas e a utilização desta exposição como um instrumento de certa traição ou competição no campo social.

Afirma-se que o ser humano é destinado a viver em sociedade e, ao cultivar a condição social, experimenta intensamente a necessidade de se revelar aos outros. Todavia, ao exhibir as fraquezas pessoais a outra pessoa, se esta não o faz de igual modo, cria-se uma situação de desigualdade em relação ao respeito entre tais pessoas.

A amizade moral é a completa confiança de duas pessoas. [...] uma liberdade que não é possível ter com a massa, entre os quais ele é forçado a fechar-se em si mesmo. Todo ser humano tem seus segredos e não ousa confiar cegamente nos outros, em parte devido a uma disposição vil, presente na maioria dos seres humanos, para usá-los em detrimento dele.<sup>39</sup>

Constitui um dever para consigo mesmo, bem como para os outros, não se isolar, mas usar as próprias perfeições morais na convivência social. O incentivo a uma disposição de reciprocidade, concórdia, amor mútuo e respeito - afabilidade, sociabilidade, cortesia, hospitalidade, suavidade - está associado à realização do dever de virtude. Kant se esforça para aproximar ao máximo essa ilusão da verdade.<sup>40</sup>

Destarte, pôde-se compreender que Kant parte de uma estrutura metodológica sobre o mundo restrita ao campo do ‘*dever ser*’ e, por isso, se refere à metafísica. A vinculação entre o conceito de sujeito livre e a pessoa moral é afirmada por meio de uma concepção ideal de mundo a qual será, radicalmente, contraposta à perspectiva materialista para a qual o sujeito é analisado não em sua categoria ideal, mas sim efetiva, pois se considera a realidade material que constitui as relações sociais.

---

<sup>37</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 300.

<sup>38</sup> Ibid., p. 301.

Supõe-se um caso de homicídio a pedido em que o sujeito passivo possui uma grave enfermidade. O agente não seria solidário se efetuasse tal pedido, mas sim se sofresse compartilhando a dor.

<sup>39</sup> Ibid., p.315.

<sup>40</sup> Ibid., p. 317.

## 1.2 Liberdade humana e Doutrina do Direito

O direito é a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.<sup>41</sup> Explica-se:

Se minha ação ou minha condição pode coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, todo aquele que obstaculizar minha ação ou minha condição me produz injustiça, pois este obstáculo não pode coexistir com a liberdade de acordo com a lei universal.<sup>42</sup>

Compreende-se que qualquer sujeito pode ser considerado livre desde que não prejudique a liberdade dos outros mediante uma ação externa. A lei universal do Direito reside na afirmação de que o agir é livre de modo que o uso de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos os demais segundo com uma lei universal. A limitação da liberdade está naquelas condições em conformidade com sua ideia. Deste entendimento, o próprio Kant extraiu a contradição imanente de que se o injusto representa um obstáculo à liberdade, a coerção também seria um obstáculo àquela.<sup>43</sup>

Na concepção kantiana, somente a liberdade é um direito inato ao ser humano.<sup>44</sup> A liberdade enquanto independência de ser constringido pela escolha alheia na medida em

---

<sup>41</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 76.

Que a ordem de igualdade fundamental própria da perspectiva da razão seja acessível em sua origem como algo equivalente à liberdade natural e que ali se produza o requisito a priori da entrada conjunta a um estágio jurídico, o desenvolveu Kant em um sentido universal. Para Kant, uma comunidade jurídica constituída se compreende corretamente, em princípio, somente como uma unidade de sujeitos de direito que se fundamenta por si mesma: a união de uma quantidade de seres humanos sob leis jurídicas que se pode determinar por si mesma em suas relações externas por meio da vontade geral unificada. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018. p. 496.

<sup>42</sup> KANT, Immanuel. Op. Cit., 2008. p. 77.

As leis jurídicas são aquelas que possibilitam e realizam a vida em comunidade conforme o princípio da liberdade. As relações jurídicas se concretizam e se sustentam na capacidade fundamental de reconhecimento da razão dos sujeitos particulares que reafirmam a validade da lei mediante o atuar conforme o direito e, com isso, a validade do princípio da liberdade: os sujeitos permanecem, em si mesmos, atuam, de fato, em concordância com a própria razão e com a que é dada universalmente. GIERHAKE, Katrin. Op. Cit., p. 496.

<sup>43</sup> De acordo com Gierhake, a decisão de lesionar o direito é um momento decisivo da relação do sujeito consigo mesmo e, ao mesmo tempo, em sua reação com os demais: com o seu agir nega a base do direito, ou seja, o princípio da liberdade. A conduta injusta é um quebramento externo do direito e uma perversão do sujeito que rompe sua relação com os demais. Ibid.

<sup>44</sup> Direito inato é aquele que pertence a todos por natureza, independente de qualquer ato que estabeleça um direito. KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008. Sobre o conceito de dignidade humana e as formulações do imperativo categórico de Kant, explica Seelmann que, na atualidade, o conceito de dignidade, a partir da leitura kantiana, vem sendo interpretado de modo vinculado à segunda formulação do imperativo categórico referente ao ser fim em si mesmo e apartado da noção de autonomia.

que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal seria o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes.<sup>45</sup>

Por meio dessa concepção de liberdade, verifica-se a decorrência da afirmação, analisada em tópico anterior, de que o ser humano não pode ser o meio para a realização de outros fins, para além dele mesmo. Todavia, passar-se-á a apontar algumas contradições em relação à valoração da vida e da liberdade humana como consequências da própria estrutura metodológica do pensamento exposto.

### 1.2.1 Conceção jurídica supraindividual de vida humana e sua fundamentação à aplicação da pena de morte

A pena de morte manifesta uma concepção jurídica supraindividualista a qual confere ao Estado o poder e o direito sobre a vida e a morte. De forma contrária à afirmação Kantiana de que o indivíduo na condição de um fim em si mesmo não poderia ser rebaixado à categoria de meio, considera-se a sociedade como um organismo que engloba gerações enquanto o Estado constitui a sua organização jurídica, com fins próprios. O indivíduo, nesta perspectiva, vive em função destes fins em nome do Estado e da Sociedade. Em uma visão supraindividualista, o indivíduo é um “elemento insignificante, pequeno e transitório do organismo social e, assim o sendo, sua própria existência é subordinada aos fins do organismo social.”<sup>46</sup> As concepções jurídicas

---

A influência do contexto histórico pós-guerra contribuiu para se afirmar a proibição de instrumentalização do ser. Seelmann observa as consequências desta modificação de orientação em torno do conceito kantiano de dignidade: se o fundamento da dignidade está na qualidade de ser fim em si mesmo, a dignidade aparece como um dom inato ao ser humano. Agora, se o fundamento parte da capacidade para autolegislação, torna-se difícil empregar o conceito de dignidade àqueles que não são dotados de racionalidade. Todavia, para Seelmann, a extensão da proteção da dignidade humana para além do âmbito dos qualificados para a autolegislação requer argumentos complementares SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 33.

<sup>45</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 83.

<sup>46</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 248.

Sobre o consentimento do culpado à pena de morte: “Tão logo se reconhece a disposição sobre a própria vida como uma imagem do interesse na própria morte, a sua inadmissibilidade não pode mais constituir um argumento e o problema da justificação da pena de morte já não pode ser formulado como: ‘*Seria lícito?*’, mas tão somente: ‘*Poderia o delinquente consentir na pena de morte?*’” RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 249.



desenvolvidas a partir de uma concepção supraindividualista de vida humana marcam períodos históricos constituídos por movimentos políticos totalitários.<sup>47</sup>

Cesare Beccaria demonstrou a incompatibilidade da pena de morte com uma concepção individualista do Estado nos moldes do contrato social. A pena de morte seria, absolutamente, incompatível com a ideia de que a vida é um bem jurídico irrenunciável, bem como o suicídio representaria um ato contrário aos bons costumes. Nesse sentido, o culpado não poderia consentir, de forma racional, em submeter-se à pena de morte ao concordar com o contrato social de modo que o tal consentimento do culpado à eliminação de sua própria vida representaria um ato de suicídio, portanto, contrário à moral.

É notável a influência da filosofia utilitarista no pensamento de Beccaria sobre o suicídio e sobre o direito à pena de morte. De forma comparativa, questiona o que seria mais útil ou o que seria mais nocivo à sociedade: aquele que se mata ou aquele que atravessa a fronteira de sua nação para entregar-se à nação vizinha? A resposta estaria na análise de se saber qual a medida da utilidade à sociedade em deixar a cada um de seus membros a liberdade total para abandoná-la, seja pela própria morte seja pela escolha por outra nação.

Defender uma lei que considere o suicídio como crime seria de tamanha inutilidade na medida em que se pune a vontade do indivíduo e não suas ações. Seria, portanto, comandar a intenção, a parte mais livre do homem em relação ao império das leis humanas.<sup>48</sup>

Beccaria argumenta que a lei que aprisiona os súditos em seu país reflete uma situação de inutilidade e injustiça e, se assim o é, repercute também na consideração sobre a lei que condena o suicídio. Desse modo, o suicídio não pode ser considerado um delito, pois a pena, em vez de incidir sobre o réu, recairia sobre a família. A culpa em relação ao suicídio seria punida por Deus (o único que poderá punir após a morte). A previsão de uma pena para o ato não impede, na visão de Beccaria, a sua realização. Nas palavras do autor:

---

<sup>47</sup> Diante da perspectiva neokantiana, a pena de morte é inconciliável com a ideia fundamental de toda a concepção individualista de Estado, que Stammler formulou da seguinte maneira: Toda a pretensão jurídica só pode existir no sentido de que o obrigado veja em si o próximo. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 252.

<sup>48</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

A mais segura maneira de ligar os cidadãos à pátria é aumentar o bem-estar relativo de cada um. Os prazeres do luxo não são os principais elementos desta felicidade, embora, impedindo que a riqueza se acumulasse nas mãos de um só, sejam um remédio necessário à desigualdade que cresce com o progresso de uma nação. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 118.

“quem renuncia tranquilamente ao bem da vida, que odeia a sua própria existência aqui, no mundo, a ponto de trocá-la por uma infeliz eternidade, não se comoverá nem pela consideração dos filhos ou dos pais.”<sup>49</sup>

Sobre a pena de morte, Beccaria também se expressa em uma nítida influência utilitarista. Questiona: “A inútil quantidade de suplícios, que nunca tornou os homens melhores, levou-me a indagar se a morte é verdadeiramente útil e justa, em governo bem organizado.”<sup>50</sup>

Qual poderá ser o direito que o homem tem de matar seu semelhante? Certamente não é o mesmo direito do qual resultam a soberania e as leis. Estas nada mais são do que a soma de pequeninas porções de liberdade particular de cada um, representando a vontade geral, soma das vontades individuais. Que homem, porém, outorgará a outro homem o arbítrio de matá-lo? Como poderá haver, no menor sacrifício da liberdade de cada um, o sacrifício do bem maior de todos os bens, que é a vida? Se assim fosse, como se harmonizaria tal princípio com o de que o homem não tem o direito de matar-se?<sup>51</sup>

Diante desta compreensão, a pena de morte não é um direito, mas uma declaração de guerra entre nação e cidadão. Demonstra-se que tal pena não apresenta uma utilidade nem uma necessidade. Esta apareceria em duas ocasiões: quando, mesmo privado de liberdade, o sujeito revela uma afetação à segurança da nação ou quando se possa produzir uma revolução contra o governo dominante, de forma a se verificar um contexto de anarquia. Todavia, em um contexto de normalidade, sob o império das leis, não haveria nenhuma utilidade no que se refere à aplicação da pena de morte.

Na perspectiva de Beccaria, a intensidade da pena não produz uma maior influência sobre o espírito humano, mas sim sua extensão. A utilidade da pena no sentido de atingir sua prevenção geral seria alcançada por meio de um exemplo longo e sofrido no qual o homem reduzido à condição de animal recompensaria a ofensa à sociedade com sua fadiga. A pena de morte seria apenas um espetáculo. A intensidade da pena de escravidão perpétua como substituto à pena de morte seria mais eficaz para dissuadir o espírito humano.

O pensamento de Beccaria reflete as necessidades de trabalho de sua época e sua crítica à aplicação da pena de morte se demonstra mais como uma consequência necessária de seu contexto histórico-econômico do que de sua ideia humanitária. Pois, se assim fosse, não defenderia reduzir um ser humano à condição perpétua de trabalho escravo. Ressalta-

<sup>49</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 120.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 97.

se a comparação que o autor realiza entre o *ladrão* e o *assassino* na condição de sujeitos à pena de morte; tais autores comunicariam o seguinte sobre seus atos:

Que leis são essas que devo respeitar e que põem tão grande distância entre minha pessoa e a do rico? Ele me nega o centavo que lhe peço e se desculpa, mandando-me trabalhar, fazendo o que ele mesmo não sabe fazer. Quem fez essas leis? Homens ricos e poderosos, que nunca se propuseram a visitar os míseros casebres do pobre, que nunca precisaram repartir o pão amanhecido entre os gritos inocentes dos filhos famintos e as lágrimas da mulher. Quebrems estes laços fatais à maioria e úteis a uns poucos tiranos preguiçosos. Ataquemos a injustiça na fonte. Voltarei ao meu estado de independência natural, viverei livre e feliz por algum tempo com os frutos da minha coragem e do meu trabalho. Talvez chegue o dia da dor e do arrependimento, mas esse tempo será breve, e teria um dia de privação, ao invés de muitos anos de liberdade.<sup>52</sup>

Ademais, Beccaria defende que se o Estado pudesse aplicar a pena de morte, em um contexto de soberania da lei, entraria em uma nítida contradição, pois, ao mesmo tempo em que reprova e proíbe o homicídio, ordena e defende assassinatos em público, sob a forma de penalidade, o que por sua vez perpetua o próprio sentimento de crueldade no espírito humano.

Em total contraposição ao pensamento de Beccaria, Kant apresenta sua defesa à aplicação da pena de morte. Entretanto, em um primeiro momento, poder-se-ia verificar uma aparente contradição com a ideia de ser humano na condição de fim em si mesmo. Então, como resta a argumentação Kantiana no sentido de conferir ao Estado o poder sobre o direito de retirar a vida do indivíduo e não recair em uma nítida contradição com sua perspectiva individualista?

Kant conceitua o direito de punir como o direito de que dispõe um chefe de Estado relativamente a um súdito de lhe infligir dor devido à realização de um crime.<sup>53</sup> Pois bem,

---

<sup>52</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 101.

<sup>53</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 174  
Kant define o direito penal como o direito que tem o soberano, com respeito àquele que está submetido, de impor-lhe uma pena como resposta a seu delito. O direito penal pressupõe que haja o quebramento do ordenamento jurídico em uma relação interpessoal, bem como a lesão à vontade geral do povo. Assim, o direito penal como real é parte da vontade geral constituída. O Estado e o Direito Penal devem ter realidade em seu funcionamento como parte de uma realização da liberdade. Katrin Gierhake remete ao pensamento de ZACZYK no sentido de que o direito penal pressupõe uma comunidade estatal já existente junto com o autor na condição de cidadão. Esta comunidade é perturbada por meio do injusto penal, isto é, a comunidade é atingida no nível subordinado de sua existência livre e, por conseguinte, se restabelece por meio da pena. A violação teria uma qualidade adicional tal que os bens jurídicos da comunidade sejam reconhecidos e esta comunidade jurídica garanta a sua manutenção. O injusto tem sempre um significado geral: a confiança do indivíduo em uma existência livre se dirige, em uma comunidade estatal constituída, não somente frente ao outro, mas à comunidade como um todo.

a punição imposta por tribunal representativo da aplicação do Direito, na concepção kantiana, jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Exige-se, sempre, ser infligida somente porque o sujeito cometeu um crime, pois um “ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil.”<sup>54</sup>

A lei da punição é, para Kant, um imperativo categórico. Desse modo, se o povo negligencia a punição, torna-se colaborador da violação da justiça. O conceito de justiça representa o valor conferido à própria vida dos seres humanos. “Se a justiça desaparecer, não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra.”<sup>55</sup>

Verifica-se a relativização do valor conferido à vida humana, na teoria kantiana, quando Kant aponta a Justiça e a lei da punição como imperativos categóricos:

Se o criminoso cometeu assassinato, terá que morrer. Aqui não há substituto que satisfará a justiça. Inexiste similaridade entre a vida (por mais desgraçada que possa ser) e a morte, e, conseqüentemente, nenhuma igualdade ou analogia entre o crime e a retaliação, a menos que a morte seja judicialmente aplicada ao criminoso, ainda que tenha que estar isenta de qualquer maltrato que pudesse tornar abominável a humanidade na pessoa que a sofre.<sup>56</sup>

Apesar de não transparecer a subtração da humanidade na pessoa que sofre a pena de morte, Kant acaba por deixar evidente que a vida humana não apresenta um valor absoluto, sendo que pode ser subtraída daqueles que violaram certos imperativos, estes sim de valores incondicionais. Além do mais, verifica-se que no pensamento kantiano a abstração de certas valorações se reflete em conceitos determinantes para se valorar a vida das pessoas de forma distinta, a depender da conduta de cada uma delas em consonância com as leis morais. Exemplifica-se:

Se cada um fosse livre para escolher entre a morte a trabalhos forçados, o homem honrado escolheria a morte; o patife, os trabalhos forçados. Isso se coaduna com a natureza da alma humana, pois o homem honrado está familiarizado com algo que ele tem ainda em maior apreço do que a vida, a

---

Quando a violação sucede de forma imediata por parte do indivíduo, então, o restabelecimento do estado jurídico é uma tarefa que somente pode ser efetivada pelo Estado. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018. p. 500.

<sup>54</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 174.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Ibid., p. 176.

saber, a honra; enquanto o patife acha melhor viver desonrosamente que não viver de modo algum.<sup>57</sup>

Percebe-se a relativização do valor da vida humana a depender de qual pessoa estar a se falar de maneira a levar em consideração sua autonomia moral conforme a última citação do autor. Nesse sentido, a Justiça pública, no caso do delito de homicídio, é alcançada somente pela morte do infrator. Segundo Kant, todo assassino, o que inclui quem executa o assassinato, quem o ordena e quem dele é cúmplice, ser executado. Isto representa a Justiça de acordo com leis universais que têm fundamento *a priori*.<sup>58</sup>

Kant se contrapõe, de forma radical, ao pensamento de Beccaria no que tange à proibição da pena de morte.

Opondo-se a pena capital, o Marquês de Beccaria, movido por sentimentos compassivos de afetada humanidade apresentou sua asserção de que qualquer pena capital é equivocada porque não poderia estar contida no contrato civil original, pois se estivesse, todos os integrantes de um povo teriam que haver consentido em perder a vida em caso de ter assassinado um outro indivíduo do povo, ao passo que é impossível para qualquer um consentir com tal coisa porque ninguém pode dispor de sua própria vida. Isto não passa de sofisticada e artimanha jurídica.<sup>59</sup>

Kant desenvolve sua crítica ao pensamento de Beccaria no sentido de que a problemática não reside na vontade ou no consentimento, previstos no contrato social, em se dispor da própria vida. Para Kant, ninguém é objeto de punição porque o quis. A pessoa recebe uma punição porque escolheu uma ação punível. Seria impossível o querer ser punido. A pessoa que receberá a punição, em termos legais, não apresenta voz frente à legislação, já que o legislador é sagrado.<sup>60</sup> Desse modo, não é o indivíduo que dita a pena capital, mas a justiça pública e, assim, outro indivíduo distinto do criminoso.<sup>61</sup>

Portanto, para Kant, o erro de Beccaria reside na confusão do próprio julgamento do criminoso de que, mediante uma resolução de vontade, o próprio criminoso concorde

<sup>57</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 177.

<sup>58</sup> Ibid.

Apesar deste apego de Kant ao merecimento da pena capital, cabe salientar que perante aos casos de infanticídio, o filósofo relativiza a sua opinião. O infanticídio representaria o assassinato do filho pela própria mãe. Questiona-se se realmente seria um caso representativo de assassinato e se realmente merece pena de morte, principalmente, nos casos em que a criança é concebida fora de um casamento. Para o filósofo, a legislação é incapaz de eliminar a desgraça de um nascimento ilegítimo. Portanto, este ato de matar não deveria ser equiparado ao assassinato (entende-se este por homicídio doloso) apesar de ambos serem puníveis. Não poderia haver a mesma resposta punitiva em torno da pena capital, pois “uma criança que vem ao mundo fora do casamento nasce fora da lei – pois a lei é o casamento - e, portanto, fora da proteção da lei. Se a comunidade pode ignorar sua existência, pode ignorar sua destruição.” Ibid., p.179.

<sup>59</sup> Ibid., p. 178.

<sup>60</sup> Ibid., p. 178.

<sup>61</sup> Ibid., p. 179.

em retirar sua própria vida e, assim, em representar como unidos em uma única pessoa o julgamento sobre um direito e a realização deste direito.<sup>62</sup>

Destaca-se, por fim, o posicionamento de Rousseau, o qual constrói sua fundamentação no sentido de que a aplicação da pena de morte, por parte do Estado, não seria contraditória à indisponibilidade da vida, se observada pela ótica da função do Estado frente à manutenção da coexistência social.

A finalidade do contrato social, para Rousseau, é a conservação dos contratantes. Sublinha-se bem: contratantes. Para estes, a proteção à vida se daria de forma absoluta. Para os supostos *inimigos* do Estado, não se verificaria esta proteção. A valoração absoluta à vida humana refere-se às pessoas em direito, aos supostos *contratantes*. A vida humana é interpretada não apenas como algo da natureza humana, mas, também, como um “dom condicional” do Estado.<sup>63</sup> Percebe-se que se retira a consideração da vida humana de uma concepção ontológica e a coloca aos poderes do Estado.

A pena de morte que se impõe aos criminosos quase se pode igualmente considerar: para não sermos vítimas de um assassino toleramos padecer a morte, quando réus de tal crime. Longe de dispor da própria vida nesse tratado, nos cuidados somente de assegurar que todo malfeitor, quando insulta o direito social, torna-se, por seus crimes, traidor da Pátria, de que cessa de ser membro por violar suas leis e à qual até faz guerra; a conservação do Estado não é compatível, então, com a sua; deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão. Os processos e a sentença são as provas e declarações de que ele violou o tratado social, e já não é, por conseguinte, membro do Estado: ora, como ele assim se reconheceu, cumpre ser isolado dele [...] com a morte como inimigo público [...] tal inimigo não é uma pessoa moral, mas um homem, e eis quando o direito da guerra é matar o vencido.<sup>64</sup>

Ora bem, elimina-se a existência daquele que se apresenta como um perigo aos seus concidadãos, ou melhor, aos contratantes. A valoração da vida humana depende de qual indivíduo estar a se falar. Radbruch desenvolve uma crítica ao posicionamento de Rousseau no sentido de que não há tal consentimento do sujeito à pena de morte:

<sup>62</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 179.

Kant projeta a mesma análise em relação ao duelo. Mesmo que este envolva um resultado de morte entre os duelistas, este matar que se configura de forma pública e com o consentimento de ambas as partes, não poderia ser estritamente classificado como assassinato e receber a mesma resposta punitiva. O imperativo categórico da justiça penal permaneceria (matar outrem contrariamente à lei deve ser punido com a morte), mas a própria legislação enquanto permanecer “bárbara e subdesenvolvida é responsável pela discrepância entre os estímulos da honra e as medidas que são objetivamente adequadas à sua finalidade. Assim, a justiça pública oriunda do Estado se converte numa injustiça na perspectiva da justiça proveniente do povo.” Ibid., p. 180.

<sup>63</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 42.

<sup>64</sup> Ibid., p. 57.

Quem não vê que Rousseau, com este haver consentido, converte o contrato social numa situação histórica, num fato fixado no tempo e que, portanto, inesperadamente resvala na concepção histórica da teoria contratualista rechaçada de modo tão enérgico em suas frases preliminares do Contrato Social?<sup>65</sup>

De acordo com a análise de Radbruch, Kant transforma o pensamento de Rousseau em uma relação transcendental:

Em lugar do consentimento na pena de morte, que se supõe dado em determinado momento pelo culpado, aparece o juízo atemporal de sua razão sobre a necessidade. Como contraente do contrato social não se deve pensar o indivíduo empírico com a sua vontade real, mas justamente a razão imputável ao indivíduo empírico. Portanto, quando eu, enquanto criminoso, concebo uma lei penal contra mim, então o que existe em mim é a pura razão jurídico-legislativa que me submete à lei penal como um criminoso em potencial, conseqüentemente, como uma outra pessoa junto a todos os demais em uma associação de cidadãos.<sup>66</sup>

Compreende-se que não é considerada a vontade empírica, mas a razão a que o indivíduo se submete e, por meio desta razão, se consente à pena de morte. Radbruch realiza, também, uma crítica a este pensamento transcendental de Kant o qual não avalia o indivíduo em sua facticidade empírica, mas, tão somente, como uma expressão da razão.<sup>67</sup>

Por fim, Radbruch afirma que os argumentos decisivos contra a pena de morte deveriam ser buscados não tanto nos princípios individualistas, mas em argumentos éticos/religiosos ou, por outro lado, em provas estatísticas e psicológicas que a experiência oferece contra a sua necessidade.

Se tanto a autoridade quando o indivíduo com a finalidade de proteção podem reagir e eventualmente causar a morte de um agressor cuja vontade não tem necessariamente de ser homicida, como se poderia negar-lhe essa forma de expressão diante de um homicídio convicto?<sup>68</sup>

Tal debate atinge, do mesmo modo, a obrigação perante os indivíduos de dispor ou de colocar suas vidas em perigo em caso de guerras. Para Radbruch, o sacrifício, ou seja, o risco da própria vida se evidencia como incluído no interesse daquele que se expõe ao

<sup>65</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 250.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Acrescenta-se, ainda, o pensamento de que de algum modo se pode demonstrar que a pena de morte está ao serviço do próprio interesse do delinquente, pelo fato de destruir o sujeito deste interesse. Entretanto, questiona-se como que restaria tal posicionamento na hipótese de acreditar que a morte não aniquila o sujeito; pois se considera o homem imortal? A morte é tida como a extinção de sua culpa pelo crime como meio deste sujeito atingir a vida eterna. Ibid.

<sup>68</sup> Beccaria afirma que a admissibilidade da morte de outros é justificada apenas quando se constitui o único meio para deter a execução de um delito. E, como exceção, defende que em casos de revoltas públicas pode-se utilizar a morte daqueles responsáveis pela subversão; pois, neste caso, não se está mais em um contexto de contrato social, mas de guerra efetiva. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

perigo. Desse modo, o Estado não exige o sacrifício da vida, já que a ideia de sacrifício espontâneo da vida é compatível com a ideia de individualismo, pois se realiza, plenamente, o valor vital pela entrega da vida. Nesse sentido, também se pode legitimar a pena de morte quando o culpado acolhe, de forma voluntária, a pena como expiação.

Kant, ao afirmar que nenhum ser humano pode ser utilizado como meio para a consecução de fins que não seja ele próprio, entraria em contradição em sua análise sobre o Direito de Guerra? Questiona-se:

Que direito tem um Estado, relativamente aos seus próprio súditos, de os usar na guerra contra outros Estados, de despender de seus bens e mesmo suas vidas nela, ou os expor ao risco, de tal modo que o fato de irem à guerra não depende de sua própria opinião, mas podendo eles serem a ela enviados pelo supremo comando do soberano?<sup>69</sup>

A resposta a tal contradição estaria na afirmação de que os seres humanos, na qualidade de cidadãos de um Estado, são considerados como membros legisladores deste. Dessa forma, não seriam utilizados, meramente, como meios, mas como fins em si mesmos. Por conseguinte, nesta condição de legisladores oferecem seu livre assentimento através de seus representantes a cada declaração particular de guerra. “Será somente sob esta condição limitadora que poderá o Estado dirigi-los a um serviço repleto de perigos.”<sup>70</sup>

O inimigo, na concepção Kantiana, seria aquele cuja vontade publicamente expressa revela uma máxima segundo a qual, se fosse constituída numa regra universal, qualquer condição de paz entre as nações seria impossível e, pelo contrário, seria perpetuado um estado de natureza.<sup>71</sup>

Assim sendo, agir em conformidade com a ideia final de paz perpétua é um dever que cabe a todos, mesmo que não haja possibilidade de concretização deste ideal. Nesse ponto, a metodologia de Kant se expressa de forma clara no sentido de se apegar ao patamar metafísico do *dever ser* e não, exclusivamente, ao mundo empírico. Como não há comprovação da impossibilidade da concretização da paz perpétua, torna-se um dever (portanto, refere-se ao campo moral) que as pessoas realizem suas ações como se real a paz fosse. Em outras palavras:

Este é o nosso dever moral e admitir que a lei moral dentro de nós é ela própria enganosa faria nascer em nós o desejo, que suscita nossa abominação, de

---

<sup>69</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 186.

<sup>70</sup> Ibid., p. 188.

<sup>71</sup> Ibid., p. 192.



preferirmos nos livrar de toda a razão e nos encararmos como lançados por nossos próprios princípios ao mesmo mecanismo da natureza de todas as demais espécies de animais.<sup>72</sup>

Hans Welzel interpreta que a moralidade subjetiva se relaciona com a consciência e com a autonomia moral do indivíduo. A autonomia se converte na lei fundamental do mundo moral. O princípio da vontade livre deve coincidir com aquilo a que se deve submeter, ou seja, pressupõe uma ordem ético-material objetiva, com a qual a vontade tem de coincidir, caso esta se submeta livremente em virtude de sua convicção.<sup>73</sup>

A validade objetiva dos conteúdos éticos da ação é a pressuposição de possibilidade de autonomia.<sup>74</sup> O ponto central na teoria kantiana, para Welzel, está no conceito de personalidade moral. Por virtude da autonomia de liberdade, a pessoa é suporte da ordem ético universal e, com isso, como sujeito da lei moral, um fim em si mesmo. A pessoa é um fim em si mesmo.<sup>75</sup> Pode-se compreender que a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. A pessoa tem que ser considerada em todo momento como fim em todas suas ações, tanto nas que se tem em relação consigo mesmo, como nas que se tem em relação com os demais.<sup>76</sup>

O indivíduo se transforma em pessoa moral no momento em que alcança um valor independente de consideração, devido à sua entrega autônoma e livre à moral. Assim

---

<sup>72</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 197.

O sistema da doutrina do direito, ao contrário da doutrina da virtude, se ocupa de deveres passíveis de serem apresentados por leis externas; constrangimento externo. A Doutrina do direito se ocupa da condição formal da liberdade exterior (coerência da liberdade exterior consigo mesma se sua máxima fosse transformada em lei universal).

<sup>73</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Montevideo: B. de F. / Julio César Faira, 2005. p. 176.

<sup>74</sup> Ibid. p. 178.

<sup>75</sup> Ibid., p. 178.

<sup>76</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 178.

Em uma interpretação liberal de autonomia, o ser humano se dá a si mesmo a lei, o homem autônomo não está vinculado a nenhum dever objetivo, a nenhuma norma ou lei objetiva; mas o mesmo é o criador de deveres, normas e leis. Este entendimento, para Welzel, está vinculado às teorias existencialistas, como a de Sartre, mas de nenhum modo estaria vinculado à Kant. Na leitura de Welzel, para Kant, a vontade se dá a si mesma a lei: não se trata da vontade do homem empírico; trata-se da verdadeira vontade necessária da pessoa como membro de um mundo inteligível. A autonomia de Kant estaria interligada à ordem das coisas inteligíveis. Haveria uma vinculação sistemática de seres racionais mediante leis comunitárias objetivas. A vontade individual, para Kant, estaria vinculada a estas leis comunitárias orientadas ao ser racional. Ibid.

Kurt Seelmann salienta que a dignidade humana a partir do conceito de autonomia como capacidade de autolegislação não abarca todos os seres humanos. Quem tem atitude de comportar-se racionalmente frente a seus próprios desejos e interesses em um meta-nível não pode se separar do fundamento em torno do conceito de dignidade. Dessa forma, conclui-se que as interpretações que vinculam, ao mesmo tempo, a fundamentação do conceito de dignidade humana ao ser fim em si mesmo e na autolegislação são interpretações equivocadas. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 38.

sendo, é a pessoa moral que detém a autonomia e, por isso, é considerada um fim em si mesmo.

Welzel rebate as interpretações sobre as quais recai a ideia de que o sujeito jamais poderia ser aniquilado em prol de alguma outra finalidade; dispor de si mesmo como meio para uma finalidade significaria denegrir a própria humanidade refletida em sua pessoa. Exemplifica-se com a situação na qual a pessoa coloca sua vida em risco em nome do Estado: Não se poderia considerar tal ato como heroico, pois se coloca o sujeito como mero meio, e não como fim em si mesmo. Sacrificar-se-ia a humanidade na figura do sujeito individual. “Todo sacrifício da vida pelo outro seria um suicídio ilícito, um crime contra a humanidade em nós mesmos.”<sup>77</sup> Welzel não concorda com esse posicionamento:

O sacrifício da vida pela pátria ou pelo bem da humanidade não seria um aniquilamento da moral em sua existência; mas sim a mais alta realização da personalidade ética. **No aniquilamento do homem empírico, triunfa a pessoa moral.** Na hipótese de se situar, contudo, a humanidade como ideia no centro do homem empírico, este tem que se converte, com tudo o que ele é, em fim em si mesmo; com a consequência de que a pessoa moral não pode se dispor em absoluto.<sup>78</sup>

De acordo com Welzel, o homem empírico, o corpo, a vida, a liberdade e a propriedade não são fins absolutos por si; mas somente o é a pessoa moral. E por assim o ser, é possível que o aniquilamento do homem empírico se converta na suprema verificação da pessoa moral. Não é o indivíduo a ser considerado, eticamente, como um bem intangível, como um fim último; mas, somente, a pessoa moral autônoma.<sup>79</sup> Neste sentido, somente a liberdade externa pode ser aniquilada. A liberdade moral, que se refere à autonomia, apenas pode ser destruída pela própria pessoa, em seu interior. E, assim, destrói-se a humanidade na própria pessoa. O conceito de humanidade se relaciona, portanto, com a realização ou verificação da pessoa moral.

---

<sup>77</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal.** Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 180.

<sup>78</sup> Ibid., p. 180.

<sup>79</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material.** Montevideo: B. de F. / Julio César Faira, 2005.

Kurt Seelmann argumenta que aqueles que interpretam o sujeito empírico como representante do sujeito ideal, participe da dignidade, apelam para uma metafísica aristotélica. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 37.

### 1.3 A doutrina neokantiana dos valores e seu impacto ao conceito de pessoa<sup>80</sup>

O Neokantismo apresenta uma de suas principais contribuições na contraposição realizada ao conceito positivista de ciência para o qual só se considera uma disciplina enquanto científica se esta se baseia nos métodos das ciências da natureza, ou seja, em pesquisas que se assentem na observação, na experimentação e na recolha de fatos. Todavia, o Direito e as demais ciências do espírito - história da arte, filosofia, literatura, linguística - são incompatíveis com estes métodos. Assim, para a concepção neokantiana, deve-se restituir a consciência metodológica das ciências do espírito de modo a não se limitar ao conceito positivista de ciência, o qual coloca a missão desta ao conhecimento da realidade por meio de experiências.

Questiona-se se com os métodos das ciências da natureza a possibilidade de se conseguir, verdadeiramente, compreender o conjunto da realidade.<sup>81</sup> E a resposta apresenta-se de forma negativa. Explica-se que as ciências da natureza, por utilizarem o método de *conceitualização generalizadora*, conseguem compreender apenas parte da realidade na qual se verifica uma simples repetição da mesma. Nesse sentido aderido pela ciência natural, a realidade não é aprendida em sua totalidade, mas apenas é aprendida aquela que no geral se averigua empiricamente; o conhecimento consiste, nesta linha, em reproduzir parte da realidade, tal como ele é em si, independentemente do processo de conhecer.

O Neokantismo vem contrapor o posicionamento das ciências naturais ao defender que o ponto de partida é o próprio processo de conhecimento e não o objeto em si, em uma nítida distinção da consideração ontológica que será exposta em momento oportuno. A ideia dominante do neokantismo é a de que o objeto do conhecimento é, antes de tudo, o resultado de um método de conhecimento em que estão ínsitas, como pressupostos, as estruturas do pensar. Acrescenta Karl Larenz que é exatamente por isso que as ciências da natureza não podem reproduzir o mundo como ele é em si, mas apenas conseguem

---

<sup>80</sup> Em trabalho realizado em âmbito de mestrado, examinaram-se as consequências da adoção desta metodologia na consideração da tutela penal da propriedade privada. Cita-se: SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira**. 2015. 417 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/index.php#!/pos-graduacao/stricto-sensu/direito/dissertacoes/>

<sup>81</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012. p. 112.

empreender uma conformação da realidade. Para a Filosofia Neokantiana, a totalidade do mundo é irreproduzível.<sup>82</sup>

Tal impossibilidade de se compreender a totalidade da realidade também se aplica às ciências da cultura. Entretanto o Neokantismo realiza algumas diferenciações. Em primeiro lugar, cumpre destacar que as ciências da cultura também necessitam realizar uma escolha na massa de acontecimentos singulares que ocorrem na realidade, mas elas não colocam como objeto central a repetição uniforme desta realidade. Em suma, as ciências da cultura também consideram alguns pontos como essenciais e deixam outros pontos como não essenciais,<sup>83</sup> perante os diversos fenômenos da realidade.

Assim sendo, o que diferencia as ciências da cultura das ciências da natureza seria a maneira pela qual se escolhe os objetos que serão estudados dentro da totalidade da realidade. Ambas as ciências não conseguem reproduzir esta totalidade, mas a forma como realizam as investigações é distinta.

Percebe-se que nesta primeira diferenciação entre as ciências naturais e as ciências da cultura reside a importância de se delimitar o processo de conhecimento, isto é, o método de pesquisa, além de se contrapor o conceito geral e abstrato do positivismo naturalista a um conceito individual e histórico, adotado pelo Neokantismo. Nesse sentido, não importa aquilo que se repete em objetos comuns de conhecimento resultando em apenas uma generalização do objeto, mas sim o conjunto de elementos gerais que trazem um conteúdo único e individual que o distingue de todos os demais elementos da totalidade, priorizando-se a própria individualidade do objeto. Para a Filosofia Neokantiana, o conceito de individualidade histórica só pode ser construído por meio de referência a valores que aderem a fenômenos da cultura; sendo esta compreendida na condição de tudo o que, pela sua referência a valores, ganha sentido e significado e, nesses termos, cada objeto cultural deve ser considerado na sua singularidade histórica.

---

<sup>82</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

<sup>83</sup> Ibid., p. 114.

Pode-se acrescentar: “[...] não importam tanto aqueles traços que no seu objeto são comuns ao maior número possível de objetos idênticos, quanto aqueles que o permitem reconhecer e o tornam significativo precisamente na sua individualidade, particularidade [...] a combinação dos elementos conceituais pode se fazer de modo que o complexo resultante de elementos gerais tenha no seu conjunto um conteúdo que só se encontra num único e particular objeto e que portanto represente aquilo em que esse objeto se distingue de todos os demais.” Ibid.

Arthur Kaufmann explica que a leitura sobre a qual recai a compreensão de que a teoria Kantiana apresenta obstáculos ao Direito Natural de base ontológico-substancial, estático e universal se refere, na verdade, não ao próprio Kant; mas, sim, à filosofia neokantiana para a qual o direito somente poderia se manter como um direito natural, quando muito, de forma mutável, dinâmica e histórica. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 40.

Para se definir quais são os fenômenos essenciais é preciso implementar juízos de valor sobre as escolhas. Analisa-se a relação de um determinado fenômeno ou de um objeto com um valor que o estudioso das ciências da cultura reputa significativo. Para o Neokantismo, de qual valor se trate no caso é, da perspectiva metodológica, indiferente.<sup>84</sup> O que interessa é que o fenômeno selecionado para ser investigado seja relacionado a um valor considerado significativo não só pelo cientista social, inserido em determinado contexto, mas também que essa significatividade dos valores seja reconhecida por toda a comunidade cultural à qual pertença o estudioso das ciências da cultura que selecionará o fenômeno a ser estudado. Segundo as explicações de Karl Larenz, “[...] o que importa é reconhecer que, sem a pressuposição de valores que se sintam como significativos e que para nós sejam estimulantes, o interesse histórico não poderia pura e simplesmente surgir, tornando-se impossível a ciência da história.”<sup>85</sup>

O cientista social deve referir os fenômenos a valores, ou seja, tem de os reconhecer como “[...] alguma coisa que pode ser objeto de uma valoração, que merece consideração do ponto de vista valorativo.”<sup>86</sup> Na perspectiva Neokantiana, o Direito se insere no âmbito das ciências da cultura, ou seja, nas ciências individualizadoras, as quais devem referir seus objetos a valorações e fins. Portanto, o Direito deve referir seu objeto – norma – a valores e fins.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012. p. 115.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 115.

Larenz acrescenta a definição dos neokantianos de comunidade cultural como comunidade que vem a ser constituída através de vigência fática de valores. E cultura seria, no seu sentido mais amplo, tudo o que, pela sua referência a valores, ganha sentido e significação para o homem que reconhece esses valores como tais. *Ibid.*, p. 116.

<sup>86</sup> *Ibid.*

Karl Larenz evidencia o pensamento de Rickert o qual define esta construção de conceitos referida a valores como uma construção de conceitos teleológica. O Neokantismo, notadamente na percepção de Rickert, aponta a repartição lógica das ciências em dois níveis: 1. Ciências generalizadoras nas quais se inserem as ciências da natureza para as quais o objeto de conhecimento é livre de qualquer valoração e sentido; 2. Ciências individualizadoras nas quais se encontram as Ciências da cultura, cujos objetos de conhecimento devem ser sempre referidos à valores e dotados de significação.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 117.

Todavia, o próprio Rickert acredita que há ciências da cultura que, em certa medida, se servem de uma *conceitualização generalizadora*, o que seria o caso do Direito. Em contraposição à visão de Rickert, apresenta-se a ideia de Binder, o qual, apesar de carregar matrizes nitidamente hegelianas, tem uma fase intermediária, denominada Idealismo Objetivo. Cumpre-se salientar que nesta fase intermediária há considerações neokantianas em suas posições, dentre as quais se pode ressaltar que para Binder a ciência do Direito deve ser colocada no âmbito das ciências individualizadoras; pois, a despeito de utilizar conceitos gerais os emprega apenas como conceitos operatórios para se chegar ao conhecimento do individual em um dado histórico. Emil Lask, em sua *Teoria Social do Direito*, também considera a ciência do Direito como ciência da cultura. Nesta perspectiva, a ciência do Direito seria um ramo das ciências empíricas da cultura.

Estas considerações de ordem geral sobre a Filosofia Neokantiana se reflete na dogmática jurídica e em sua tentativa de organizar, de forma sistemática, “[...] o conteúdo das normas que são reconhecidas como Direito com base em um juízo teotético-social.”<sup>88</sup> O conteúdo das normas resultaria, então, da referência de tais normas a valores e fins que são reconhecidos socialmente. Nesse sentido, a construção jurídica de conceito apresenta uma metodologia teleológica: “[...] a ciência do Direito não se depara apenas com seu objeto e simplesmente o analisa, mas tem primeiro de o obter – a partir da lei, de costumes e de sentenças - por meio de um trabalho que é parcialmente criador.”<sup>89</sup>

No que se refere à importância dada pelo Neokantismo ao sujeito no processo de conhecimento, Radbruch, em sua obra *Filosofia do Direito*, afirma que “[...] vivenciamos homens e coisas providas de *valor* e de *desvalor*, mas sem a menor consciência de que um e outro advêm de nós, os observadores, e não propriamente dos homens e das coisas.”<sup>90</sup>

Percebe-se que a perspectiva neokantiana se contrapõe às concepções ontológico-substanciais e ontológico-estruturais no sentido de não conferir aos objetos um sentido e um valor apriorístico. Pode-se compreender que a pessoa, a vida humana e a liberdade humana seriam desprovidas de valor ou desvalor em si mesmas, pois esta valoração é posta por parte daqueles que a observam.

Cordoba Roda explica que principalmente para a Escola Sudocidental Alemã, a ciência penal engloba conceitos que são produtos de uma elaboração metodológica efetuada pelo sujeito empírico. Esta elaboração se realiza na virtude da aplicação das categorias, formas sintéticas da razão pura, à realidade. Há, assim, uma aplicação de categorias à realidade. A forma sintética da razão pura representa as categorias como razão do sujeito empírico.

Para a doutrina valorativa, que apenas complementa a doutrina positivista na opinião de Cordoba Roda, o campo da ação - da realidade - está integrado por um conjunto de objetos livres de sentido e de valor. A realidade constitui um caos sem sentido que adquire uma configuração na esfera conceitual por meio de uma transformação metodológica. Essa transformação se realiza em virtude da aplicação das categorias da realidade. A esfera da

---

Relaciona-se com “[...] fenômenos ou relações que se salientam, da massa dos acontecimentos, pela sua significatividade em ordem a determinados valores culturais.” Larenz acrescenta, ainda, que a partir da construção teórica de Emil Lask o Direito pode ser entendido ou como um fator cultural real ou como um complexo de significações desligados daqueles acontecimentos. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 5.

ciência penal não se formaria por puras representações da realidade, especialmente da ação, mas por conceitos resultantes de uma elaboração metodológica da própria realidade.<sup>91</sup>

Tanto as ciências da natureza quanto as ciências da cultura partem da realidade objetiva livre de valor e sentido. O que as diferencia é o aspecto metodológico. As ciências da cultura orientam seus objetos aos valores, ou melhor, aplicam aos fatos uma referência valorativa. Devido a essa atitude metodológica da doutrina dos valores, não há uma problemática em conceber a ação humana como uma causalidade cega. Nesse contexto, o tipo penal apenas representa uma transformação conceitual, e não uma representação da realidade.<sup>92</sup> É exatamente esse ponto que a metodologia adotada por Welzel rebate conforme será exposto em tópico específico.

A partir dessa atitude metodológica valorativa, o Direito é definido como sendo uma obra humana e, como tal, só pode ser compreendido a partir da sua ideia. Nessa linha metodológica, deve-se definir o Direito com relação ao seu fim último. Por isso, o Direito não pode ser incluído no campo de uma consideração cega para fins, ou seja, cega para o valor de uma obra humana.<sup>93</sup> Do mesmo modo, é impossível uma consideração cega para o valor do Direito ou de qualquer manifestação jurídica isolada.<sup>94</sup>

O conceito de Direito é estabelecido como um conceito cultural, ou seja, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores.<sup>95</sup> Então, o Direito é uma realidade que deve servir ao valor Ideia do Direito. Essa

---

<sup>91</sup> CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepcion del delito**: la doctrina finalista. Barcelona: Ed. Ariel, 1963P. 34.

No mesmo sentido defende Rodríguez no que tange a considerar a filosofia neokantiana como complementar (e não superadora) da filosofia positivista. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

<sup>92</sup> CORDOBA RODA, Juan. Op. Cit., 1963.

<sup>93</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 10.

<sup>94</sup> Ibid.

O que, em última instância, não se está tão distante da concepção de fins que dirige o conceito de ação em Welzel.

Acrescenta-se que uma ciência natural do delito, como objetivava a antropologia criminal, somente é possível se previamente se tivesse substituído o conceito de delito relacionado com o valor jurídico por um conceito criminal natural. Seria o milagre dos milagres. Ibid., p. 11.

<sup>95</sup> Ibid., p. 47.

Ideia do Direito representa a Justiça. Portanto, o Direito é a realidade cujo sentido é servir a Justiça.<sup>96</sup>

Os preceitos jurídicos (envolvendo as situações de fato e as consequências jurídicas) também são construídos com referência ao valor Justiça. Assim, não só o Direito, mas todas as suas construções e conceitualizações devem estar referidos a valores, à Ideia do Direito e, em última instância, ao valor Justiça.

A postura metodológica neokantiana recusa aos postulados metodológicos que deduzam o *dever ser* a partir do *ser*. Explica-se que “[...] a consideração do valor e a consideração do ser encontram-se lado a lado como círculos fechados e independentes.”<sup>97</sup> Essa é a essência do dualismo metodológico: a separação entre valor e realidade, entre o *dever ser* e o *ser*.

Nesse sentido, do conhecimento metodológico derivam as proposições do *dever ser* somente a partir de outras proposições do *dever ser*. Para o Neokantismo, jamais se pode admitir que uma proposição do *dever ser* seja fundamentada, indutivamente, em fatos do *ser*. Salienta-se que essa impossibilidade de se derivar o valor a partir da realidade, o que caracteriza uma relação lógica, não afirma que o dualismo metodológico negue as influências que as valorações e os juízos recebem dos fatos do *ser*, isto é, do contexto social no qual estão inseridos. O que o dualismo metodológico defende é que esta relação lógica entre *ser* e valor não pode se fundamentar nos fatos do *ser*. Portanto, as proposições de *dever ser* só podem ser fundamentadas e demonstradas mediante outras proposições de *dever ser*.

---

<sup>96</sup> O grande problema é qual o conteúdo da definição de Justiça a se utilizar. Radbruch trabalha com o valor Justiça em seu sentido de igualdade. Para isso, analisa-se tanto a igualdade absoluta, a qual resulta na justiça igualitária como a igualdade relativa que resulta na justiça distributiva. Esta última acaba por se relacionar com o tratamento diferente dado às diversas pessoas. A justiça igualitária é a base do Direito Privado o qual precisa pressupor uma situação de igualdade de direito entre os sujeitos, já a justiça distributiva relaciona-se com o Direito Público; como, no caso do Direito Penal, em que a pena é medida de acordo com a culpa do agente. Afirma-se que a própria justiça igualitária pressupõe um ato de justiça distributiva a qual determina os participantes com a mesma equiparação. Portanto, para Radbruch, a justiça distributiva é a forma originária de Justiça e é nesta concepção que o conceito de Direito deve procurar sua orientação. Nesta mesma linha, acredita-se que a igualdade absoluta é uma pura abstração. A justiça distributiva não consegue determinar qual tratamento diferenciado deve ser dado às pessoas, mas somente deduzir a relação. Por exemplo, pode-se deduzir que a condenação de um furto simples deve ser distinta da condenação de um latrocínio, mas não se consegue selecionar qual é a pena merecida por cada caso. Por isso, o valor Justiça precisa de princípios e preceitos jurídicos que o complementem. A essência da Justiça está na estruturação das relações entre os indivíduos no sentido de igualdade. A regulação jurídica acaba por seguir o mesmo caminho e encontrar sua essência também nas relações sociais. A regulação jurídica apresenta natureza positiva, normativa, social e geral, pois no seio das relações sociais é pressionada para ter um caráter geral e reivindicar a generalidade. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 51.

<sup>97</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010



Esta separação entre realidade e valor resultará em certo relativismo axiológico o qual foi – supostamente - rebatido pela perspectiva de Welzel. O relativismo procura desenvolver, de forma sistemática, todos os pressupostos possíveis para a valoração jurídica. A apresentação de todos os sistemas de valores jurídicos, em seus contrastes e parentescos, dentro dos limites de uma tópica de todas as concepções possíveis de Direito, tem como fim apresentar a sistemática integral dos seus sistemas possíveis.

Pode-se afirmar, então, que para o relativismo não interessa somente verificar as valorações jurídicas existentes, mas o que mais importa é a pesquisa do sentido subjetivo e objetivo. O que pensamos ao emitir juízos de valor é apenas o ponto de partida, deve-se pensar com sequência lógica e causal.<sup>98</sup> Desse modo, o que se pretende com o relativismo é esclarecer os pensamentos com fins jurídicos.

Compreende-se que a Filosofia do Direito de cunho relativista não tem a tarefa de determinar a um indivíduo a escolha entre as várias concepções jurídicas que são apresentadas e que se mostram contraditórias. O relativismo permite somente apresentar essas várias concepções, exaustivamente, sem, no entanto, defender uma posição. Esse é o método relativista com sua tarefa de analisar as relações que ocorrem entre um juízo de valor com o outro, em uma determinada concepção de mundo e de valor, sem determinar qual juízo ou concepção de valor deve prevalecer por ser verdadeiro.

Na crítica ao Direito Natural, fica evidente o aspecto relativista do Neokantismo. Radbruch, ao comentar sobre o Direito Natural, acaba por afirmar que a validade deste direito se relaciona apenas com um estado social dado, para uma época e um povo determinados. Este mesmo sentido é encontrado na filosofia de Kant:

O golpe definitivo contra o direito natural foi dado pela filosofia crítica de Kant. A crítica da razão de Kant mostrou que a razão não é um arsenal de conhecimentos teóricos conclusos, de normas éticas e estéticas prontas para a sua aplicação, antes a faculdade de alcançar tais conhecimentos e normas; que não constitui um conjunto de respostas, mas de perguntas, de pontos de vista com os quais nos aproximamos dos dados, de formas que somente pela recepção de uma matéria dada, de categorias somente pela aplicação a um material dado são capazes de oferecer sentenças ou juízos de um conteúdo determinado.<sup>99</sup>

A partir do conceito de direito, a perspectiva neokantiana distingue direito e moralidade no sentido de que o Direito é um conceito da cultura enquanto que a moralidade é um conceito do valor. A ideia da justiça está para o Direito da mesma forma

<sup>98</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 26.

<sup>99</sup> Ibid.

que a ideia da moralidade está para a moral. No fato psicológico da consciência é onde se alcança a realidade cultural.<sup>100</sup>

Perante esta distinção, a vida passiva dos impulsos é moralmente irrelevante sendo relevante apenas a vontade ativa. Consequentemente, a vontade se distingue do impulso pela sua atividade. A aplicação da moral dar-se-á, portanto, no círculo das ações humanas. Para os neokantianos, a distinção entre moral e direito não pode se dar pela valoração a respeito da conduta externa e da conduta interna do agente. O objeto de distinção é o direcionamento de seus interesses: “a conduta externa interessa à moral na medida em que legitima a conduta interna; esta se manifesta no direito enquanto aguarda por uma ação externa.”<sup>101</sup>

O confronto entre exterioridade e interioridade alcança a diversidade dos modos de obrigação: A moral exige que se cumpra o dever pelo sentimento desse dever, o direito tolera outros impulsos. À moral basta unicamente a mentalidade adequada à norma; ao direito, a conduta adequada ao preceito, ou segundo a expressão de Kant : a moral exige moralidade, o direito somente legalidade.<sup>102</sup>

A análise desta passagem deixa evidente que a problemática acerca da interpretação do conceito de vida humana em seu conflito com a liberdade individual é, essencialmente, um tema que compete ao campo moral e não jurídico. Para tal compreensão, é necessária uma melhor diferenciação entre heteronomia e autonomia.

Adjudica-se ao direito a heteronomia, pois aos juridicamente submetidos se apresenta como uma vontade estranha que, vindo de fora, é obrigatória; à moral atribui-se autonomia, pois suas leis são impostas a cada um tão-somente por meio da própria personalidade moral [...]. A expressão autonomia só é compreendida quando não se compreende como obrigante dessa relação de obrigar-se por si mesmo um querer qualquer, mesmo que também seja a exigência da consciência, de uma maneira geral, não uma realidade qualquer empírico-psicológica, mas uma personalidade moral, um produto puramente normativo, ideal, irreal, em resumo, a própria norma obrigante: não é consciência que obriga, mas a norma que nela fala.<sup>103</sup>

A perspectiva neokantiana coloca a moral não somente como o fim do Direito, mas como seu próprio fundamento de validade obrigatória. O imperativo jurídico só apresenta validade jurídica quando fundamentado pela consciência com a força de obrigação moral: “O meu direito subjetivo é, na realidade, o direito de cumprir o meu dever moral.”<sup>104</sup> Neste caminho metodológico, encontra-se, novamente, um notável obstáculo epistemológico para

<sup>100</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 57

<sup>101</sup> Ibid., p. 59.

<sup>102</sup> Ibid., p. 61.

<sup>103</sup> Ibid., p. 65.

<sup>104</sup> Ibid., p. 66.

a sustentação da defesa pela não consideração do homicídio a pedido e das tipologias de eutanásia enquanto componentes da interpretação normativa provinda a partir do tipo penal de homicídio (Art. 121, CP: Matar Alguém), assim como dificulta uma possível descriminalização da conduta de participação no suicídio e do aborto consentido, já que ocorre uma vinculação acentuada entre Direito e Moral.

O próprio Radbruch assume a influência teológica nesta posição metodológica:

Desde a aceitação do cristianismo, há em cada indivíduo uma fissura através do seu mundo e de sua vida moral: ao lado da nossa consciência cristã está o nosso sentimento jurídico pré-cristão. Somos cristãos piedosos e, simultaneamente, duelistas convictos, ou cremos da mesma maneira no Deus do amor e no direito à guerra. Kant tentou reconciliar de modo sistemático esses dois mundos éticos contrapostos: o sentimento jurídico e a consciência. O cumprimento de nossos deveres morais, como a autoafirmação moral, outorgando ao direito um conteúdo de dever moral.<sup>105</sup>

A constatação desta imanente contradição na teoria kantiana já fora comentada em tópico específico. Resta esclarecida a tentativa de reconciliação destes dois mundos éticos contrapostos pela filosofia kantiana (relembra-se que, para Hans Welzel, tal posicionamento kantiano não demarca nenhuma contradição, pois não se fala do sujeito empírico, mas sim da pessoa moral) e que para os fins desta pesquisa torna-se o obstáculo significativo para a modificação da racionalidade jurídico-penal no sentido de se interpretar a vida humana a partir da liberdade individual. Afirma-se, ademais, que tal contradição e tentativa de reconciliação kantiana não ultrapassam a influência teológica cristã que ainda atinge tal concepção.

### 1.3.1 Conceito abstrato de pessoa

O conceito de pessoa é considerado como uma categoria reflexiva da ordem jurídica, necessária e com valor universal, não fundada na experiência jurídica nem limitada por ela: o sujeito de direito é um ser determinado historicamente como sendo um fim em si.<sup>106</sup> O conceito de pessoa seria, então, um conceito de igualdade.

O individualismo, por considerar o indivíduo como um fim em si da ordem jurídica, acaba por ofuscar sua individualidade concreta resultando em um conceito de liberdade sem individualidade perante a qual se constitui a igualdade das pessoas. Em contraposição a este conceito de pessoa, há o conceito jurídico-social, o qual considera o ser concreto e

<sup>105</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 151.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 189.

socializado, expressado por papéis como o de patrão, trabalhador, proprietário, não proprietário.

O conceito de pessoa permanece, mesmo nesta acepção, como um conceito de igualdade, pois o Direito Privado precisa deste entendimento já que se insere no âmbito da justiça igualitária, a qual trabalha com sujeitos que se deparam com as relações de troca e, para tanto, necessitam da equiparação jurídica de igualdade. Dessa forma, se não houver o conceito de pessoa sob o aspecto do conceito de igualdade por detrás das relações concretas, a própria consideração de Justiça seria abalada, atingindo-se o Direito como um todo.

Desse modo, salienta-se que a artificialidade do sujeito de Direito, no que se refere ao sujeito real, se relaciona com o fato de que a igualdade jurídica não é inerente ao ser humano, mas lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico.<sup>107</sup> Assim sendo, ninguém é pessoa por natureza, mas ser pessoa é resultado de um ato de personificação da ordem jurídica: todas as pessoas seriam criações da ordem jurídica e, por isso, restam iguais.<sup>108</sup>

Nessa perspectiva, ser pessoa significa ser um fim em si sob o ponto de vista do ordenamento jurídico. O sujeito é considerado pelo Direito como um fim em si, estabelecendo-se a relação entre ser e fim. Percebe-se, portanto, que o conceito de pessoa elaborado pelo Neokantismo é estritamente jurídico; até mesmo distanciado de concepções de pessoa moral.

Pois bem, na hipótese de se partir da concepção de que a pessoa é um fim em si sob o ponto de vista jurídico, pode-se compreender que o Direito não poderia negar os elementos constituintes que formam a pessoa, como a liberdade, pois negar-se-ia a própria orientação a fins. Todavia, aqueles indivíduos que não são considerados pessoas, pela ordem jurídica, poderiam ter sua proteção à vida e à liberdade relativizada já que não se inserem no tratamento jurídico.

---

<sup>107</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 191.

<sup>108</sup> Ibid.

Sobre a crítica materialista ao conceito de sujeito de Direito: SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Análise acerca das propostas de políticas públicas adotadas no âmbito penal de acordo com a realidade social, econômica e política brasileira**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2013.

### 1.3.2 A consideração da danosidade social a partir dos valores ético-sociais e seu impacto na racionalidade jurídico-penal

Com a abertura metodológica proporcionada pela filosofia neokantiana, o reflexo na dogmática jurídico-penal de maior relevância para esta pesquisa se encontra na materialização do injusto penal no sentido de desenvolver o conceito de danosidade social e de considerá-lo o aspecto material do injusto penal sem o qual não se configura o delito.

De acordo com Guilherme Sauer, a ética social, na condição de norteadora da dogmática penal, é responsável por indicar as diretrizes obrigatórias para o direito estatal em relação aos aspectos que devem ser considerados efetivos e duradouros. A elaboração das leis deve ser realizada sob a orientação das concepções ético-sociais, sociológicas, políticas e histórico-culturais. O Direito Penal extrairia sua força vital e seu conteúdo da sociologia e da ética social.<sup>109</sup>

Por meio da consideração sociológica e ético-social, apoiou-se o conceito neokantiano relativo à antijuridicidade material, o qual entrava em contraste com a antijuridicidade analisada de forma puramente positivo-legal no contexto do positivismo naturalístico e do positivismo jurídico.

A dogmática jurídico-penal, elaborada na concepção de Sauer, apontou a relevância de se empregar o método funcional no sentido de que os conceitos jurídicos apenas se justificam se cumprirem determinadas funções.<sup>110</sup> Essa adoção do método funcional se apresenta em contraste com o tratamento formal, dedutivo, lógico-conceptual do positivismo. Salienta-se que os conceitos dogmáticos devem adaptar-se às suas funções orientadas ao fim último de realização da Justiça.

Na concepção de Sauer, conhecimento significa compreensão sistemática dos elementos em conexão. Há, portanto, defesa da sistematização do conhecimento e de uma

<sup>109</sup> SAUER, Guilherme. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 9.

*“La doutrina, aqui sustentada, de la totalidad elabora sus resultados y acepta en parte también sus modos de pensar, en la medida que las propias funciones jurídicas lo permiten y lo exigen. La vieja dogmática del derecho penal espera de este cruce de principios científicos fundamentales y de métodos un rejuvenecimiento y enriquecimiento. Una utilización de los conocimientos criminológicos para la Parte Especial del Derecho Penal [...]. Aquí será, por primera vez, impregnada la Parte General por la Criminología y la Ética Social, naturalmente bajo salvaguarda del modo de pensar dogmático-formal. De esta manera el Derecho Penal será construído de un modo tridimensional como ya propuse en mi ‘Doctrina del método jurídico’, publicada en 194. [...] La criminología como investigación de los hechos no está sujeta sólo, por ejemplo, al método naturalístico, es decir de las ciencias de la naturaleza sino también al método sociológico; también ella es referida a los valores y a las normas, en cuanto aclara e interpreta todos los objetos que después son delimitados en las normas del derecho penal. La falta consiste en dar al derecho penal los objetos que son labrados por las ciencias naturales.”*

<sup>110</sup> Ibid.

orientação às funções dos conceitos jurídico-penais.<sup>111</sup> O método que concebe a totalidade do Direito e o método funcional são adequados, para Sauer, na solução de vários problemas de cunho dogmático. Ao lado destes métodos citados, há a importância do método normativo na condição de contraste ao método naturalístico. Somente o método normativo, ou seja, aquele referido às normas, consegue superar os problemas jurídico-penais.

Contrapõe-se, ainda, à subsunção lógica do positivismo, o método regulativo segundo o qual o Direito Penal não deveria se limitar a uma mera subsunção do fato concreto à norma, mas deveria orientar-se desde um ponto de vista ético-social: ou melhor, a partir da Ideia de Direito e seus princípios de Justiça, de bem comum e (de) segurança jurídica. Esse conjunto metodológico que forma o pensamento dogmático de Sauer se reflete, de forma nítida, na concepção de *materialização do injusto penal* e no conceito de *danosidade social*.

No que se refere ao injusto, Guilherme Sauer aponta que a sua medida é a antijuridicidade, a qual, em seu sentido formal, consistiria em contrariedade à norma e, em seu sentido material, consistiria na contradição com a justiça social, assim como com o bem comum, representado pelos interesses estatais. Essa contradição com a justiça social preenche a danosidade social da conduta ou, pelo menos, a periculosidade social da conduta.<sup>112</sup>

A partir dos pressupostos neokantianos e, em específico, dos métodos elencados acima, utilizados por Guilherme Sauer na construção de sua leitura dogmática, a relação de causalidade entre ação e resultado passa a ser conhecida e fixada somente a partir do ponto de vista do justo e do injusto. Há de se realizar uma valoração jurídica sobre a causalidade, que, apenas em seu termo naturalístico, não resultaria suficiente para a complexidade do sistema dogmático-penal.

Na construção de Sauer, a ciência teria que contemplar sua investigação com a seguinte graduação: Injusto junto com tipicidade. A ciência precisaria investigar o conteúdo material do injusto antes de sua configuração formal na lei. O injusto penal, na

---

<sup>111</sup> “No se aduce, por ejemplo, una pedante exposición sistemática superficial, sino una sistemática interna, que también es inherente a un buen comentario. Esto es teria pura del derecho penal. Para un conocimiento de un análisis semejante, se necesitan precisamente los conceptos fundamentales, importantes e incontrovertidos que aparentemente presentan la máxima sencillez pero que en realidad son de naturaleza sumamente complicada, como por ejemplo: querer, actuar, omisión, causalidad” SAUER, Guilherme. **Derecho penal**: parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 15.

<sup>112</sup> Ibid., p. 95.

concepção de Sauer, é a negação da ideia do Direito. O injusto formal tem a função de levar ao tipo o injusto material. Por conseguinte, o conteúdo desvalorizado do injusto material deve ser perceptível.”<sup>113</sup> A tipicidade seria o indício deste conteúdo desvalorizado. Salienta-se que, perante esta perspectiva, a inserção típica do injusto material nos tipos não satisfaz a antijuridicidade formal. Evidencia-se que, se uma conduta não é considerada antijurídica, é, então, juridicamente permitida. Dessa forma, Sauer caracteriza a antijuridicidade formal como ilegalidade no sentido de realização do tipo sem o preenchimento de causas de justificação.

A partir dessa estrutura metodológica, consegue-se permitir certas relativizações ao resultado morte apesar da previsão típica “*matar alguém*”. A causalidade que liga ação/omissão ao resultado é valorada no âmbito da antijuridicidade de modo a se decidir o que realmente representaria um injusto penal. O simples resultado naturalístico não é suficiente para tal configuração. A causalidade mesma necessita de uma valoração.

Sem a abertura metodológica, que foi explicada no começo desta exposição sobre as contribuições de Sauer à construção do conceito de injusto material, não se consegue limitar a intervenção penal nos tipos penais dos crimes contra a vida que envolvem uma escolha pessoal de subtração da própria vida com intervenção de terceiros. A causalidade determinada por causas de justificação, as quais são verificadas frente à antijuridicidade formal, resta fundamentada no caso de relativização da proteção penal à vida humana.

A problemática reside no próprio conceito de danosidade social apegado à ética social. Tal influência pode resultar no preenchimento da materialização do injusto na hipótese de se considerar a valoração da vida humana de forma absoluta frente às liberdades pessoais, resultado este do próprio relativismo axiológico exposto. Desse modo, não se discute o importante avanço neokantiano no desenvolvimento da consideração da danosidade social para a configuração do injusto penal em seu aspecto material. O objetivo de propor uma nova racionalidade jurídico-penal que considere a vida humana a partir da liberdade individual é compatível com a consideração da danosidade social desde que esta não seja pautada por uma ética ou uma moral que considere a vida humana de forma contraposta à liberdade, pois, se assim o for, torna-se um obstáculo a esta nova proposição de racionalidade.

A abertura valorativa aos conceitos jurídico-penais e à fundamentação da dogmática penal a partir da ética social resultou em certos problemas devido à não delimitação de

---

<sup>113</sup> SAUER, Guillermo. **Derecho penal**: parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956.

conteúdo a tais valores. Como ponto de partida de uma suposta crítica a tais problemas, há concepções que reportam a estrutura dogmática a uma concepção ontológica. Este retorno será analisado no Capítulo 4 da presente pesquisa.



## CAPÍTULO 2      PROJEÇÃO DA FILOSOFIA HEGELIANA AO CONCEITO DE LIBERDADE HUMANA

De acordo com Víctor Gabriel Rodríguez, toda a filosofia hegeliana é configurada em uma ideia de liberdade do indivíduo. O sujeito adquire sua personalidade por meio da consciência-de-si a partir da vontade livre. Assim sendo, o sujeito é transposto como pessoa por meio da vontade livre e, como pessoa, se transforma em objeto da lei.<sup>1</sup> O Direito incide sobre o sujeito como garantia de sua liberdade.

### 2.1 Estrutura metodológica

A Ideia do Direito refere-se ao próprio conceito de Direito e à sua realização. Neste sentido, a ciência do Direito tem como objetivo a construção da Ideia a partir do conceito. O ponto central não é a referência aos valores, mas o próprio estudo do conceito. O verdadeiro conceito é o único que possui realidade porque ele mesmo a assume. Assim, toda a realidade que não for realidade assumida pelo conceito é existência passageira, erro, ilusão, opinião ou mera aparência.<sup>2</sup>

A importância do conhecimento do conceito reside no fato de que quanto mais incoerências e contradições houver no conteúdo das regras de um Direito, menos possíveis serão as definições que devem conter as regras gerais e estas tornam imediatamente visível a contradição que é a injustiça.”<sup>3</sup> Nesta perspectiva, o que importa, em relação ao conteúdo, é a construção do objeto do Direito em si para si e, no que se refere à forma, é a natureza do conceito. Deve-se, em primeiro lugar, atingir um conteúdo necessário para si e, logo após, procurar o que lhe corresponde na representação e na linguagem. Salienta-se

---

<sup>1</sup> Víctor Gabriel Rodríguez afirma que a análise da individualidade está na Fenomenologia do Espírito. Interpreta-se que a liberdade individual não coincide com o indivíduo. Este, como pessoa, envolve o espírito objetivo o qual esclarece com maior densidade a concepção de homem como ser livre. Para Hegel, o objeto do Direito é a pessoa e esta é livre. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática.** Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014. p. 120.

<sup>2</sup> Chamemos conceito o movimento do saber, e objeto, o saber como unidade tranquila ou como Eu; então vemos que o objeto corresponde ao conceito. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 135.

<sup>3</sup> A Ciência Positiva do Direito não se importou com definições, interessa a ela apenas a formulação do que é de Direito, ou seja, as disposições legais. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 2-4.

que o conceito em si não representa o objeto: o termo não expressa o conceito. O que expressa o conceito é o conteúdo deste.

A essência do conceito está em sua representação. Esta é a forma do conceito. Estabelece Hegel que longe da representação ser um critério necessário e verdadeiro, ela é que recebe do conceito a sua verdade, se corrige e se conhece por meio dele.<sup>4</sup>

Na concepção hegeliana, não se pode fundamentar o Direito apenas em bases históricas em detrimento do desenvolvimento a partir do conceito, pois a legitimação e explicação pela história não atingem uma justificação em si e para si. Uma determinação jurídica pode se apresentar “[...] fundamentada e coerente com as circunstâncias e instituições existentes e ser, no entanto, irracional e injusta em si e para si.”<sup>5</sup> Neste âmbito, o conhecimento prático segundo bases históricas deixaria o conceito despercebido. Busca-se uma legitimação para o Direito que, segundo Hegel, não passaria de uma justificação pelas circunstâncias. A legitimação pela história confunde a gênese temporal com a gênese conceitual, o que resulta em contradições. Assevera-se que, se o Direito apresentar o seu significado e a sua utilidade em circunstâncias históricas, apresentará apenas um valor histórico e uma natureza transitória. Nesse contexto, Hegel apresenta uma crítica à Escola Histórica no sentido de se procurar uma fundamentação - ou melhor, uma legitimação - ao direito aplicado hoje por meio do direito de uma sociedade passada.

Explica Walter Jaeschke, em sua obra *Direito e Eticidade*, que é preciso demonstrar que a razão não constitui um princípio meramente abstrato sem mediação com a realidade efetiva, mas que ela só é razão quando estiver mediada com a realidade efetiva.<sup>6</sup> A própria história não é mera facticidade, mas ela é história da liberdade. Só se pode exigir da história uma pretensão normativa, na condição de se poder mostrar que o movimento da história é um desdobramento de conteúdos normativos.<sup>7</sup>

Evidencia-se algumas distinções no que tange ao estudo do Direito perante a Estética e a Religião. Hegel incluiu a história da religião como efetivação do conceito de religião. O mesmo o fez com a história da arte e da filosofia. Mas esta estrutura metodológica, em certa medida, foi negada em relação ao Direito. A interpretação filosófica da história do direito deve se referir à reconstrução filosófica da efetivação do direito no sentido da

---

<sup>4</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

<sup>5</sup> Ibid., p. 6.

<sup>6</sup> JAESCHKE, Walter. **Direito e Eticidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 37.

<sup>7</sup> Ibid., p. 37.

história da liberdade guiada pela ideia de Direito,<sup>8</sup> pois as determinações deste não resultam de seu próprio conceito. No que se refere à Religião, por exemplo, as suas determinações advêm do próprio conceito de Religião. Portanto, para a filosofia do direito é imprescindível uma filosofia da história do direito que compreenda a história do direito como história da liberdade.<sup>9</sup>

Tal distinção se revela compreensível se analisar o direito como *objetividade* do Espírito enquanto que a arte e religião são colocadas como *absolutidade* do Espírito. A efetivação do direito significa um processo histórico sob o aspecto de efetivação histórica da liberdade. Dessa forma, a história é a forma necessária do desdobramento da razão, pois, se esta não está mediada pela sua formação histórica, apresenta-se apenas em sua forma abstrata,<sup>10</sup> e a razão abstrata corrompe a realidade efetiva. Portanto, razão e história se encontram em uma unidade.

Jaescheke assevera que o critério para a crítica imanente é considerar o conceito histórico-jurídico da história na condição de progresso na consciência da liberdade. Em outras palavras, “o grau dessa consciência da liberdade é a craveira da razão imanente da história.”<sup>11</sup> A fonte da normatividade, para Hegel, reside na razão concebida como história da razão. Uma pretensão de normatividade só pode ser afirmada pelo elemento histórico compreendido como um momento da história da liberdade.<sup>12</sup>

Desse modo, o método hegeliano parte do conceito para encontrar sua determinação histórica e, assim, alcançar sua forma acabada. Em uma nítida diferenciação em relação à teoria kantiana, o método adotado por Hegel não permite uma defesa pelo pensamento sobre o qual se distancia a razão da realidade efetiva. Apresenta-se, portanto, uma crítica à razão abstrata elaborada pelo pensamento kantiano.

Hegel explica como se dá o desenvolvimento a partir do conceito. Parte-se da elaboração do conceito de essência plena de conteúdo ou conceito geral concreto. De acordo com Karl Larenz, não interessam à Hegel os conceitos gerais e abstratos, mas sim a realidade viva. “[...] O conceito concreto contém em si a totalidade das significações e as revela no processo de desenvolvimento lógico-dialético.”<sup>13</sup> Assim, Hegel contrapõe ao

<sup>8</sup> JAESCHKE, Walter. **Direito e Eticidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 42.

<sup>9</sup> Ibid., p. 43.

<sup>10</sup> Ibid., p. 46.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid., p. 47.

<sup>13</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. Neste ponto, encontra-se uma grande diferença em relação ao Neokantismo, o qual partia de um dualismo metodológico que afasta a realidade das análises valorativas.

conceito abstrato, sem ignorar o seu papel no pensamento, o conceito geral concreto. Esta é a forma de seu pensamento central: importa pensar aquilo que é dotado de sentido, no conjunto de suas relações, através de uma forma de pensamento que lhe seja adequada.<sup>14</sup>

Nesse sentido, compreende-se que a formação de conceitos abstratos interrompe a apreensão da conexão de sentidos. Os conceitos de generalidade abstrata são construídos da seguinte forma: em um conjunto de objetos, abandona-se o que há de particular e considera-se somente o que lhes for comum, geral. Forma-se, assim, um conceito vazio de conteúdo. Em contraposição, o conceito geral concreto não extrai apenas o que se apresenta como comum nos objetos, mas o que se especifica por si mesmo e o que permanece por si no outro.<sup>15</sup> Torna-se evidente a diferença entre o meramente comum e o verdadeiramente geral. O conceito geral concreto se funda no que é verdadeiramente geral ou universal, ou seja, naquilo que se apresenta como a totalidade de momentos relacionados entre si de modo pleno de sentido.<sup>16</sup> Priorizam-se as relações recíprocas, as quais constituem o conceito verdadeiro e universal.

Em suma, o objeto expressa a realidade a partir do conceito que se tem dele. Então, na verdade, o próprio objeto projeta o seu conceito. A realidade é aquilo que se apresenta como tal, não é aquilo que o sujeito diz ser. O objeto expressa esta realidade a partir do conceito. Portanto, em contraposição ao sistema kantiano, o que é posto como ponto central é que a realidade se expressa a partir do conceito de maneira a reduzir a importância do sujeito no processo de conhecimento.

Pode-se realizar essa projeção de distinção metodológica sobre o conceito de ser humano. Na visão neokantiana, entende-se que o ser humano é aquilo que recebe o valor de dignidade humana, isto é, aplica-se um juízo de valor, algo abstrato, ao conceito de ser humano. No hegelianismo, o ser humano é uma realidade em si e não algo que foi valorado. A perspectiva hegeliana retira o sujeito da valoração e o considera como uma realidade em si. O ser humano compreendido, com a identificação de todos os conceitos, se torna concreto. Para Hegel, o ser humano é aquilo que é.

Desse modo, para o ser humano ser compreendido concretamente, há a necessidade de se apreender a plenitude de todas as suas possibilidades. Em resumo, para o pensamento

---

<sup>14</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid.

hegeliano, o que as coisas são “[...] são-no pela atividade do conceito a elas inerente e que nelas se há de revelar.”<sup>17</sup>

O conceito concreto não se resume a um produto do pensamento, como ocorre com conceitos abstratos, mas é um princípio que atua, constrói e configura. Os momentos do conceito “[...] não podem ser autonomizados. Cada momento só pode ser apreendido juntamente com os outros momentos.”<sup>18</sup> Explica-se que o pensamento concreto deve desenvolver os conceitos com todos os seus momentos, ainda que contraditórios, e proporcionar uma reflexão por meio destes momentos em conexão um com os outros. O conceito é constituído, portanto, com a unidade de seus momentos: é assim que se pode derivar o próprio conteúdo do conceito.

Esclarece-se que o que é concreto e verdadeiro é o universal, que tem no particular o seu oposto, mas em um particular que, por meio da reflexão em si mesmo, está em concordância com o universal. A unidade que resulta na individualidade é o próprio conceito.

Por fim, cabe salientar que o princípio motor do conceito, para Hegel, é a dialética. Assim, deve-se produzir a determinação “[...] tirando dela e concebendo-o (o conceito), o conteúdo positivo e o resultado; só assim a dialética é desenvolvimento e progresso imanente.”<sup>19</sup> A dialética apresenta-se como a alma própria do conteúdo de pensamento.

Pois bem, evidenciada a base metodológica a partir da relevância conferida ao conceito concreto, pode-se projetar tal estrutura à concepção de liberdade e à sua relação com o Direito.

## **2.2 Os reflexos da relação hegeliana entre Estado e Sociedade no conceito de liberdade**

Hegel, em sua obra “*Princípios da Filosofia do Direito*”, nos parágrafos 260 e 261, estabelece, de forma evidente, a sua concepção sobre a relação entre Estado, Direito e Sociedade. No §260, o Estado é posto como a realidade em ato da liberdade concreta. Esta consiste na identidade pessoal, com os seus particulares, de modo a possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus direitos para si, nos sistemas da família e da

---

<sup>17</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 16.

<sup>18</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

<sup>19</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. Cit., 1997. p. 33.

sociedade civil. Todavia, tais direitos ao se integrarem, por si mesmos, no interesse universal também o reconhecem, de maneira consciente e voluntária, como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim.<sup>20</sup>

Pois bem, a partir deste conceito de liberdade concreta, Hegel estabelece que o interesse universal é realizado em unidade com o interesse, a consciência e a vontade particulares, assim como as pessoas privadas devem orientar seus interesses particulares à vontade universal. Nesta dinâmica, o Estado possibilita que a subjetividade alcance a autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo em que a reconduz à unidade substancial, ou seja, ao interesse universal.

No que se refere ao §261, o Estado é posto como necessidade exterior à família e à sociedade civil.

§261: Em face do direito privado e do interesse particular da família e da sociedade civil, o Estado é, por um lado, necessidade exterior e poder mais alto; subordinam-se-lhe as leis e os interesses daqueles domínios mas, por outro lado, é para eles fim imanente, tendo a sua força na unidade do seu último fim universal e dos interesses particulares do indivíduo; esta unidade exprime-se em terem aqueles domínios deveres para com o Estado na medida em que também têm direitos.<sup>21</sup>

A partir da compreensão do §261, pode-se considerar que as leis e os interesses da família e da sociedade civil se subordinam às leis e aos interesses do Estado. Ademais, o §261 proporciona distinguir os conceitos de dever e de direito, bem como a relação de identidade entre eles absorvida pelo Estado. O dever é considerado um comportamento para com algo que é substancial para mim e para si universal. O direito é a existência empírica em geral dessa realidade substancial e, por conseguinte, o aspecto de sua particularidade e da minha liberdade particular.<sup>22</sup>

O Estado como realidade moral, isto é, a unidade do substancial (universal) e do particular, implica que os meus deveres para com a realidade substancial compreendam também a existência da minha liberdade particular. Os conceitos de direito e de dever são reunidos em uma unidade concentrada no Estado. A identidade entre direito e dever se realiza com a condição de que o conteúdo seja completamente universal. Este conteúdo refere-se à liberdade pessoal do homem.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Hegel no §3º observa que foi Montesquieu o primeiro a lançar a ideia filosófica de só nas relações com o todo considerar a parte.

<sup>21</sup> Ibid., p. 226.

<sup>22</sup> Ibid., p. 226.

<sup>23</sup> Ibid., p. 227.

Hegel salienta que o momento da particularidade não pode ser menosprezado, pois é essencial à satisfação da Ideia. O indivíduo, ao cumprir seu dever, encontra o seu interesse pessoal e a sua satisfação de modo que da sua situação no Estado lhe advém um direito que a partir do universal se faz particular.<sup>24</sup> O momento da particularidade é preservado em sua concordância com o interesse geral. No cumprimento dos deveres, o sujeito – na condição de cidadão – obtém a proteção dirigida para sua pessoa e a sua propriedade.<sup>25</sup> Efetiva-se, por meio do cumprimento do dever, a consciência individual em fazer parte do universal. Em suma, o cumprimento do dever resulta na prestação, por parte do Estado, de conservação e de subsistência do sujeito.

Ao analisar o parágrafo 261, Karl Marx interpreta que a liberdade concreta é posta como a identidade normativa estabelecida entre o sistema de interesses particulares – da família e da sociedade civil – e o sistema de interesse geral – o Estado.<sup>26</sup> Desse modo, o Estado é colocado como necessidade externa da família e da sociedade civil ao mesmo tempo em que a família e a sociedade civil se comportam em relação ao Estado como seu fim imanente.<sup>27</sup>

Constata-se que a relação hegeliana entre Estado, Direito e Sociedade resulta na compreensão de que o Espírito se divide em duas esferas ideais a partir de seu conceito. Estas esferas são representadas pela família e pela sociedade civil, as quais se tornam partes do Estado. Em outras palavras, família e sociedade civil são apreendidas como esferas conceituais do Estado, como sua *finitude*. Na idealidade entre essas esferas, o Estado torna-se Espírito real.<sup>28</sup>

Nos parágrafos 265, 266 e 267, Hegel analisa a relação entre liberdade e necessidade. Família e sociedade civil, como partes do Estado, seriam os pilares da liberdade pública, pois, por elas, é racional e real a liberdade particular e nelas se encontram reunidas a liberdade e a necessidade.<sup>29</sup> A necessidade no ideal seria o desenvolvimento da ideia em si mesma.

---

<sup>24</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 228.

A unidade do fim último geral do Estado e dos interesses particulares dos indivíduos deve consistir em que seus deveres para com o Estado e seus direitos em relação este sejam idênticos. Ex.: Dever de respeitar a propriedade coincide com o direito sobre ela. MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 28.

<sup>26</sup> MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 27.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>28</sup> Este ponto é central para a crítica de Marx à filosofia do direito de Hegel analisada em tópico específico.

<sup>29</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. Cit.*, 1997. p. 229.

### 2.3 Liberdade, Direito e Eticidade

O domínio do Direito é o espírito em geral e seu ponto de partida é a vontade livre. Assim, a liberdade constitui a substância e o destino do Direito e este é o império da liberdade realizada: “[...] o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo.”<sup>30</sup> Portanto, resta esclarecido que toda a análise hegeliana sobre o Direito é fundamentada pela noção de liberdade.

A história da constituição do Espírito é o espírito em suas determinações. Quando se afirma que o Espírito é inteligência, considera-se esta como uma determinação daquele. As determinações se efetuam por meio das representações e, no caso da constituição do espírito, percorrem o caminho do sentimento até o pensamento para alcançar a vontade a qual, na condição de espírito prático, em geral, é a verdade próxima da inteligência.<sup>31</sup>

As determinações como produto da vontade - particularização refletida em si - pertencem ao conteúdo. Uma determinação não pode ser concebida apenas como é em si, pois, caso assim o seja, não se chegará à sua verdade. Hegel trabalha com o ser-em-si (experiência) e o ser-para-si (aparência) e, apenas com a reflexão de ambos os campos, pode-se chegar a uma verdade da determinação. Se o intelecto se limita à pura existência em si, limita-se no que há de abstrato na liberdade sem alcançar a sua ideia e a sua verdade, pois o que é verdade é ideia.<sup>32</sup>

O conteúdo e o objeto representam o universal. Assevera-se que na vontade, o universal apresenta a significação do *meu* na condição de individualidade e na vontade imediata (formal) essa individualidade é abstrata, não está penetrada na universalidade

<sup>30</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

<sup>31</sup> Ibid.

O espírito é a consciência e esta é absoluta no sentido de estar obrigada a desdobrar-se em momentos distintos. Espírito objetivo contém a ética enquanto que o Espírito Subjetivo engloba a autoconsciência. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

Sobre o conceito de espírito e sua relação com a histórica: O conceito de Espírito está para além da intencionalidade de sujeitos que agem e compreendem espiritualidade como a qualidade do conjunto do mundo produzido pela práxis humana – incluído o mundo social e a técnica. [...] A historicidade é a forma específica de expressão da espiritualidade. A História é o modo de ser essencial do espírito no qual este chega à sua autoconsciência. JAESCHKE, Walter. **Direito e Eticidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 73.

<sup>32</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. Cit., p. 19.

A investigação da liberdade em Hegel existe em um momento anterior (espírito subjetivo – consciência, razão e liberdade) que aparece mediado pelo espírito objetivo (Direito, Moralidade, Sociabilidade), como um elemento evidente de afirmação. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Op. Cit., 2014. p. 121.



livre: “[...] é na vontade que começa a limitação da inteligência que lhe é própria.”<sup>33</sup> A decisão, em Hegel, representa a vontade de um indivíduo determinado. Procura-se, na filosofia hegeliana, ultrapassar a diferença da forma e conteúdo para transformar a vontade em vontade objetiva infinita. Afirma-se que enquanto pensamento e querer (a vontade) estiverem separados, não se alcançará a vontade objetiva. E, como vontade, o pensamento racional é antes o poder de decisão no finito.<sup>34</sup>

Quando se fala em universal, na construção dos conceitos em Hegel qual significado teria? A universalidade é a imediatidade da natureza e a particularidade que lhe se acrescenta, quando produzidas pela reflexão, serem nela ultrapassadas. Tal supressão e tal passagem ao plano universal é o que se chama a atividade do pensamento.<sup>35</sup> Ou seja, alcança-se a universalidade ao ultrapassar, por meio da reflexão, a sua própria produção da imediatidade da natureza e da particularidade. Essa supressão para se chegar ao plano do universal é uma atividade do pensamento.

A vontade só é verdadeira vontade como inteligência que pensa. Para exemplificar esta afirmação, utiliza-se a situação de escravidão: O escravo não conhece a sua essência, a sua infinitude, a sua liberdade. Por conseguinte, não se conhece como essência e, sendo assim, não pensa.<sup>36</sup> A consciência de si, compreendida como essência, constitui o princípio tanto do Direito quanto da moralidade, seja a subjetiva e seja a objetiva.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 21.

<sup>34</sup> Ibid.

A representação mais vulgar que se faz da liberdade é a do livre-arbítrio, meio termo que a reflexão introduz entre a vontade simplesmente determinada pelos instintos naturais e a vontade livre em si para si. Ibid., p. 22.

<sup>35</sup> Ibid., p. 26.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

Jakobs assume que toda a sociedade protege suas normas. Por exemplo, a sociedade escravagista protege normas de escravização: pois se assim não o fosse, seria outro tipo de organização social. Mas Jakobs contrapõe-se à crítica que recai sobre sua concepção funcionalista no ponto em que a mera proteção de uma norma não significa que se trate de uma norma jurídica, em sentido enfático, nem implica que se pretenda manter uma determinada forma de sociedade. Jakobs utiliza-se deste mesmo exemplo de Hegel em relação ao escravo: Um escravo é um objeto de propriedade de um senhor, é um objeto da relação jurídica, não é considerado pessoa em Direito, isto é, alguém que potencialmente tem direitos e obrigações. O escravo é mero instrumento, não é equiparado a um membro da sociedade na qual o seu dono faz parte. Assim, Jakobs explica que nem todo ser humano é tratado como pessoa em Direito. Remonta-se à formulação clássica de Hegel: “o mandato do Direito é portanto: sê uma pessoa e respeita aos demais como pessoa” é perfeitamente compatível com uma perspectiva funcional. Todo ser humano está incluído neste mandato? Um escravo não está incluído. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

Os estudos de Hegel sobre a vontade livre em si e para si necessitam da compreensão da própria liberdade, dos momentos de seu conceito e de sua progressão até o nível da autodeterminação da subjetividade. Da mesma forma que o Espírito na história de sua constituição, que se apresenta por meio de determinações, também o faz a liberdade. Esta se expressa por meio de determinações e o Direito, nessa perspectiva, é uma das determinações da liberdade em geral na condição de ideia.<sup>38</sup>

Em contraposição à perspectiva hegeliana, há a definição kantiana de liberdade, analisada no primeiro capítulo. Para Kant, a limitação da minha liberdade é necessária para que ela possa ser compatível com o livre-arbítrio de outro, segundo uma lei geral. Essa definição, segundo Hegel, apenas constitui uma determinação negativa, de limitação da liberdade. Kant não conseguiu apreender o aspecto positivo da liberdade, ou seja, o que há de positivo é a lei da razão universal, o acordo particular de cada um com a de cada outro, o que leva à identidade formal e ao princípio da contradição.<sup>39</sup>

Destarte, para o hegelianismo, as diversas formas do Direito acompanham as diferentes fases do desenvolvimento do conceito de liberdade, de forma a confirmar que o Direito é uma determinação da liberdade. Hegel bem estabelece que à medida que os elementos contidos na ideia de liberdade alcançam a realidade, o Direito torna-se mais elevado, pois mais concreto e verdadeiramente universal. Cada fase do desenvolvimento da ideia de liberdade tem o seu Direito particular porque este é a existência da liberdade numa das determinações que lhe são próprias. O Direito, na condição de determinação da liberdade, é a própria realização da liberdade, em suas diversas fases. O Direito contém o

---

Hegel escreve que o direito, quanto mais universal, mais adquire forma que se desenvolve em etapas da moralidade e da eticidade. O direito, o delito e a pena apresentam uma definição conceitual abstrata que não assimila todos os aspectos do conceito de Direito se não se reconhece, desde o tempo, a moralidade e a eticidade. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018.

<sup>38</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 31.

<sup>39</sup> Ibid.

Para Hegel a consciência busca o saber enquanto que a autoconsciência refere-se ao saber de si mesmo. Ambas não conseguem apreender-se a si se não por figuras da consciência, que não são o saber absoluto senão o saber em um de seus momentos. Dessa forma, os momentos e experiências da consciência são momentos de um movimento. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre Arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática*. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

conceito de liberdade: “[...] a mais alta determinação do espírito em face da qual tudo o que lhe é alheio não possui existência substancial.”<sup>40</sup>

O espírito, ao atingir a sua liberdade, alcança a mais alta afirmação da razão consciente de si, que a si mesma se dá a realidade e se produz como mundo existente.<sup>41</sup> É por meio dessas concepções hegelianas que se dá a determinação de conceitos no desenvolvimento científico da ideia.

Jaeschke interpreta que o Direito e a eticidade, para a filosofia hegeliana, são conceitos ligados à filosofia do espírito objetivo. O sistema de eticidade oferece uma fenomenologia da natureza social para além da dualidade entre moralidade e Direito, imposta pela teoria Kantiana. Nesta filosofia transcendental, separa-se a doutrina do direito da doutrina da virtude; enquanto, na teoria hegeliana, procura-se uma unidade entre ambas, de maneira que intrinsecamente sejam mantidas diferenciadas.<sup>42</sup>

Define-se a eticidade como a totalidade das situações da vida humana. A moral e o Direito são apenas momentos abstratos desse sistema. Pensa-se na totalidade das figuras nas quais a vida social se explicita.<sup>43</sup> Portanto, o conceito de eticidade engloba a família, a sociedade civil e o Estado. A vida ética é construída de modo social. Nesse sentido, o povo ético não representa a totalidade dos cidadãos dos Estados. Somente representa a universalidade que uniu consigo mesma a particularidade. O povo, considerado de modo absoluto, é a união das individualidades.

O Espírito Objetivo abarca a apreensão do caráter social da vida humana. O conceito de Espírito Objetivo interpreta a vida social, a qual abrange o Direito, a moralidade e a eticidade. A unidade desses três elementos se encontra no próprio conceito de Espírito Objetivo.

A vida social é uma vida espiritual que se apresenta no Espírito Subjetivo, ou seja, é na espiritualidade que se distingue a vida humana. Diante da ausência de espiritualidade, não há instituições sociais. O Direito, a moralidade e a eticidade não existem a partir da

<sup>40</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 32.

<sup>41</sup> Ibid., p. 34.

<sup>42</sup> JAESCHKE, Walter. **Direito e Eticidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p.10.

<sup>43</sup> Ibid., p.10.

A eticidade, para Hegel, compreende a sociedade burguesa e o Estado os quais se encontram em mediação com componentes subjetivos e objetivos frente ao contexto social concreto. GIERHAKKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018. p. 502.

natureza; são formas produzidas pelo Espírito, pela vontade, pelo livre-arbítrio. Portanto, o espírito é a substância de toda a vida social.<sup>44</sup>

Se o Direito abrange todas as determinações da liberdade, por conseguinte, abrange as formas da Eticidade. Estas são formas de vida social e, portanto, formas jurídicas, ou melhor, possuem uma dimensão jurídica, mas não se reduzem a esta. As formas de eticidade são formas da realidade do livre-arbítrio e, assim, formas de vida - de expressão - da liberdade.

Em resumo, compreende-se por eticidade o sistema no qual Hegel projeta sua interpretação unitária da vida social. O Direito somente alcança a forma abstrata das relações reais, objetivamente espirituais, isto é, éticas. É apenas o modo abstrato de expressar as relações éticas na condição de determinações da vontade, sob o aspecto de existência do livre-arbítrio. Desse modo, a expressão formal da existência do livre-arbítrio é, na sua figura real, a eticidade.<sup>45</sup>

De acordo com Jaeschke, esta dimensão de livre-arbítrio é única na filosofia hegeliana, pois se relaciona com a dimensão de necessidade no sentido de que o Direito enuncia, de forma parcial, a lógica das figuras de eticidade. Então, compreende-se que a eticidade é a existência do livre-arbítrio, mas que sua explicação obedece uma lógica interna a qual representa uma necessidade. Dessa necessidade depende o desenvolvimento da liberdade. A unidade entre necessidade e liberdade demonstra a contradição do próprio objeto, da eticidade.

De forma distinta da teoria kantiana, Hegel direcionou à consciência a problemática da lógica interna do livre-arbítrio e da autoconsciência da liberdade. A vida social é estruturada por uma lógica interna na qual a eticidade como consciência de si representa a liberdade configurada na efetividade de um mundo. A liberdade consciente de si está sujeita a uma lógica interna e esta abarca a necessidade, já referida. Esta lógica interna da

---

<sup>44</sup> JAESCHKE, Walter. **Direito e Eticidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 13.

<sup>45</sup> Ibid., p. 15.

Ressalta-se que para o Direito Natural as figuras da eticidade (como a família e o Estado) seriam criações de Deus e da Natureza. Já para o Direito Moderno representam o livre-arbítrio, a multiplicidade de vontades livres, conflitantes, expressas no contrato social. “Enquanto as relações sociais forem tidas como fundamentadas na vontade de Deus ou na natureza, o livre-arbítrio será destituído de Direitos: ele só pode legitimar ou também rejeitar o que possui fundamento da sua realidade nele mesmo.” Ibid.

Problema identificado por Hegel perante o contratualismo: este transforma as figuras da eticidade em produto direto de atos volitivos conscientes. O problema é que as figuras da eticidade não estariam dependentes destes atos volitivos conscientes, mas de uma necessidade que atua por trás disso.

formação e de configuração das estruturas sociais deve ser construída a partir das relações reais. Essa é a necessidade da liberdade consciente de si.<sup>46</sup>

Compreende-se que as formas da eticidade (família, Estado e sociedade civil), bem como o Direito, são resultados da liberdade subjetiva. É a partir do conceito de liberdade que se edifica a construção do mundo espiritual.<sup>47</sup> A eticidade e o Direito são figuras do Espírito e, assim sendo, são históricas. A forma específica de explicitação é a História. A lógica interna do desenvolvimento do direito e da eticidade só pode se configurar por meio de um desenvolvimento histórico.<sup>48</sup> Por isso, o conceito de eticidade é fruto do desdobramento histórico das relações sociais, controlado por uma lógica interna.

Todavia, pode-se questionar até que ponto as formas da eticidade e o Direito se desvinculam de sua origem – a liberdade – devido à sua lógica interna? Jaeschke indaga se a eticidade e o Direito, apesar de serem originados pela liberdade, são por ela reguláveis? O conceito de norma apresenta como fundamento o livre-arbítrio consciente de si ou a vontade objetivada? A partir destas indagações, percebe-se o conflito entre a autoconsciência da liberdade e a necessidade da liberdade objetivada. Evidencia-se a lógica objetiva das relações sociais e a necessidade do desenvolvimento da liberdade. Jaeschke pergunta:

Se o desenvolvimento do direito e da eticidade é controlado por uma lógica interna, pode ainda ser considerado desenvolvimento da ideia de liberdade? O desenvolvimento da eticidade e, portanto, do Direito, pode representar um desenvolvimento da ausência da liberdade na hipótese de se analisar as transformações histórico-sociais?<sup>49</sup>

<sup>46</sup> JAESCHKE, Walter. **Direito e Eticidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 18.

De acordo com a interpretação de Gierhake, há relevância também para a interioridade do sujeito considerar que a liberdade possui uma realidade e que as estruturas de garantia à liberdade existam de forma vinculada ao indivíduo, na consciência da liberdade, mediante a consciência universal de validade do direito. A vontade livre seria independente frente às circunstâncias externas, ou seja, o ser racional é livre e com capacidade de compreender a razão e, deste modo, é um sujeito imputável. A capacidade racional e a compreensão da necessidade das relações jurídicas são independentes das dificuldades externas empíricas: a vontade livre tampouco se exclui por meio de condições de existência. A consciência como instância de liberdade do sujeito é independente do empírico. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018. p. 502.

<sup>47</sup> JAESCHKE, Walter. Op. Cit., 2004.

<sup>48</sup> Ibid., p. 23.

Herbert Marcuse compreende que, para a filosofia hegeliana, o Absoluto é a totalidade dos conceitos e do saber da razão. Esta última é, essencialmente, uma força histórica. O Espírito significa mundo histórico no sentido de uma luta incessante à adaptação do Mundo às possibilidades da humanidade. MARCUSE, H. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 20.

<sup>49</sup> JAESCHKE, Walter. Op. Cit., 2004. p. 24.

A partir da análise da constituição do Direito não se pode esperar nenhuma ajuda para a promoção de liberdade já que o Direito não é uma instância independente da eticidade. Ele somente representa um espelho da eticidade, um meio para alcançar a consciência de si.<sup>50</sup> Dessa forma, as normas obedecem à lógica histórica das relações sociais; a sua historicidade é um momento da sua racionalidade. Mas se o desenvolvimento de figuras éticas se demonstra como sendo o desenvolvimento da ausência de liberdade, o desenvolvimento do Direito, que acompanha a postura abstrata e reflexiva, também não representa a história da liberdade, mas de sua ausência efetiva.<sup>51</sup>

### 2.3.1 *Subjetividade e Intersubjetividade*

Perante a filosofia hegeliana, Víctor Gabriel Rodríguez afirma que o Outro é relevante para a compreensão do próprio sujeito no sentido de que este se reconhece diante da alteridade.<sup>52</sup> Hegel considera a vontade livre como a base do direito e não como uma vontade isolada. A vontade livre é mediada intersubjetivamente e assim também deve ser o Direito. Para Jaeschke, Hegel ultrapassa a leitura restrita do conceito de liberdade a partir da ideia de limitação recíproca de liberdade natural, ou seja, da liberdade não mediada intersubjetivamente.<sup>53</sup> O conceito de sujeito engloba o Eu e o Outro.

No sistema filosófico de Kant, a estrutura básica da ética consiste na justaposição da lei moral presente na razão e da vontade livre por meio das quais determinam-se as máximas do agir.<sup>54</sup> Compreende Jaeschke que, para este sistema, o conceito de direito é a unificação de minha vontade livre com outras vontades livres sob uma lei. O conceito de vontade livre não é o de uma vontade isolada, mas sim o de uma vontade que, unificada sob a lei da liberdade, é de todos aqueles que gozam do direito.<sup>55</sup> Se a ordem jurídica é considerada como a ordem da liberdade, tem de ser, portanto, estruturada

---

<sup>50</sup> JAESCHKE, Walter. **Direito e Eticidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 25.

<sup>51</sup> Ibid., p. 25.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

<sup>53</sup> JAESCHKE, Walter. Op. Cit., p. 60.

<sup>54</sup> Ibid., p. 57.

De acordo com Kurt Seelmann, Hegel alcança um patamar para além da perspectiva kantiana sobre o reconhecimento recíproco entre pessoas, pois transforma o respeito recíproco entre seres humanos 'iguais e livres' em fundamento do Direito em sua totalidade. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 44.

<sup>55</sup> JAESCHKE, Walter. Op. Cit., 2004. p. 58.

intersubjetivamente. Desse modo, a fundamentação da norma não pode mais estar em Deus ou na natureza, mas sim nas vontades livres. Nesse sentido, o conceito de direito como uma ordem de liberdade estruturada intersubjetivamente é a base de toda a filosofia kantiana.

Todavia, Jaeschke apresenta sua crítica ao sistema kantiano no sentido de que este sistema não alcança, realmente, uma intersubjetividade. O direito posto por apenas um sujeito - o sagrado, o racional - não representa o Direito, mas sim um mandamento. Desse modo, afirma-se que “a moral cristã é tão pouco intersubjetiva quanto a moral kantiana e contra a ética de Kant que, apesar de sua referência global à totalidade dos seres racionais e apesar de sua ideia de um reino dos fins, não é construída de modo intersubjetivo.”<sup>56</sup> Assim sendo, compreende-se que a razão não pode ser entendida como uma função do sujeito isolado. O Direito deve ser constituído por meio de uma relação recíproca de vontades livres. “A formação das estruturas da intersubjetividade se realiza primeiramente na esfera do direito e começa, historicamente, no momento em que o legislador divino único é abandonado e a ordem jurídica é concebida como uma ordem interpessoal da liberdade.”<sup>57</sup> Relaciona-se com a descoberta da esfera do espírito – arte, religião, filosofia – como uma realidade efetiva indiferente diante da distinção entre subjetividade e intersubjetividade. Situa-se acima desta oposição.<sup>58</sup>

### 2.3.2 A compreensão de Michael Pawlik sobre a racionalidade do real e a realidade da liberdade

Michael Pawlik, em seu escrito denominado “*A realidade da liberdade: estudos sobre a filosofia do direito de Hegel*”, considera equivocadas as interpretações a respeito da racionalidade do real. A fórmula hegeliana “*o que é racional é real, e o que é real é racional*” foi entendida, no decorrer da história, como justificção filosófica às condições políticas existentes.

De acordo com Pawlik, Hegel não desejou alcançar uma suposta verdade, mas uma verdade científica a qual decorre da totalidade do sistema de conhecimento. Para compreender corretamente a fórmula hegeliana acerca da racionalidade do real, deve-se elucidar que as categorias do real e do racional são categorias ontológicas. A filosofia

<sup>56</sup> JAESCHKE, Walter. **Direito e Eficidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 62.

<sup>57</sup> Ibid., p. 64.

<sup>58</sup> Ibid., p. 65.

hegeliana do Espírito Objetivo apresenta, para Pawlik, uma significativa potencialidade crítica o que, por si só, evidencia que o equívoco das interpretações a respeito da racionalidade do real se dão devido ao desconhecimento acerca da fundamentação peculiar que atinge a totalidade da filosofia hegeliana do Espírito. Em Hegel, a ideia de liberdade como autodeterminação se sobressai quando posta na condição de princípio universal. O fundamento especulativo-ontológico da filosofia do direito de Hegel é incompreendido pelos críticos e não se vincula às incorreções de ordem política.

Pawlik explica que Hegel é um pensador sistêmico por excelência sendo que o núcleo de seu sistema é a lógica. Segundo Hegel, a realidade está caracterizada porque sua existência é somente a manifestação de *si mesma* e não de outra qualquer, ou seja, de um ser estranho a ela. A realidade é a unidade estabelecida entre a generalidade e a particularidade. O aspecto peculiar de Hegel é que esta particularidade se mantém autônoma apesar de se conservar na totalidade.

Para se compreender a ideia de liberdade deve-se retomar o entendimento a respeito da autolegislação do conceito na qual a necessidade alcança a sua verdade. Como verdade da necessidade, o conceito é o objeto verdadeiro em si racional. Neste sentido, considera-se a ideia o conceito realizado. Em outras palavras, a ideia é a unidade absoluta entre conceito e objetividade.

O conteúdo da ideia é o conceito em suas determinações, ou seja, é a representação do conceito que se oferece na forma exterior. Por isso, racional é sinônimo de Ideia e, assim, nada é real sem ela.<sup>59</sup> Logo, é na Ideia que se reúne o racional com o real. Pawlik argumenta que cada segmento individual da realidade é real somente no sentido derivado: ele percebe seu *status* ontológico na ideia e participa de sua dignidade ontológica.<sup>60</sup> Compreende-se que somente o racional é verdadeiramente real. O real é idêntico ao racional somente porque nele está presente o próprio conceito.

A ideia de liberdade manifesta a autodeterminação consumada. Ela é o infinito e o livre em si. Por conseguinte, ela é o sujeito que receberá a qualidade de racional. O Espírito é a unidade da possibilidade e da realidade. Sua primeira manifestação se dá na forma de vontade individual e seus esforços se concentram na afirmação da própria determinação sob o aspecto de liberdade.

---

<sup>59</sup> PAWLIK, Michael. **La realidad de la libertad**: dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel. Tradução de Jorge Fernando PERDOMO TORRES. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 23.

<sup>60</sup> Ibid., p. 24.



Sobre o Espírito Subjetivo, Hegel demonstra como a vontade, em seu caminho para a realização da liberdade, evoluciona sua determinação na generalidade no sentido de independência interna e reconhecimento intersubjetivo. Desse modo, a intersubjetividade, para realizar seu conceito, isto é, a liberdade, deve alcançar concretude no âmbito objetivo (mundo exterior). Percebe-se que a liberdade deve se estruturar em direção à realidade do mundo. Nesta direção, o Espírito Subjetivo se lança ao Espírito Objetivo.<sup>61</sup>

O Direito é o momento de reconhecimento recíproco e, portanto, é a figura culminante do Espírito subjetivo. Na esfera do mundo objetivo, a liberdade da vontade se apresenta na condição de necessidade e se torna o princípio e o fundamento substancial do Direito.

O Estado é a realidade da Ideia Ética. É a vontade livre fundada na existência. No Estado, o racional aparece atento à vontade livre na condição de realidade. Logo, o Estado é a realidade da liberdade concreta.<sup>62</sup> Pawlik a partir de sua leitura hegeliana define esta liberdade concreta como sendo aquela que atingiu realidade na figura do Estado e que exige da individualidade pessoal que se converta, por si mesmo, em interesse universal sem, no entanto, desrespeitar seu desenvolvimento pleno e o reconhecimento de seu direito para si. Dessa forma, a comunidade deve reestruturar a particularidade de seus membros. Disto depende o mínimo existencial do Estado.<sup>63</sup>

Hegel é consciente de que o processo de formação do conceito se encontra submetido a condições especiais de realização e que deve se efetivar por meio da atividade do indivíduo particular. Para alcançar essa constatação, Pawlik analisa os três silogismos que Hegel emprega ao Estado sendo que o segundo silogismo se refere ao papel do Estado como mediador da vontade dos indivíduos. Estes são os que outorgam satisfação às necessidades da sociedade e do Direito, bem como conferem cumprimento e realização efetiva na sociedade e no Direito. Assim, o Estado, para Hegel, não pode existir sem a

---

<sup>61</sup> PAWLIK, Michael. **La realidad de la libertad**: dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel. Tradução de Jorge Fernando PERDOMO TORRES. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

<sup>62</sup> Ibid.

Somente é a liberdade racional da vontade a que se especifica no Estado ético, é somente nesta forma particular de Estado – uma esfera especial do ser e de sua realidade individualizada – que a liberdade será real.

<sup>63</sup> Ibid. p. 35.

O direito abstrato está contido no mandado de ser pessoa e respeitar os demais como pessoas. Somente no Estado ético se realiza integralmente o direito do cidadão particular, pois se este Estado é a existência da liberdade de todos é, portanto, ao mesmo tempo, a encarnação do querer racional de cada um.

própria dignidade de seus cidadãos na condição de membros do todo.<sup>64</sup> Percebe-se que, pela interpretação de Pawlik, os cidadãos, na filosofia hegeliana, não são postos como sujeitos abstratos, mas, ao contrário, como indivíduos cujo caráter cívico deve ser postulado de forma concreta.

Postas essas explicações conceituais, Pawlik esclarece que a racionalidade do existente não significa sua legitimação frente aos cidadãos. Um Estado cuja racionalidade se esgota em sua existência está submetido à auto-objetivação progressiva do conceito. Do fato do Estado insistir em sua existência no presente não deriva seu direito de seguir existindo no futuro.<sup>65</sup>

Segundo Pawlik, as críticas que recaem sobre a racionalidade do real não compreendem que Hegel é descritivo no sentido de apreender o espírito de sua realidade temporal. O estudo acerca da transação da filosofia do direito à filosofia da história demonstra como Hegel colocou esta como um dos pilares do método lógico-científico o qual sustenta a ligação entre o tratamento racional e o histórico do direito.<sup>66</sup> O conceito se aperfeiçoa em direção à ideia do Direito na história e esta se concilia com a experiência quando se aporta à ideia.

Como ilustração desta colocação a respeito da história, Hegel afirma que cada povo tem a constituição política que lhe é adequada e que lhe corresponde ao seu tempo histórico. O conceito depende deste tempo para poder se formar em direção ao todo nas relações políticas. Essa apreensão da filosofia da história<sup>67</sup> elucida que, em Hegel, o substancial não se confunde, necessariamente, com a existência exterior.

O ponto chave para uma correta interpretação acerca da racionalidade do real está na apreensão do contexto histórico de Hegel. Neste contexto, o substancial que configurava a essência do Estado - pós-revolução francesa – se constituía no estandarte da

---

<sup>64</sup> PAWLIK, Michael. **La realidad de la libertad**: dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel. Tradução de Jorge Fernando PERDOMO TORRES. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 43.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Ibid.

A verdadeira tarefa da Filosofia do Direito é, para Hegel, levar a liberdade à sua forma ontológica adequada.

As leis, na condição de legítimas, devem poder resistir ao exame da razão, ou seja, da liberdade.

<sup>67</sup> Ibid. p. 40.

Segundo os pressupostos ontológicos de Hegel, o processo da consciência da liberdade se executa como necessidade e, portanto, a filosofia da história deve reconhecê-lo em sua própria necessidade. Diante deste caminho metodológico, Pawlik comenta sobre a fundamentação cristológica do convencimento de Hegel o qual afirma que com a aparição do cristianismo se alcançou uma nova época definitiva na História. O cristianismo trouxe a ideia de que o ser humano na condição de ser humano é livre, a liberdade do espírito constitui sua natureza essencial.

liberdade de seus cidadãos. A partir da ideia de liberdade, estruturou-se a realidade institucional.<sup>68</sup> Assim sendo, a razão é a própria liberdade que se assenta na realidade do Estado (*ético*).

Pawlik observa que Hegel reconhece que o lema “*a liberdade para todos os cidadãos*”, próprio da Revolução Francesa, está intimamente relacionada com uma nova forma de ordem econômica. Todavia, não se atém a este aspecto; tão-somente descreve a substância configuradora do Estado a partir da apreensão da liberdade.

Ao projetar a compreensão da razão, sob o aspecto de liberdade e a realização – a objetivação - desta no Estado, à racionalidade do real, pode-se compreender que a consciência regressa dos privilegiados da antiga ordem se mostra nula e não real, ou seja, ao passo que as instituições antigas não obedecem ao Espírito universal (remete-se novamente à liberdade concreta, ou seja, realizada no Estado) se manifestam sem realidade. O que sobreviveu do antigo regime perecerá.<sup>69</sup> Neste sentido, Pawlik alerta que o que Hegel pretendeu garantir é que seria insensato evocar uma forma de Estado já superada pela História.

A racionalidade do real não exige que o racional seja desde já real, mas, ao contrário, que o racional alcance o real. Em outras palavras: diante do contexto histórico e político de Hegel, a liberdade, por meio de todo um processo, alcançou a realidade. A filosofia hegeliana reconhece que somente o racional pode suceder.<sup>70</sup>

Conclui-se que o ser-racional expressa, em sentido filosófico-real, que o princípio da liberdade geral encontrou recepção na realidade político-jurídica. O *chegar a ser* a que Hegel se refere está fundado nas relações históricas de seu momento.<sup>71</sup> Consequentemente, a afirmação da racionalidade do real só pode ser corretamente apreendida a partir da posição histórica concreta de Hegel. O problema que resulta em confusões interpretativas se refere ao fato de que os conhecimentos da ciência filosófica de Hegel, por ser ciência, pode ser recepcionada pela política.

---

<sup>68</sup> PAWLIK, Michael. **La realidad de la libertad**: dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel. Tradução de Jorge Fernando PERDOMO TORRES. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. Hegel não coloca o dever ser – *o tornar a liberdade concreta* - em um campo ideal e inalcançável. Ele é defensor de configurações finitas nas quais a razão já se desenvolveu frente à razão abstrata que também se declarou nula devido ao seu caráter finito.

<sup>69</sup> Ibid.

Todavia, também o Estado ético perecerá em qualquer momento, seja devido a conquista por um poder exterior seja por uma regressão interna.

<sup>70</sup> Ibid.

Uma vez que o espírito do povo alcançou um nível superior, os momentos da constituição referidos a níveis anteriores não podem prosseguir.

<sup>71</sup> Ibid.

A filosofia hegeliana não toma posição em torno da política, tão-somente contribui à formação da consciência sobre os conteúdos substanciais e as pretensões de uma época histórica. Trata-se, no contexto histórico de Hegel, de uma época de transição do absolutismo à estatalidade fundada sobre o princípio da liberdade geral.<sup>72</sup> A filosofia hegeliana apreende, em seu pensamento, essa substância espiritual.

Portanto, o que Pawlik salienta é que o pensamento de Hegel deve ser observado diante de seu contexto histórico. Neste tornou-se evidente que os sujeitos executaram o atuar futuro - em relação a si mesmos e às formas do mundo objetivo - desde a consciência da liberdade e que estas formas manifestaram a ideia de liberdade geral de um modo mais completo do que antes. Sem a apreensão desta historicidade, não se alcança a compreensão acerca da racionalidade do real.

#### 2.4 Consciência-de-si livre

“A consciência-de-si é em si e para si quando e por que é em si e para si para uma Outra; quer dizer, só é como algo reconhecido.”<sup>73</sup> Em um primeiro momento, a essência e o objeto absoluto da consciência-de-si aparece como o *Eu*. O Outro se apresenta, para ela, como objeto *inessencial* de modo a representar o negativo. Contudo, o Outro também é uma consciência-de-si; um indivíduo se confronta com outro indivíduo. Assim, os indivíduos são imediatamente uns para os outros independentes. Em outras palavras, são consciências imersas no ser da vida, pois o objeto *essente* (o *Eu*) se determinou como vida.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> PAWLIK, Michael. **La realidad de la libertad**: dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel. Tradução de Jorge Fernando PERDOMO TORRES. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. Como filho de sua época, Hegel não apresenta resposta à problemas e questões de ordem social. Não trouxe resposta para os problemas de ordem social se mantiveram durante todo o século XIX.

<sup>73</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 142.

O espírito autoconsciente significa o *ser em si e para si mesmo*. A relação negativa com o outro é fundamentada na existência do espírito transformado em produtividade e a receptividade é a atividade em realização. Segundo Marcuse, a filosofia de Hegel carrega a tensão entre o conteúdo ontológico e o histórico: as manifestações do espírito são os principais estágios da civilização ocidental. O ser é, em sua essência, razão. Há, assim, a unidade entre sujeito e objeto: a unidade entre universal e individual. Hegel substitui a ideia de progresso pela ideia de um desenvolvimento cíclico que se move na reprodução e consumação do que é. Esse desenvolvimento pressupõe toda a história do homem e a compreensão de sua história. MARCUSE, HERBERT. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

<sup>74</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 144.

Hegel explica que, nesse estágio, ambas as consciências não alcançaram a abstração absoluta, a qual consiste em extirpar todo ser imediato para ser apenas o puro negativo da consciência igual-a-si-mesma. Nesse sentido, perante este ser imediato, as consciências não se apresentam como consciências-de-si. O conceito de reconhecimento exige que cada consciência-de-si alcance a pura abstração do ser-para-si: “ele para o outro, o outro para ele; cada um em si mesmo, mediante seu próprio agir e mediante o agir do outro.”<sup>75</sup>

Desse modo, Hegel assevera que enquanto agir do Outro, cada um tende à morte do Outro. Este agir do Outro inclui o arriscar a própria vida. A relação entre o agir por si mesmo e o agir do Outro, ou seja, a relação entre duas consciências-de-si é determinada de forma a colocar cada uma das consciências perante uma luta entre vida e morte.

Pode-se compreender que a liberdade se comprova mediante esta colocação da vida em risco. Nessa relação entre ambas as consciências, alcança-se um segundo momento no qual a essência da consciência-de-si não reside no ser em seu modo imediato, mas sim no puro ser-para-si. “O indivíduo que não arriscou a vida pode bem ser reconhecido como pessoa; mas não alcançou a verdade desse reconhecimento como uma consciência-de-si independente.”<sup>76</sup>

Ao arriscar a própria vida, tende-se à morte do Outro ao passo que este Outro se apresenta como essência, fora dele. Dessa forma, suprassume-se seu ser-fora-de-si. “O

Para Hegel, o ser humano necessita do reconhecimento para desenvolver sua autoconsciência. O respeito em igual liberdade permite a relação de reconhecimento recíproco para que o indivíduo forme a consciência de si mesmo. Esse reconhecimento é posto como fundamento do Direito, pois parte de uma relação livre e igual. Deve-se respeitar o outro em sua singularidade e em sua diversidade. Kurt Seelmann afirma que, neste ponto, há uma diferença fundamental com a perspectiva kantiana. No modelo de reconhecimento hegeliano, a subjetividade jurídica é resultado do próprio processo de reconhecimento. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 44.

Acrescenta-se: a distinção do modelo de reconhecimento hegeliano para aqueles de cunho Iluministas (contratualistas) refere-se, notadamente, ao ponto de partida. Hegel não considera a relação de reconhecimento a partir da gênese do mecanismo de formação comunitária, mas sim a partir da gênese das relações jurídicas. Não considera indivíduos isolados em torno de um contrato social, mas do indivíduo centralizado em uma dada comunidade. Em suma, o reconhecimento do outro como sujeito do ordenamento jurídico, em sua singularidade, é o que torna possível o reconhecimento das normas. Kurt Seelmann questiona: o dever de respeito alcança a proteção da pessoa ou do sujeito? A partir desta indagação, constata que a proteção jurídica à dignidade humana protege a pessoa de modo a compreender esta como a subjetividade jurídica igualitária que recai sobre os seres humanos. Ibid., p 46.

<sup>75</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 145.

<sup>76</sup> Ibid., p. 145.

Para a consciência-de-si independente, sua essência é somente a pura abstração do *Eu*. p. 151.

Outro é uma consciência *essente* e de muitos modos enredada; a consciência-de-si deve intuir seu ser-Outro como puro ser-para-si, ou como negação absoluta.”<sup>77</sup>

Contudo, Hegel aponta que esta comprovação por meio da morte suprassume a própria verdade. A vida, para Hegel, é posta como a posição natural da consciência - a independência sem a absoluta negatividade - enquanto a morte é a negação natural desta consciência – a negação sem a independência. Priva-se a significação do reconhecimento.<sup>78</sup>

A morte comprova que ambos os indivíduos arriscaram suas vidas de modo a desprezar cada um em si e no Outro. Suprassumem-se a si mesmos. Há, nessa relação entre extremos, uma operação que retrata somente uma negação abstrata. A negação da consciência realiza a suprassunção de modo a resguardar em si o suprassumido e, assim, efetivar a sobrevivência do vir-a-ser-suprassumido.

Constata-se que a dissolução da unidade simples, a qual representa o primeiro momento no qual a consciência-de-si é imediata, o Eu, como objeto absoluto coloca em um segundo momento a consciência *essente* na figura da coisidade – ou seja, a consciência para um outro, fora de si. Pode-se extrair a compreensão de Hegel sobre o conceito de *coisidade*, notadamente, da seguinte citação:

São essenciais ambos os momentos; porém, como de início são desiguais e opostos, e ainda não resultou sua reflexão na unidade, assim, os dois momentos são como duas figuras opostas da consciência: em uma, a consciência independente para a qual o ser-para-si é a essência; na outra, a consciência depende para a qual a essência é a vida, ou o ser para um Outro. Uma é o senhor, outra é o escravo.<sup>79</sup>

Na relação de dominação, o reconhecimento se efetua de forma unilateral e desigual. Todavia, aquele na posição de senhor não consegue alcançar a verdade da certeza de si mesmo, pois se limita à consciência inessencial: “onde o senhor se realizou plenamente, tornou-se para ele algo totalmente diverso de uma consciência independente. O senhor não está certo do ser-para-si como verdade; mas sua verdade é de fato a consciência inessencial e o agir inessencial dessa consciência.”<sup>80</sup>

A verdade por trás desta consciência independente é a existência de uma consciência escrava a qual é consciência-de-si. Para a consciência escrava, o senhor - como consciência

<sup>77</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 146.

<sup>78</sup> Ibid., p. 146.

<sup>79</sup> “O senhor é a potência sobre esse ser, pois mostrou na luta que tal ser só vale para ele como um negativo. O senhor é a potência que está por cima desse ser; ora, esse ser é a potência que está sobre o Outro; logo, o senhor tem esse Outro por baixo de si: é este o silogismo da dominação.” Ibid., p. 147.

<sup>80</sup> Ibid., p. 148.

independente para si essente - é a essência. A consciência escrava sente a angústia da morte em sua própria essência, isto é, o medo do Senhor Absoluto. Não apresenta somente a universal dissolução em geral, mas se implementa efetivamente no servir que é em seu objeto. “Servindo, suprassume em todos os momentos sua aderência ao ser-aí natural; e trabalhando, o elimina.”<sup>81</sup>

Para Hegel, a consciência encontra a si mesma por meio do trabalho. Este, ao contrário, é posto como desejo refreado, contido.

A relação negativa para com o objeto se torna a forma do mesmo e algo permanente, porque justamente o objeto tem independência para o trabalhador. Esse meio-termo negativo ou agir formativo é, ao mesmo tempo, singularidade, ou o puro ser-para-si da consciência, que agora no trabalho transfere para fora de si no elemento do permanecer; a consciência trabalhadora, portanto, chega assim à intuição do ser independente, como intuição de si mesma.<sup>82</sup>

Este seria o sentido positivo do trabalho *forma* por meio do qual a consciência escrava se torna para si um *essente* como puro ser-para-si. Todavia, Hegel também apresenta o sentido negativo de tal relação. Esse aspecto negativo reside no medo presente no primeiro momento. O negativo objetivo é a essência alheia que o escravo tanto teme. A destruição deste negativo alheio torna o escravo, para si mesmo, um para-si-essente. Assim, é no medo que o ser-para-si está contido. Por meio do trabalho, o ser-para-si se torna para ele como o seu próprio e, desse modo, alcança à consciência de ser ele mesmo em si e para si.<sup>83</sup>

Compreende-se, portanto, que a consciência se exterioriza por meio do trabalho. Neste, a consciência se reencontra e se torna sentido próprio. Portanto, de uma maneira universal, o momento do medo encontra com o momento do *formar*. Segundo Hegel, a disciplina do serviço e da obediência retira o medo do campo formal e efetiva a consciência do ser. Já o trabalho retira o medo do mundo interior e efetiva a consciência para ela mesma. Dessa forma, o *medo* e o *formar* devem se encontrar em uma universalidade.

Para que a liberdade não permaneça no interior da escravidão, a forma (expansão para além do singular) deve se tornar a essência como um formar universal, isto é, como

---

<sup>81</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 149.

<sup>82</sup> Ibid., p. 149.

<sup>83</sup> Ibid., p. 150.

O objeto sobre o qual atuam o desejo e o trabalho é a expansão multiforme da vida, diferenciando-se em si mesma: sua singularização e complexificação.

um conceito absoluto de modo a dominar a potência universal e a essência objetiva em sua totalidade.

Pode-se sintetizar essa análise sobre a consciência-de-si com a seguinte passagem:

A consciência-de-si que é para si, em geral, a realidade, tem nela mesma seu objeto. Mas o tem como um objeto que primeiro é só para si, e não é ainda essente. O ser a defronta como uma efetividade outra que não a sua; e mediante a implementação de seu ser-para-si vai rumo ao objetivo de se intuir como outra essência independente. Esse primeiro fim consiste em tornar-se consciente-de-si como essência singular em outra consciência-de-si, ou em reduzir essa outra a si mesma; ela tem a certeza que em-si esse outro já é ela mesma.<sup>84</sup>

A consciência-em-si livre posta no pensar representa a liberdade abstrata. Neste, Eu sou livre; porque não estou em um Outro, mas sim em mim mesmo. O objeto, que para mim é a essência, é meu ser-para-mim em unidade inseparável. O movimento dos conceitos é um movimento em mim mesmo.<sup>85</sup> Esta colocação da liberdade somente ao nível do pensar apresenta tão-somente o puro pensamento sem a implementação da vida. De acordo com Hegel, há somente o conceito de liberdade e não a própria liberdade viva. Esta colocação da liberdade apenas ao nível do pensar é uma construção defendida pelo Estoicismo. A problemática apontada por Hegel é que tal estruturação não alcança o próprio conteúdo do conceito de liberdade. Há um pensar sem-conteúdo.

A liberdade abstrata é criticada por Hegel no sentido de que se trata de uma negação incompleta do ser-outro; apenas se retira do ser-aí, para si mesma, de modo a não se considerar a absoluta negação do ser-aí nela.<sup>86</sup> Hegel também elabora uma crítica a respeito da concepção de liberdade elaborada pelo cepticismo. Este explicita a total inessencialidade e não autonomia do Outro perante a consciência-de-si. “O pensamento se

<sup>84</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 252.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 152.

Perante a filosofia hegeliana pôde-se perceber que a realização da liberdade é transferida para o campo do conhecimento absoluto. A alienação é justificada e negada frente à razão. Apesar da liberdade humana ainda estar referida a uma abstração, a filosofia hegeliana conseguiu apreender a base histórica concreta da própria razão. De acordo com Marcuse, Hegel descobre a estrutura da razão, tanto como estrutura da dominação quanto sua superação. O conhecimento de si mesmo desenvolve a razão. A consciência quando atinge o nível de autoconsciência revela-se como *ser em si mesmo* contra toda a alteridade que envolve a negação do Outro. Neste embate, o indivíduo afirma-se para si como ser real. Entretanto, o mundo externo passa a representar sua própria negação: a negação de sua liberdade. A concretização da liberdade individual dependeria de seu reconhecimento frente ao Outro. Na luta pelo reconhecimento, tem-se a relação entre consciências. Compreende-se que a autoconsciência só atinge sua liberdade se tiver reconhecimento de outra autoconsciência. A Filosofia Hegeliana supera a forma de liberdade que deriva da relação antagonista com o Outro. “O verdadeiro modo de liberdade não seria a incessante atividade de conquistista, mas o acabar repousando no conhecimento e gratificação transparentes do ser.” MARCUSE, HERBERT. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 154.



torna o pensar consumado que aniquila o ser do mundo multideterminado e, nessa multiforme figuração da vida, a negatividade da consciência livre se torna a negatividade real.”<sup>87</sup>

Hegel explica que, por meio desta negação consciente-de-si, garante à consciência-de-si para si mesma a certeza de sua própria liberdade. A consciência-de-si céptica experimenta sua própria liberdade, como dada e mantida para si através de si mesma.<sup>88</sup> A consciência é a absoluta inquietude dialética. Essa mescla de representações sensíveis e pensadas cujas diferenças coincidem e cuja igualdade se dissolve pois ela é determinidade frente ao desigual.<sup>89</sup> Hegel coloca esta consciência-de-si céptica como uma confusão meramente casual. Em suma, a consciência-de-si céptica encontra-se em contradição com o Outro. “Ora reconhece sua liberdade sobre a causalidade do *ser-aí*, ora a conhece como recaída na *inessencialidade*. É uma consciência em si mesma contraditória.”<sup>90</sup>

Sobre a liberdade da autoconsciência, Karl Marx, em sua tese doutoral denominada “*Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro*” realizou uma análise que recai, em certa medida, na diferenciação entre os sistemas dos epicuristas, dos estoicos e dos cépticos no que concerne à filosofia da autoconsciência.<sup>91</sup> Nessa obra, analisa as consequências da divergência entre o sistema atomista de Demócrito e de Epicuro para a filosofia da autoconsciência no sentido de se questionar como tais pensadores poderiam

---

<sup>87</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 155.

Diante desta estruturação, Hegel ressalta que as leis morais são dadas como mandamentos do senhor, porém as determinações no pensamento abstrato são conceitos da ciência, na qual o pensar sem conteúdo se expande, e de uma maneira puramente exterior, de fato, atribui o conceito a um ser independente dele, que constitui seu conteúdo; e só mantém como válidos determinados conceitos, embora sejam também puras abstrações. p. 155.

<sup>88</sup> Ibid., p. 156

<sup>89</sup> Ibid., p. 156.

A consciência empírica dirigida para o que não tem para ela realidade. Obedece àquilo que para ela não é essência. Faz e leva à efetividade o que para ela não tem verdade nenhuma.

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> Marx indaga: será por acaso que, em epicuristas, estoicos e cépticos, estão representados de modo completo todos os aspectos da autoconsciência, só que cada um como uma existência específica? Será por acaso que esses sistemas, em conjunto, formam a construção completa da autoconsciência? MARX, Karl. **Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 31. Marx crítica que a forma subjetiva – suporte espiritual dos sistemas filosóficos – tenha sido relegada às determinações metafísicas.

apresentar compreensões tão diversas acerca da realidade se o ponto de partida estava em um mesmo princípio.<sup>92</sup>

O ponto central que Karl Marx diferencia entre o sistema de Demócrito e Epicuro é que o primeiro limita-se a um campo de necessidade cega enquanto o segundo consegue ultrapassar esta necessidade e atingir o campo da liberdade. Para que tal consequência seja possível, verificou-se uma distinção em relação ao método de cada um destes pensadores.

Epicuro separou a filosofia da natureza da ciência natural empírica, subordinando a formulação filosófico-natural a seu problema principal, que era obter a felicidade do indivíduo a partir do conhecimento da natureza do ser humano e de sua posição no processo natural global. A concepção da declinação dos átomos foi uma crítica ao determinismo unilateral de Demócrito. Ela serviu em primeira linha à fundamentação natural da liberdade da vontade e, simultaneamente, introduziu um fator dialético na concepção materialista da natureza.<sup>93</sup>

Karl Marx desenvolve uma crítica ao sistema de Demócrito por converter a realidade sensível em aparência subjetiva.<sup>94</sup> Considera que a conversão do mundo sensível como aparência subjetiva é resultado de uma ciência natural empírica e de conhecimentos positivos os quais se limitam a representar a observação experimentadora. “O céptico e empírico, para o qual a natureza sensível é aparência subjetiva, analisa-a do ponto de vista da necessidade e procura explicar e apreender a existência real das coisas.”<sup>95</sup> Em contraposição, o pensamento de Epicuro considera como real o mundo que se manifesta de modo a desprezar a empiria. “O filósofo e dogmático, para o qual a manifestação é real, vê em toda parte apenas acaso; sua modalidade explicativa tende a suprimir toda a realidade objetiva da natureza.”<sup>96</sup>

A tese doutoral de Marx analisa a forma de reflexão que representa a relação entre a *ideia* e o *ser*, bem como o relacionamento entre ambos. O filósofo torna objetivo o modo como seu consciente específico se relaciona com o mundo real.

---

<sup>92</sup> “A questão em foco é a da relação entre autoconsciência e mundo – questão que, no idealismo ativo, é tratada de forma a privilegiar a autoconsciência como elemento reclamador do princípio da razão contra a positividade do real. [...] O pensamento de Epicuro se refere à afirmação da autoconsciência como princípio supremo. [...] Epicuro, por meio do movimento da declinação, introduziu a liberdade na própria natureza.” MARX, Karl. **Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

<sup>93</sup> Ibid., p. 32.

<sup>94</sup> “Demócrito converte a realidade sensível em aparência subjetiva; no entanto, a antinomia banida do mundo dos objetos, passa a existir na autoconsciência de Demócrito, na qual o conceito de átomo e a intuição sensível se defrontam como inimigos. [...] o conceito não pode contradizer as sensações, porque o conceito depende totalmente das sensações. Porém, enquanto Demócrito converte o mundo sensível em aparência subjetiva, Epicuro o transforma em manifestação objetiva.” Ibid., p. 40.

<sup>95</sup> Ibid., p. 54.

<sup>96</sup> Ibid., p. 54.

Demócrito emprega como forma de reflexão a necessidade *cega*. O mundo objetivo é explicado a partir de sua derivação da necessidade. Em contrapartida, Epicuro rechaça a afirmação rígida de se viver *para e pela* necessidade e constata que se viver na necessidade não é uma necessidade. “Estão abertos em toda parte os caminhos para a liberdade. É permitido domar a própria necessidade.”<sup>97</sup>

Epicuro ultrapassa as barreiras impostas por uma necessidade cega e alcança o campo do acaso na condição de uma realidade cujo valor se encontra na possibilidade. A possibilidade abstrata é posta como o oposto da possibilidade real, concebida a partir da necessidade. Esta última fundamenta a necessidade e a realidade do objeto enquanto a primeira, a possibilidade abstrata, recai sobre o próprio sujeito que explica o objeto. Este apenas precisa ser possível no campo do pensável. “Aquilo que é abstratamente possível não constitui impedimento para o sujeito pensante, não representa um limite para ele. Não importa se essa possibilidade também se torna real.”<sup>98</sup>

Perante a discussão sobre a declinação do átomo da linha reta, Marx extrai algumas consequências sobre a ideia de autoconsciência e autonomia.

Explica-se que na declinação está representada a verdadeira alma do átomo, o conceito de particularidade abstrata. [...] A saber, a declinação do átomo da linha reta não é uma determinação especial que casualmente ocorre na física epicurista. Pelo contrário, a lei que ela expressa percorre toda a filosofia epicurista, mas obviamente de modo que a determinidade de sua manifestação seja dependente da esfera em que é aplicada.<sup>99</sup>

Pode-se extrair o conceito de autonomia perante a filosofia epicurista no sentido de que somente se pode operar o conceito, ou seja, a determinação formal – o *ser-para-si*, a independência em relação à existência imediata, a supressão da relatividade – na hipótese de se abstrair da existência com que se depara. Sua superação exige a idealidade que apenas é possível perante a generalidade. Portanto,

[...] do mesmo modo como o átomo se liberta de sua existência relativa, da linha reta, abstraindo dela, declinando dela, também toda a filosofia epicurista declina da existência limitadora sempre que sua intenção é apresentar a existência do conceito da particularidade abstrata, da autonomia e da negação de toda relação com outra coisa.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> MARX, Karl. **Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 49-51.

<sup>98</sup> Na possibilidade abstrata, o acaso do ser é traduzido em acaso do pensar. Todavia, a explicação não pode contradizer a percepção sensível. Ibid., p. 52-53.

<sup>99</sup> Ibid., p. 79.

<sup>100</sup> Ibid., p. 79.

Nesse sentido, pode-se constatar que a finalidade do fazer representa a abstração de tudo aquilo que resulte em dor e perturbação. A declinação do sofrimento, ou seja, a fuga daquilo que lhe é mau, constitui o prazer. Sendo assim, a particularidade abstrata em sua suprema liberdade e autonomia, isto é, em sua totalidade, exige a declinação de toda a existência.

Por meio da análise em relação à declinação do átomo, Marx compactua a ideia de que nessa declinação se expressa a negação de todo o movimento e de toda a relação em que se verifica a determinação por Outro como existência específica. Quando se afirma que toda determinação é posta como existência específica, acrescenta-se o movimento de repulsão como primeira forma da autoconsciência no sentido de que ela corresponde à autoconsciência que se configura como existência imediata, isto é, como autoconsciência abstrata individual.

Na verdade, a particularidade imediatamente existente só se realiza, segundo seu conceito, na medida em que se refere a outro, diferente de si mesma, quando ela se depara com o outro também na forma de existência imediata. Assim, **o ser humano só cessa de ser produto da natureza quando o outro a que ele se refere não é uma existência diferente, mas igualmente um ser humano individual, mesmo que ainda não seja o espírito.** Para que o ser humano enquanto ser humano se torne seu único objeto real, é preciso que ele tenha rompido dentro de si com sua existência relativa com a força do desejo e da simples natureza.<sup>101</sup>

Dessa consideração acerca da repulsão, extrai-se que se o comportamento em relação a si mesmo for dado como imediatamente frente ao Outro, tal comportamento se torna material. Há, aqui, a ideia de exterioridade. Todavia, a repulsão não se compreende apenas em seu aspecto material, mas também pelo lado ideal da repulsão, o qual apreende a negação com o outro de modo a transformar o movimento em autodeterminação.

Verifica-se o aspecto dialético, o qual reside na determinação da forma e em sua realização por meio da contradição que reside no interior do conceito. Apreende-se a essência em sua unidade dialética com a existência material.

Analisa-se a objetivação da contradição entre conceito e existência na filosofia epicurista no sentido de que, por meio das qualidades, o átomo adquire uma existência que contradiz seu conceito, é posto como existência exteriorizada, diferenciada de sua essência. É essa contradição que constitui o interesse principal de Epicuro. Em um segundo momento, colocam-se determinações que

---

<sup>101</sup> MARX, Karl. **Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro.** 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 82. (Grifo nosso)

aniquilam essa qualidade e fazem valer, novamente, o conceito. Logo, Epicuro determina todas as qualidades de tal maneira que elas se contradizem.<sup>102</sup>

O ponto chave da filosofia de Epicuro, para Marx, reside na seguinte passagem:

**A contradição entre existência e essência**, entre matéria e forma, que reside no conceito do átomo, está posta no próprio átomo individual, quando este é dotado de qualidades. **Por meio da qualidade, o átomo é estranhado de seu conceito**; ao mesmo tempo, sua construção é completada. **Da repulsão** e das aglomerações de átomos qualificadas associadas a ela **surge, então, o mundo fenomênico**. [...] **Nessa transição do mundo da essência para o mundo da manifestação, a contradição presente no conceito do átomo evidentemente alcança sua mais gritante realização**. O átomo, conforme seu conceito, é a forma essencial, absoluta da natureza. Essa forma absoluta é, então, degradada à condição de matéria absoluta, de substrato do mundo fenomênico.<sup>103</sup>

Portanto, “a particularidade abstrata é a liberdade da existência, não a liberdade na existência.”<sup>104</sup> A liberdade em sua existência torna-se material. Em suma, a partir do estranhamento do objeto em relação ao seu conceito, há a sua manifestação no mundo fenomênico.

Toda esta base metodológica analisada por Karl Marx sobre a filosofia epicurista foi transposta para a sua crítica sobre o determinismo que recai à autoconsciência em termos morais ou teológicos. Por meio de uma crítica imanente à análise sobre as considerações de Plutarco, Marx deixa evidente sua contraposição às pregações morais.<sup>105</sup> Critica-se a colocação da religião como forma máxima da autoconsciência e os dogmas cristãos como o saber positivo. Nesta colocação, apresentam-se exigências e tendências cujas formas contradizem seu significado.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> MARX, Karl. **Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 82.

A análise das qualidades dos átomos nos fornece, portanto, o mesmo resultado que a análise da declinação – a saber, que Epicuro objetiva a contradição, presente no conceito do átomo, entre essência e existência e, assim, inaugura a ciência atomística, ao passo que em Demócrito não ocorre nenhuma realização do princípio em si, apenas é registrado o lado material e são apresentadas hipóteses em função da empiria. Marx chama a atenção para uma particularidade de Epicuro: ele tende a pôr as diferentes determinações de um conceito como existências autônomas diferenciadas. Como seu princípio é o átomo, seu modo de conhecimento é atomista; toda determinação assume a forma de uma particularidade isolada. Ibid. p. 94-99.

<sup>103</sup> Ibid., p. 102. (Grifo nosso)

<sup>104</sup> Ibid., p. 102.

<sup>105</sup> Como exemplo, analisa a situação na qual houve uma aniquilação total dos cimbros e sua justificação como “coisa de Deus” o qual deixou morrer e apodrecer todo um povo para proporcionar aos filisteus de Marselha uma farta colheita de frutas. Portanto, torna-se evidente a crítica de Marx no que se refere a transformar fatos históricos propiciados por atitudes humanas em divagações morais como justificação de massacres. Nas palavras de Marx: [...] até mesmo a transformação de um povo em um monte de esterco propicia a desejada oportunidade de deleitar-se com divagações morais. Ibid., p. 55.

<sup>106</sup> Ibid., p. 59.

A exposição metodológica que parte da filosofia epicurista acaba por criticar a ideia de que um só ser na qualidade de divino governa o mundo e confere as ordens a todos. “Algo posto misticamente em função da crença da multidão, como algo útil para as leis e para a vida.”<sup>107</sup> Ressalta-se que as ações humanas não combinam com bem-aventurança, mas ocorrem por fraqueza, temor e carência. Epicuro contestou, portanto, aqueles que acreditavam que o ser humano necessita dos aspectos místicos para compreender o mundo material. Transfere-se toda esta crítica para a decorrência de máximas éticas, as quais, para Epicuro, são questões unicamente de consciência.

Qualquer explicação é suficiente desde que o mito seja afastado por meio da dedução a partir dos fenômenos. É preciso ater-se à manifestação, à percepção sensível. Assim, é possível eliminar o medo pela explicação e libertar-se apontando razões.<sup>108</sup>

A particularidade para se tornar universalidade concreta exige que a determinação formal acolha em si a particularidade abstrata. Assim, a autoconsciência individual-abstrata se torna objetiva e a sua existência se torna universal. Nesta relação, a existência se converte no próprio inimigo da autoconsciência, já que lhe são imputadas toda a angústia e perplexidade dos seres humanos, pois a dissolução do individual-abstrato no universal contém, em si, a angústia humana.

Desse modo, a autoconsciência individual-abstrata procura destruir a realidade que se tornou autônoma por meio da possibilidade abstrata. Em suma, enquanto a natureza, como manifestação efetiva, expressar a autoconsciência individual e sua contradição, a subjetividade aparecerá somente sob a forma da própria matéria; em contraposição, quando se torna autônoma, ela se reflete em si mesma e comparece diante de si mesma em sua própria figura como forma autônoma.<sup>109</sup>

Por conseguinte, a liberdade da autoconsciência constitui o princípio basilar da filosofia epicurista mesmo que tal autoconsciência seja apreendida sob forma de

<sup>107</sup> MARX, Karl. **Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 119-121.

<sup>108</sup> Ibid., p. 118.

Nós vimos como toda a filosofia da natureza de Epicuro está impregnada da contradição entre essência e existência, entre forma e matéria. [...] A matéria recebeu a forma dentro de si, acolheu a particularidade dentro de si e, assim, alcançou sua autonomia. Nesse ponto, porém, ela deixa de ser afirmação da autoconsciência abstrata. No mundo dos átomos, como no mundo da manifestação, a forma lutava com a matéria; uma determinação suprimiu a outra e, justamente, nessa contradição, a autoconsciência individual-abstrata sentiu sua natureza objetivada. A forma abstrata, que lutava contra a matéria abstrata sob a forma de matéria, era a própria autoconsciência. Porém, quando a matéria se reconcilia com a forma e se torna autônoma, a autoconsciência individual se despe de seu disfarce e se proclama como o verdadeiro princípio, hostilizando a natureza que se tornou autônoma. Ibid., p. 123.

<sup>109</sup> Ibid., p. 123.

particularidades.<sup>110</sup> Logo, observa Marx que quando a autoconsciência individual-abstrata é posta como princípio absoluto, desaba tudo o que se comporta de modo transcendente diante da consciência humana.

Assim sendo, Karl Marx constrói uma crítica aos posicionamentos de Hegel e Kant no que se refere às deduções teológicas. Para Marx, Hegel interpreta a dedução de Deus a partir do mundo da seguinte forma:

Deus ou o Absoluto existe porque o contingente não existe. Só que inversamente a prova teológica tem o seguinte teor: Deus existe porque o contingente possui ser verdadeiro. Deus é a garantia do mundo contingente. Entende-se que, desse modo, o inverso também está posto. [...] O que represento para mim como real é para mim uma representação real que atua sobre mim, e nesse sentido todos os deuses tiveram existência real.<sup>111</sup>

Nesse ponto, rebate-se o pensamento kantiano no que se refere à representação subjetiva. Para Marx, Kant ao invés de efetivar sua crítica às determinações teológicas, acaba por reforçar tais determinações.

O exemplo de Kant poderia, pelo contrário, ter reforçado a prova ontológica. Táleres reais possuem a mesma existência que deuses imaginários. Um táler real teria existência em outro lugar senão na representação? Leva o papel moeda para um país onde não se conhece esse uso e cada qual se rirá de tua representação subjetiva. Vai com teus deuses para um país em que vigoram outros deuses e terás a prova de que padeces de imaginações e abstrações. Com razão. Quem tivesse levado um deus eslavo para os gregos antigos teria encontrado a prova da não existência desse deus porque para os gregos ele não existia. O que um país bem determinado foi para deuses estrangeiros bem determinados o país da razão é para o Deus em geral, ou seja, um território em que ele deixa de existir.<sup>112</sup>

Marx questiona, portanto, se as provas da existência de Deus não passam de provas da existência da autoconsciência humana essencial, de explicações lógicas desta. “Que ser tem existência imediata ao ser pensado? A autoconsciência.”<sup>113</sup> Nesse sentido, todas as provas da existência de Deus são provas de sua não existência, refutações de todas as representações de um único Deus.

---

<sup>110</sup> MARX, Karl. **Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 123.

<sup>111</sup> Ibid., p. 133.

<sup>112</sup> Ibid., p. 134.

<sup>113</sup> Ibid., p. 134.

## 2.5 Conceito geral concreto de pessoa

De acordo com Karl Larenz, os conceitos representam expressões de pensamento estruturadas e o aspecto geral que contém em um conceito não exige que este se desenvolva apenas por meio de abstrações. O conceito abstrato não se vincula a um conteúdo material devido à finalidade de ser aplicado em sua suposta universalidade. Esta exige, portanto, um significativo grau de abstração. Todavia, se os conceitos de sentido apriorísticos são considerados como conceitos abstratos, perdem a significação de fonte do sentido de todos os fenômenos jurídicos particulares, pois se transformam em meros conceitos formais, vazios de conteúdo.<sup>114</sup>

O conceito concreto não é extraído dos objetos que se dão na experiência por meio de uma avaliação sobre as características particulares consideradas isoladamente. Ao contrário, o conceito concreto é o princípio fundador e conformador da realidade racional com o espírito.<sup>115</sup> Dessa forma, a consciência que recai sobre o conceito concreto é alcançada pelo ato de reflexão. Os momentos do conceito não podem ser apreendidos de modo isolado, mas somente por meio de uma unidade comum.<sup>116</sup>

Aplica-se essa estrutura de pensamento ao conceito de pessoa. Esse conceito, na qualidade de conceito concreto, deve ser apreendido de forma conjunta aos conceitos de direito subjetivo e de dever, os quais se apresentam de forma interligada em suas próprias essências. Para Larenz, o conceito abstrato de pessoa representa uma forma conceitual vazia, pois considera a pessoa somente em sua qualidade de portador passivo de direitos e deveres.

Em contraposição, se o ponto de partida for o sentido ético do conceito de pessoa (e, portanto, trata-se do conceito concreto pleno de conteúdo), pode-se determinar a relação fundamental do Direito como sendo o respeito à própria pessoa e o dever de cada um em respeitar o outro como pessoa. Assim, o conceito concreto de pessoa apreende o sentido

---

<sup>114</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 587.

Os conceitos de sentido apriorísticos são conceitos gerais concretos: Se é certo que a ciência jurídica tem de se debruçar sobre a vida, a fim de a integrar, sem distorção das forças construtivas que lhe são próprias, numa ordem superior fundada na ideia da Justiça, não é menos verdade também que, na qualidade de filosofia do Direito, ela se deve voltar para o conteúdo significativo desta ideia, com tanto afincamento quanto seja necessário para conseguir explaná-lo de modo adequado. Para isso servem os conceitos apriorísticos fundamentais da ciência do Direito, os quais não podem ser, por sua vez, senão desmembramentos ou desenvolvimentos daquele conteúdo significativo e, portanto, conceitos gerais concretos. *Ibid.*, p. 598.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 590.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 592.



ético como seu próprio conteúdo. Os conceitos de direito subjetivo e de dever são postos como conformações e momentos do conceito concreto de pessoa. Reconhece-se o nexo de sentido intrínseco entre os três conceitos apontados de modo a conformar uma unidade comum.<sup>117</sup>

Compreende-se que o conceito abstrato desprovido de conteúdo é tão-somente uma forma vazia a partir da qual não se pode realizar nenhuma dedução. O conteúdo é essencial à conformação do *núcleo de sentido* do conceito de tal modo que se apreendem os momentos particulares do próprio conceito.

A filosofia hegeliana aponta que a dialética é a capacidade do pensamento de se reencontrar na alteridade e, em momento posterior, de reconhecer como uno, num plano superior, o que num plano inferior aparece como antitético, isto é, integrá-lo num todo e, assim, superá-lo.<sup>118</sup>

O conceito é representado por meio do fenômeno, mesmo que de forma imperfeita ou contraditória. Larenz ilustra com a análise acerca do indivíduo considerado como *louco* ou como *antissocial*: “ambos são seres humanos e, portanto, pessoas na acepção jurídica mesmo que nada do que constitui o homem neste sentido se encontre realizado neles, e são-no porque trazem em si, como norma e medida do que são, a determinação do humano.”<sup>119</sup> Tanto o indivíduo considerado como louco quanto o antissocial são ordenados ao núcleo de sentido do conceito geral concreto referente à pessoa e, por isso, devem ser respeitados em sua qualidade de ser humano.

Discute-se a relação de correspondência entre o conceito geral concreto e o fenômeno singular do indivíduo. Tem-se que o conceito refere-se às ideias puras que não dependem das condições da sua realização enquanto que os tipos representam a ideia a partir da realidade, ou seja, dependente de empiria e vinculada ao tempo e ao espaço. Desse modo, o tipo é o equivalente empírico do conceito geral concreto. Na medida em que o conceito geral concreto contorna a realidade, os seus elementos aparecem como tipos da realidade perante uma compreensão de significado. Nesta estrutura, constata-se que o direito da personalidade é um tipo do conceito de direitos subjetivos e este é um momento do conceito concreto de pessoa.

---

<sup>117</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 592.

<sup>118</sup> Ibid., p. 594.

<sup>119</sup> Ibid.

No tópico referente ao conceito neokantiano de pessoa, constatou-se que este pode ser formulado a partir de uma perspectiva formal de sujeito de direito. Nesse sentido, o conceito de pessoa representa o portador passivo de direitos e deveres. Todavia, a partir da estrutura dialética do conceito geral concreto, o ponto de referência ao conceito de pessoa é o próprio conteúdo ético. Por conseguinte, a pessoa em seu sentido ético é o sujeito enquanto ser responsável, senhor de si próprio, capaz de apreender as exigências éticas e de se orientar por elas.

Os direitos de personalidade, a responsabilidade pessoal e o conceito de autonomia privada (que nada mais é do que um reflexo da exigência do comércio jurídico em torno da autodeterminação) são deduções do conceito ético de pessoa. Ademais, o conceito geral concreto de pessoa se refere ao dever do sujeito em respeitar todos os demais também como pessoa. Portanto, inclui-se no conceito de pessoa a relação de respeito recíproca entre os sujeitos de direito. Essa relação, que alcança o reconhecimento, se torna o fundamento do ordenamento jurídico. Logo, tal relação constitui a base das relações humanas e submete as relações jurídicas particulares à condição de sua possibilidade.<sup>120</sup>

O conceito de direito subjetivo deriva daquilo que pertence à pessoa em razão de sua própria condição, assim como apresenta o sentido de direito ao respeito, isto é, o reconhecimento e a não lesão da pessoa naquilo que lhe seja devido.<sup>121</sup> O direito pessoal fundamental ao respeito de outrem desdobra-se nos vários direitos da personalidade: direito ao respeito e à imunidade da pessoa na sua existência imediata (vida e integridade física, por exemplo), na sua liberdade e nas manifestações concretas desta última.

Ora bem, se os direitos da personalidade - a *vida e a liberdade* - são tipos de direito subjetivo, o qual se refere ao núcleo de sentido do conceito geral concreto de pessoa, como se pode, por meio de uma coação estatal, impedir que a pessoa efetive uma manifestação particular de sua liberdade em relação à sua própria vida de modo que não é prejudicado, de forma alguma, o respeito a outrem? O conceito de sujeito responsável refere-se à pessoa que se identifica com seus atos e respectivas consequências na medida em que ela mesma

---

<sup>120</sup> Aquilo que é devido à pessoa em razão da própria pessoa é o seu direito. Aquilo que a pessoa deve a outrem, em razão de sua própria essência, é o seu dever. Cada um tem o direito a ser respeitado pelos outros como pessoa significa - ao mesmo tempo - que cada um está obrigado a respeitar os outros como pessoas. Portanto, direito e dever são momentos do conceito de pessoa. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 600.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 601.

determina suas ações.<sup>122</sup> Ora, se a pessoa recebe a qualidade de sujeito responsável por determinar suas ações, deve poder determinar o sentido e percurso de sua própria vida.

Em suma, o conceito de direito subjetivo, de dever e de responsabilidade são apreendidos por meio do conceito geral concreto de pessoa e devem ser desenvolvidos a partir deste por uma desenvolvimento do sentido do ser-pessoa e do estar-no-direito. Ressalta-se que do ser-pessoa pode se deduzir tanto o *ser-para-si*, a interioridade, a autodeterminação, a autonomia da pessoa, quanto o *ser-para-outrem*, a comunidade como vínculo duradouro.<sup>123</sup>

## 2.6 Vinculação entre o conceito concreto de liberdade e o conceito concreto de propriedade

O conceito concreto de propriedade abarca o sentido jurídico de possibilidade à pessoa uma livre configuração do seu meio objetivo por meio do Direito, criando-se uma esfera externa de sua liberdade. A partir deste conceito concreto de propriedade que se desenvolvem os momentos particulares do conceito, os quais se tornam disposições jurídicas, incluindo-se as disposições jurídico-penais.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 602.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 602.

Larenz questiona que se pode discutir se a forma de representação adequada ao conteúdo significativo apriorístico é em última análise o conceito geral concreto na acepção da lógica hegeliana ou se há ainda outros caminhos para apreender o conceito de essência, como a escola fenomenológica.

<sup>124</sup> De acordo com Carlos Pérez Del Valle o conceito de pessoa abstrata, para Hegel, tão-somente significa que a pessoa abstrata pertence ao Direito abstrato. Isso não significa que o conceito de pessoa abstrata carece de conteúdo ou se distancia da realidade. Como demonstração, ressalta a relevância de se analisar o conceito de pessoa a partir de sua vinculação ao conceito de propriedade. Pérez del Valle afirma que o conceito de pessoa refere-se ao ser reconhecido em sua substancialidade a qual também engloba a sua generalidade abstrata. Hegel busca conferir substância e conteúdo ao conceito vazio de generalidade por meio do conceito de pessoa cuja autonomia será refletida da ideia de propriedade como conteúdo positivo do Direito. Explica-se que a personalidade está substancialmente vinculada à capacidade para ser titular de propriedade. Esta é a realização, a realidade, da pessoa abstrata que permite o reconhecimento pessoal recíproco. Dessa forma, é por meio da propriedade que se torna concreta a intersubjetividade como reconhecimento mútuo entre pessoas. Alerta-se, ainda, que o conceito de propriedade compreende o corpo, a vida e a liberdade exterior. Desse modo, propriedade é tudo o que constitui a realidade da pessoa em sua relação com outras. Por isso, da afirmação que o desenvolvimento do conceito de propriedade constitui a base do Direito privado de Hegel - e, assim, também do conceito de pessoa -, decorre a compreensão que a relação entre o conceito de pessoa e de propriedade constitui o ponto de partida de todo o Direito abstrato. Por fim, salienta-se que o conceito de propriedade apresenta suas dimensões: é relativo, como meio; mas é absoluto, como fim da personalidade. Da mesma forma, o conceito de pessoa – a personalidade do titular da propriedade – se apresenta a partir de dois pontos de referência: o da liberdade e o da igualdade no Direito abstrato. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Todavia, para os fins deste trabalho, não cabe uma análise sobre o direito de propriedade privada em si. O que nos interessa é a relação do conceito de propriedade com a exteriorização da liberdade humana, pois, no último capítulo desta pesquisa, representar-se-á a concepção materialista para a qual há uma significativa problematização da vinculação entre liberdade humana e propriedade privada, de forma a se retirar o próprio conteúdo do conceito de liberdade devido à evidência da alienação do trabalho. As considerações hegelianas acerca da objetivação e coisificação da vontade livre se tornam de suma importância para a discussão que será elaborada no terceiro capítulo desta pesquisa.

Pois bem, para Hegel, o conceito de propriedade relaciona-se com a vontade livre em si e para si. O Direito é a existência imediata que a si se dá a liberdade e na propriedade a liberdade é essencialmente a liberdade da vontade abstrata. Hegel explica que a pessoa que se diferencia de si se relaciona com outra pessoa, ambas na condição de proprietárias havendo uma identidade entre elas e, assim, aliena-se a propriedade de uma para a outra, com base no consentimento recíproco e no Direito, obtendo-se, dessa forma, o contrato, o qual supõe que os contratantes se reconheçam enquanto pessoas e proprietárias. Aliena-se o que é seu, deixando sua propriedade e a reconhecendo como propriedade de outrem.<sup>125</sup>

A coisa na condição de objetividade possui duas significações opostas: representa algo substancial e, ao mesmo tempo, algo contrário ao substancial. Nesta situação, a coisa se apresenta apenas como algo extrínseco. Já na situação em que é algo substancial, gera à pessoa o direito de situar a sua vontade em qualquer coisa, o que torna esta um fim substancial: há, neste ponto, o direito de apropriação pela pessoa sobre as coisas.

Hegel<sup>126</sup> explica como que a propriedade abrange não apenas coisas materiais e objetivas, mas também os produtos do intelecto, ou seja, as qualidades do espírito, a ciência, a arte, as invenções. A posse de tais qualidades enquanto posse interior e espiritual pode configurar o objeto de contratos. Nesse sentido, afirma-se que o espírito livre tem conhecimentos, saber, talentos que lhe são intrínsecos. Todavia, pode-se dar a eles uma

---

<sup>125</sup> Neste âmbito, Hegel critica a separação entre direito pessoal e direito real, pois só por meio da personalidade é que se pode conferir o direito sobre as coisas. Assim o direito pessoal é um direito real e este é o direito de personalidade como tal. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

<sup>126</sup> Se, para a consciência, para a intuição sensível e imaginativa, aquelas coisas exteriores têm a aparência de independentes, é, porém, a vontade livre, que é o idealismo, que constitui a verdade de uma tal realidade. *Ibid.*, p. 46.

existência exterior por meio da expressão e da alienação. Assim, as qualidades do espírito, os conhecimentos, a arte passam à categoria de coisa.

O direito que a pessoa tem em situar a sua vontade na categoria de coisas constitui a posse e o que forma o interesse particular da posse reside no fato de que o *Eu* se apodera de algo para satisfazer suas necessidades, seus desejos e seu livre-arbítrio. Para Hegel, é no aspecto pelo qual o *Eu*, como vontade livre, se torna objetivo para si na posse e, portanto, pela primeira vez real.<sup>127</sup> É neste ponto que se constitui o conceito de propriedade, o qual, sob o ponto de vista da carência, possuir uma propriedade aparece como um meio de satisfazer as necessidades e, sob o ponto de vista da liberdade, pode-se afirmar que é na propriedade que a liberdade tem a sua primeira existência, seu fim essencial para si.<sup>128</sup> Nesse sentido, Hegel esclarece que a vontade individual se torna objetiva para si na propriedade e esta adquire, por isso, o caráter de propriedade privada.

O conceito de propriedade não pode ser analisado sem tal relação entre propriedade e vontade livre em si e para si, pois, na concepção hegeliana, apenas se é livre para as outras pessoas enquanto se é livre em sua própria existência empírica. Todavia, a alma e a ideia não são atingidas quando a existência da pessoa está subordinada ao poder de outros. Há um intelecto sem ideia, sem existência empírica e, então, não livre.

Portanto, considera-se a propriedade como existência da personalidade, sendo necessário não apenas a representação da vontade de que algo seja seu, mas também um ato de posse sobre a coisa, a qual recebe o predicado de ser seu: para que esse ato se configure deve-se ter uma antecipada relação com outrem, pois não se pode apropriar de algo que já tenha um proprietário.

Dessa forma, Hegel aponta como decisivo não a impossibilidade física material, mas o fato de que a pessoa, como vontade, se defina como individualidade e, de que, como pessoa, seja individualidade imediata, entrando em relação com o mundo exterior na forma de individualidades. O ato de posse é uma relação positiva com a vontade em si para si.

A propriedade é essencialmente a propriedade plena e livre, a liberdade da pessoa e a liberdade da propriedade são reconhecidas enquanto princípios gerais do Direito. A

---

<sup>127</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 47.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 48.

Hegel salienta que as regras referentes à propriedade privada podem subordinar as esferas mais elevadas do Direito a um ser coletivo, ao Estado, como acontece com o caráter privado da propriedade de uma pessoa moral.

incapacidade de uma pessoa de ser proprietário ou de dispor livremente de sua propriedade afeta, diretamente, a sua personalidade: tem-se a alienação desta. Assim, quando se aliena todo o tempo de trabalho e a totalidade da produção a outra pessoa, dá-se a esta a propriedade daquilo que se tem enquanto essencial: aliena-se a atividade, a realidade e a personalidade.

## 2.7 Crime como negação da liberdade exteriorizada pelo Direito

A vontade só é liberdade real na medida em que tem uma existência e em que esta existência seja o ser da liberdade. A violência ou coação apresentariam o significado de injustas porque corrompem a si mesmas no seu próprio conceito, como expressão de uma vontade que suprime a expressão da existência de uma vontade. Ora, se a vontade só é liberdade na medida em que tem uma existência, o crime atinge esta existência corrompendo a própria vontade que o constituiu. Para Hegel, um ato que possui o significado de injusto representa uma violência contra a existência da liberdade exteriorizada, ou seja, da liberdade real de um indivíduo.

De acordo com a filosofia hegeliana, em uma conduta considerada crime são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertencer (como a capacidade jurídica) e isso sem que haja mediação da minha opinião.<sup>129</sup> Há aqui a legitimação para a atuação do Direito Penal. Compreende-se, então, que a norma penal se refere imediatamente ao universal e mediadamente ao particular, abrangendo ambos em uma unidade.

O delito significa, portanto, a violação do Direito e de suas determinações. A violação do Direito como Direito possui uma existência positiva exterior e contém a negação. O crime, ao negar o Direito, nega a liberdade que o expressa. Nega a liberdade por meio do Direito. Assim, o crime, por negar as determinações do Direito, acaba por

---

<sup>129</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 85.

Gierhake interpreta o §139 da seguinte forma: Na moralidade se demonstra o lado subjetivo do processo de vontade e da culpa do sujeito individual. A vontade do delincente está centrada em fazer prevalecer a particularidade sobre o universal e em realizá-la por meio de sua conduta. Desse modo, a interioridade do sujeito se dirige contra a razão da universalidade a qual não lhe é alheia – não se opõe a ela – mas que se deve essencialmente a ele como um ser racional. O autor rompe com a universalidade por meio do ato de vontade dirigido pela particularidade. Assim, a autonegação do delito se fundamenta na consciência subjetiva. A superação desta negação reflete o lado moral da pena. Esta representa a necessidade de se manter conforme a universalidade. A essência da pena encontra-se, portanto, na moralidade: o núcleo do processo subjetivo da culpa e da superação por meio da pena. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018.

pertencer ao próprio Direito. Em uma relação que à primeira vista pode parecer contraditória, o crime é reconhecido na condição de direito.

Pois bem, para a concepção hegeliana, a manifestação dessa negatividade do crime em relação ao direito é a negação da violação deste que entra na existência real. A realidade do Direito consiste na necessidade de reconciliar-se consigo mesmo por meio da supressão de sua violação pelo crime e isso ocorre por meio da pena (negação da negação).

A preocupação em responder à negação do Direito pelo crime está na realidade de que o crime, acima de negar o Direito, atinge a liberdade que é expressada pelo Direito. Dessa forma, nega o Direito enquanto determinação da liberdade. A contradição dialética está em contrapor a pena à negação do direito e assim à negação da própria liberdade.

Ressalta-se que a negação do Direito tem existência negativa para a vítima e para a sociedade, mas, no que se refere à vontade particular daquele que pratica o crime, a negação apresenta uma existência positiva. Então, o Direito procura se restabelecer por uma forma que lesione tal existência positiva da vontade para, desse modo, suprimir o crime.

Não se pode legitimar a pena apenas no aspecto de que o crime e a sua supressão (ou seja, a pena) se apresentam como nocivos. Seria irrazoável promover um mal (a pena) só porque um mal já existe (o crime). Dessa forma, Hegel apresenta críticas às teorias da pena fundamentadas na intimidação, na ameaça ou na correção. O que importaria analisar, para se legitimar a pena, é a questão do que é justo e do que é injusto. Por meio de uma consideração objetiva da justiça é que se poderia apreender o princípio e a substância do crime.<sup>130</sup> Portanto, o que interessa a Hegel é saber se a pena é justa em si e para si.

O crime não é considerado enquanto produção de um mal, mas sim como violação de um Direito e da liberdade por ele determinada. Hegel questiona qual é a existência que contém o crime e que tem de ser suprimida. É nesta existência que reside o ponto essencial

---

<sup>130</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.88.

Para Hegel, a pessoa quando comete um delito segue sendo um ser racional que declara a universalidade da máxima que fundamenta seu ato. Logo, se ela diz que esta máxima sua não pode ser contrariada, recai em autocontradição. A segunda legitimação da pena, em Hegel, está no reconhecimento. O autor reduz a vítima e o ordenamento jurídico em meros instrumentos de seu livre arbítrio. O reconhecimento é uma relação condicionada de forma recíproca, o criminoso subtrai a si mesmo do processo de reconhecimento. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 108.

e o verdadeiro mal a ser afastado. Disso surge, a importância dos conceitos, pois, enquanto estes não forem claramente esclarecidos, resulta uma grande confusão na teoria da pena.<sup>131</sup>

O relevante em relação ao conceito de crime refere-se à existência do crime. Em si, o crime não representa um mal, mas sim uma afetação da liberdade de determinação, que é o Direito, essa é a relação entre o crime e o Direito. Como resposta ao questionamento de Hegel, a existência que contém o crime e que tem de ser suprimida é aquela que afeta a própria função do Direito.

A pena perante aquele que praticou a conduta considerada crime constitui seu Direito, pois está inserida em sua vontade existente. Na medida em que o agente exercia sua liberdade ao realizar um crime está implícito neste a liberdade de sofrer a sanção. Esta é a liberdade do Direito de se defender. Ao realizar a violação do Direito, o agente tem o direito à determinação de sua liberdade por meio da pena. A negação do Direito sob o aspecto da determinação da liberdade atribui uma liberdade de determinação através da pena para aquele que o direito negou. Desse modo, ao cometer o crime, o agente viola a determinação da liberdade geral e, ao fazer isso, está implícita a liberdade de violar a determinação de liberdade, recebendo a sanção também como determinação da liberdade; assim, a pena equipara-se ao Direito.

O Direito contempla tanto o aspecto positivo da relação, que é a não violação, como também o aspecto negativo, a pena. Tem-se, então, que o Direito contempla a determinação da liberdade em um sentido positivo e em um sentido negativo. O que contradiz o Direito não é externo, mas está inserido nele mesmo.<sup>132</sup> Por conseguinte, a pessoa, a qual é reconhecida no direito, tem a possibilidade de acesso à sanção na medida em que isso está no próprio Direito. Em suma, compreende-se a relação contraditória entre crime e pena, ambos integrados no Direito, de forma positiva e negativa, em uma condição de igualdade. A identidade entre ambos reside no fato de que o crime se configura na vontade negativa, a qual implica a sua mesma negação que se exprime por meio da pena.

---

<sup>131</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.89.

<sup>132</sup> O sentido subjetivo do delito refere-se à autocorrupção: o *Eu* separa-se do universal. Agora, o sentido objetivo do delito considera que este represente uma traição à sociedade que reconhece as posições de liberdade e a validade legal. O delito e a pena são compreendidos não em sua plena abstração, mas em relação com um direito que é vigente para uma dada comunidade jurídica, um direito já positivado e com as estruturas concretas de sua constituição. As estruturas racionais da sociedade que têm fundamento no sujeito racional são reafirmadas na consciência do indivíduo por meio das relações entre os seres humanos. A liberdade consciente se faz, desse modo, de forma real. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018. p. 502.



A concepção hegeliana salienta a consideração da ideia de valor e de comparabilidade segundo o valor em torno da teoria da pena. Hegel cita, como exemplo, em seu contexto, que a punição do roubo e do assassinio deveriam se dar de formas distintas: o primeiro receberia uma pena pecuniária e o segundo uma pena de prisão, pois são desiguais. Entretanto, quanto ao valor, Hegel pondera que a propriedade comum de ambas as condutas delitivas é comparável, pois são passíveis de constituírem danos. Assim, assevera-se que cumpre à inteligência procurar a aproximação da igualdade de valor.<sup>133</sup> Acrescenta-se, ainda, que se deve conceber a conexão entre o crime e a pena para aperceber-se da ideia do valor e da comparabilidade segundo o valor. Caso contrário, recaia-se na pena propriamente dita, em uma ligação de um mal com uma ação proibida.<sup>134</sup>

Nesse ponto, não se pode concordar com a concepção hegeliana acerca da ideia de valor no que se refere à ligação entre crime e pena, pois apesar de se reconhecer esta importante análise no âmbito da teoria da pena, é necessário, em primeiro lugar, transportar tal ideia de valor e comparabilidade segundo o valor para o âmbito do injusto. Hegel não o fez. Dessa forma, deve-se verificar a comparação do valor que há em um injusto compreendido por uma subtração da vida humana com o consentimento do sujeito sensível, em respeito à sua liberdade de vontade, perante o injusto que abarca uma subtração arbitrária da vida humana. A análise do valor e comparabilidade segundo o valor não pode ser realizada apenas no âmbito da pena, mas sim no âmbito do injusto, de modo a verificar se há igualdade de valores.

Quando se fala em crimes contra a vida, deve-se especificar de qual injusto se fala e qual o valor que se trabalha em seu significado, de modo a não equiparar condutas essencialmente distintas. Em suma: a análise de comparabilidade de valor tem que estar no plano do injusto e não, somente, no plano da consequência jurídica. A compreensão do plano do injusto pode contribuir para o estudo da determinação da liberdade em relação ao ilícito que se realiza.<sup>135</sup> Dessa forma, afirma-se que o pressuposto do delito é o injusto

---

<sup>133</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 92.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> A sociedade burguesa tem uma estrutura liberal ordenada. O Estado é pensado como realidade da vontade substancial, como a realização da liberdade em um sentido absoluto. O delito lesiona não somente a existência imediata do lesionado como também a representação e a consciência da sociedade burguesa referidas à validade das leis. Uma análise qualitativa acerca da gravidade do delito para a sociedade depende no estado real em que se encontra esta sociedade. Assim, o delito conduz ao estado de natureza contrário à razão. Esta é a periculosidade do delito para a sociedade burguesa liberal. Hegel representa uma definição qualitativa a respeito da magnitude do delito no sentido de que quanto mais frágil seja o estado jurídico, mais perigoso é o delito. GIERHAKE, Katrin. Op. Cit. 2017.

penal culpável, sendo a pena sua consequência. A medida da pena é estabelecida, portanto, a partir da graduação conferida ao injusto e à culpabilidade.<sup>136</sup>

Projeta-se esta perspectiva metodológica à interpretação normativa em torno da conduta de homicídio. O conteúdo do injusto penal culpável pode ser definido com o preenchimento de três níveis de análise: o primeiro refere-se à afetação da relação interpessoal (ou seja, lesão à relação jurídica); o segundo, ao significado do injusto diante da constituição jurídica da sociedade e, por fim, o terceiro nível de análise tangencia a verificação quantitativa da contradição consigo mesmo (campo da culpabilidade).<sup>137</sup> A conduta de homicídio cometida de forma arbitrária representa uma afetação à relação interpessoal (interferência no círculo de organização da liberdade alheia), apresenta um sentido negativo à constituição jurídica da sociedade, no sentido de negar o ordenamento jurídico que proibi a conduta de homicídio, e pode demonstrar uma intensa contradição consigo mesmo no sentido do agente negar a racionalidade.

Já no que diz respeito às condutas referentes ao homicídio a pedido, à eutanásia ativa e à participação no suicídio, não parece haver o preenchimento destas três fases do injusto penal culpável: em relação ao comprometimento da relação interpessoal<sup>138</sup> não há uma afetação arbitrária contra a existência da liberdade do outro já que a conduta realizada representa a própria concretização da liberdade de vontade deste outro; no que tange ao significado do injusto para a constituição jurídica da sociedade, esta constituição estrutura-se pelo regime de liberdades pessoais e não poderia reprimir a manifestação concreta de liberdade de vontade do sujeito do sensível; por fim, não há contradição consigo mesmo, mas efetivação da existência da liberdade. Tais condutas não negam a esfera de liberdade

---

<sup>136</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Kurt Seelmann explica que o sujeito como ser racional afirma o caráter universal das máximas que envolvem seus atos. O fato delitivo lesiona a relação de reconhecimento, no sentido hegeliano, e a pena torna-se um meio idôneo e necessário para reestabelecer a relação de reconhecimento. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 114.

Se o reconhecimento é condição da autoconsciência e da interação livre, então, não se pode argumentar contra a necessidade de reconhecimento recíproco sem autocontradição. Se a argumentação está destinada ao bom funcionamento da interação, então requer precisamente o reconhecimento. Se alguém quer rebater o argumento do reconhecimento, se produz uma autocontradição: um reconhece neste momento que o que rebate o faz na medida em que o reconhece. Quem argumenta contra o reconhecimento está pressupondo o reconhecimento na medida em que admite a possibilidade de argumentar e interagir. Esta ideia de autocontradição oferece maior legitimidade do que o argumento contratualista de autocontradição. Ibid., p. 112.

alheia, mas representam uma expressão concreta desta liberdade; portanto, não apresentam um significado de negação ao ordenamento jurídico como exteriorização da liberdade.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Em um nítido caráter hegeliano, Karl Marx aponta que a pena, na condição de restauração do Direito, é qualificada como pena pública (no sentido de não pertencer ao âmbito privado), pois significa o próprio nivelamento do crime com a razão do estado e, portanto, um direito do Estado, mas um direito que este não pode ceder às pessoas privadas, do mesmo modo que um indivíduo não pode ceder a outro a sua consciência. Todo direito do estado contra o criminoso é ao mesmo tempo um direito estatal do próprio delinquente. Sua relação com o Estado não pode ser convertida em uma relação com particulares. Mesmo quando se admitisse ao estado a faculdade de renunciar a seus direitos, isto é, se suicidar, a renúncia ao próprio dever seria sempre não apenas uma negligência, mas um crime. MARX, Karl. **Debate Acerca da Lei Sobre o Furto de Lenha**, Anexo IV, In: EIDT, CELSO. O Estado Racional: Lineamentos do Pensamento Político de Karl Marx nos Artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). Belo Horizonte: UFMG, 1998. Em: [http://www.verinotio.org/di/di4\\_racional.pdf](http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf). Acesso em: ago.2016.



## **CAPÍTULO 3    PERSPECTIVA MATERIALISTA E SUA CRÍTICA AOS CONCEITOS ABSTRATOS DE AUTONOMIA E DE LIBERDADE HUMANA**

### **3.1 Pressupostos metodológicos à crítica da concepção de vida humana irreal e de liberdade abstrata**

A crítica de Karl Marx aos conceitos abstratos de autonomia e liberdade humana é compreendida a partir dos postulados metodológicos do materialismo histórico, o qual se refere à esfera conjunta dos conhecimentos orientados à historicidade: a estrutura do acontecer se liga ao ser.<sup>1</sup> Este caminho metodológico afirma o conjunto do ser social a partir do conhecimento de sua historicidade. Trata-se de determinar o ser em suas premissas históricas.

De acordo com Marcuse, exige-se compreender a própria metodologia da interpretação enquanto problema. Busca-se apreender a localização histórica e o sentido da teoria. Neste sentido, o ser humano é considerado sujeito e objeto da história. Esta unidade é um pressuposto dogmático. O recurso metodológico decompõe a situação fundamental em suas decisivas situações parciais e, a partir da situação concreta histórica, coloca-se a questão cuja pesquisa pretende responder.

A filosofia idealista alemã acaba por despojar o real conteúdo da vida humana de maneira a transformar os indivíduos em algo abstrato.<sup>2</sup> A filosofia marxista construída a partir do método do materialismo histórico apreende a existência humana perante as condições empíricas de vida e constata que a Vida humana, na configuração da sociedade capitalista, se transforma em uma realidade cuja existência se torna desumana.

A filosofia marxista, portanto, demonstra como a existência humana se apresenta corrompida pela estrutura econômica do Capital. Karl Marx, em sua obra “*Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*”, afirma que ser radical significa apreender o objeto pela

---

<sup>1</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 58.

“[...] na situação fundamental marxista trata-se da possibilidade histórica do ato radical a qual deve liberar uma nova realidade necessária enquanto realização do homem total. Seu portador é o homem histórico consciente, seu peculiar campo de ação a história, a qual vem a ser então descoberta enquanto categoria fundamental da existência humana. Assim se comprova o ato radical enquanto unidade histórica.” Ibid., p. 60.

<sup>2</sup> Marcuse considera o materialismo histórico a área conjunta dos conhecimentos do marxismo que se dirige à estrutura da historicidade e às leis do movimento histórico. Ibid.

raiz. Pois bem, a raiz da existência humana se encontra na própria existência humana e a história se transforma em categoria fundamental desta existência.

A essência da existência humana é prática e, como tal, o ser humano é essencialmente histórico. Por conseguinte, a situação da existência humana é histórica e, assim, determinada pelas possibilidades do sujeito concreto.<sup>3</sup> A utilização de conceitos anacrônicos de *vida humana* pela dogmática penal quebra a situação histórica apreendida pelo próprio sujeito. A valoração dogmática que recai sobre o conceito de vida humana deve se referir aos indivíduos reais diante de suas ações concretas e de suas condições materiais de vida. Somente dessa forma pode-se falar em existência humana real, caso contrário, trata-se a vida humana como mera categoria abstrata, distante das condições históricas reais.

O conceito de sujeito histórico se orienta por diversos elementos. Na história da humanidade, verificou-se a necessidade constante de manutenção da existência humana. Ressalta-se que o primeiro obstáculo a tal manutenção diz respeito à produção da própria vida material, por meio dos modos de produção.

A vida material reproduz a vida ideal. “A produção das ideias, das representações, da consciência está de início imediatamente implicada na atividade material e na relação material entre os homens.”<sup>4</sup> O fundamento da sociedade reside em uma realidade material. Sendo assim, o Direito e a Moral estão vinculados ao sujeito concreto diante de uma sociedade concreta.

Neste caminho metodológico<sup>5</sup>, os homens são os produtores das suas representações e de suas ideias. A perspectiva materialista apresenta uma modificação no modo de pensar. Em contraposição ao idealismo filosófico, o qual analisa o sujeito na condição de sujeito abstrato, o materialismo histórico o coloca como sujeito concreto e real. Tal transformação metodológica alcança os conceitos de autonomia, liberdade e vida humana, já que, a partir

---

<sup>3</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Para compreender qualquer fenômeno social é preciso “decompor este todo complexo em suas partes e elementos constituintes, extrair da massa dos aspectos e dos elementos do todo os que são mais importantes, os que são determinantes, procurar e descobrir o que há de essencial e de comum, nos fenômenos, aos aspectos múltiplos e que os reúne em um só todo. A tarefa da análise é de se elevar do singular ao geral, do concreto ao abstrato, do lado imediato ao mediato, do contingente ao necessário, da aparência dos fenômenos à sua lei.” SODRÉ, Nelson Werneck. **Fundamentos do Materialismo Histórico**. Rio de Janeiro: 1968.

Como bem aponta Michael Mialle, aplicar a lógica dialética nos estudos do Direito é destruir com ideias de que o Direito é um domínio prático e técnico em que a dialética não teria lugar. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3 ed., Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 186.

da filosofia materialista, tais conceitos são desenvolvidos a partir do sujeito sensível e de suas condições reais de vida.

Os sujeitos reais e atuantes no processo histórico são condicionados pela evolução das forças produtivas e de suas relações correspondentes. Desse modo, a existência humana determinada historicamente não necessita de impulso transcendente para se efetivar. A história é a atividade do homem concreto e real em busca de seus objetivos.

Define-se sociedade como uma unidade histórica concreta sob o impulso de sua reprodução condicionada às circunstâncias naturais. Se a existência humana e a sociedade são históricas, representam, portanto, uma sucessão de gerações. Cada uma recebe um determinado modo de produção cuja atividade humana em transcurso o modifica. As novas gerações desenvolvem as forças produtivas recebidas de gerações passadas com o objetivo de transmiti-las, modificá-las e, por fim, destruí-las.<sup>6</sup>

O sujeito apenas se torna sujeito histórico quando se reconhece como objeto da história e se conhece em sua situação histórica. A classe social também é considerada como uma unidade histórica, no sentido de demonstrar qual é a posição do sujeito no processo de produção.

A divisão social do trabalho é consequência necessária do desenvolvimento histórico das forças produtivas. A partir do conceito de classe e de divisão do trabalho, Karl Marx desenvolve a ideia de história mundial no sentido de que há uma universal dependência dos indivíduos, em escala global, na sua reprodução. Assim, a existência humana se torna histórica e universal.<sup>7</sup>

A análise do sujeito concreto e real se refere ao sujeito histórico, o qual determina a consciência e suas contribuições como elementos da totalidade histórico-social fundados a partir do ser efetivo histórico. Desse modo, a consciência, na linha aqui analisada, é uma parte da totalidade histórico-social com fundamento no ser concreto histórico e não em puras abstrações, como ocorre na linha filosófica idealista. Ora bem, a análise interpretativa a respeito da vida humana deveria se orientar pelo sujeito efetivo histórico.

O processo de conhecimento é uma contribuição do homem concreto. A existência histórica se realiza no conhecimento de sua própria existência, ou seja, no conhecimento da sua situação histórica e de suas possibilidades.<sup>8</sup> Os conceitos desenvolvidos pelo idealismo

---

<sup>6</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 66.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid., p. 67.

filosófico se separam das esferas da vida concreta e são orientados por uma suposta consciência verdadeira e absoluta. Todavia, a filosofia idealista acaba por transformar relações específicas de um modelo social entre indivíduos determinados em relações sociais de todo e qualquer sujeito. O idealismo explica para si mesmo as ideias que certos indivíduos apresentam sobre suas próprias relações e as transformam em um ideal universal. Projeta, então, esse ideal em suas análises sobre as relações sociais de forma a separar, radicalmente, o homem de seu contexto real.

Os postulados sobre liberdade a partir da filosofia idealista refletem o pensamento incondicional, sem pressupostos a partir da realidade concreta. O sistema moral distancia, a qualquer custo, a consciência do homem sobre sua verdadeira essência. No entanto, destaca-se que a estrutura metodológica tanto da filosofia kantiana quanto da filosofia hegeliana representam as necessidades históricas em cada um de seus momentos.

Em contraposição a ambas, a leitura materialista não separa a análise da sociedade da individualidade. Não se pode conceber essa de forma autonomizada. Tal separação resulta, em termos concretos, em um real sofrimento dos indivíduos, devido ao golpe que se estabelece à própria essência humana. Não é um poder estranho e abstrato que causa a deterioração, ou seja, não é a sociedade como categoria abstrata e sagrada que retira a essência das individualidades, mas os próprios indivíduos devido às formas de relações que estabelecem.

Se liberdade humana é incondicional apenas no sentido de que o ser humano não se permite determinar por elementos fora de si, nem se orientar por impulsos naturais, então a liberdade é uma categoria pura e absoluta, restrita ao campo da fantasia. O sujeito concreto dotado de sentidos reais não se projeta a esta concepção ideal de liberdade. Tal concepção se refere, exclusivamente, ao espírito pensante. Para a filosofia materialista, a noção de liberdade no campo do idealismo é apenas uma forma de encobrir o conhecimento sobre a produção real da individualidade na sociabilidade.

Wilhelm Reich analisa o conceito de sociabilidade, desenvolvido pelo idealismo filosófico, como um conceito vazio de conteúdo. O reconhecimento das individualidades nas relações intersubjetivas e a relevância conferida à sociabilidade são pontos colocados em questionamento quando se observa o contexto histórico do século XX como um século de assassinato em massa. As doutrinas morais e a filosofia idealista defendem que os conceitos apresentam um poder de modificar condições de vida reais, de modo que a criação e a destruição do mundo empírico se configuram a partir dos próprios conceitos.



Reconhecer a essência humana exige como pressuposto a necessidade de se compreender o que é a vida, verdadeiramente, humana. Em termos filosóficos, a compreensão da essência da vida humana se restringe a conceitos que partem das ideias de dignidade humana, qualidade de vida e felicidade. Todavia, perante a perspectiva marxista, a ideia de que há um conflito entre vida humana, liberdade e felicidade é uma mistificação da consciência humana. Não há uma segregação entre tais conceitos, os quais devem ser analisados como uma totalidade. As doutrinas morais que proporcionam essa separação mistificam a própria vida humana.

De acordo com Marx, as afirmações filosóficas que consideram o indivíduo como consciência de si mesmo partem da premissa de que os instintos e as forças dos seres naturais isolados são transformados nos instintos e forças da natureza, os quais se manifestam de maneira natural e isolada, em cada um desses seres. Essa afirmação representa uma mistificação necessária para que se possa produzir a soma desses instintos e forças da natureza à consciência humana.

Desse modo, a autoconsciência do homem é transformada na autoconsciência da natureza dentro dele. Todavia, esta mistificação foi desfeita quando o homem desafiou a natureza, de modo que, se ela encontra nele sua autoconsciência, então ele também busca nela a sua autoconsciência. Este giro metodológico foi denominado, pela filosofia moderna, desenvolvimento e progresso histórico.<sup>9</sup>

Cada vida humana só subsiste e se desenvolve por meio de seu contrário. A luta contra o mundo exterior repousa tão-somente sobre sua interação perante a vida coletiva, por meio da qual a sua natureza constitui uma unidade orgânica do universo. Cada vida individual encontra seu fundamento na vida coletiva. O homem só pode se desenvolver através da vida coletiva.<sup>10</sup>

Critica-se o entendimento da vida coletiva como o desenvolvimento e fruição autoconsciente da *minha* vida, de acordo com a *minha* felicidade. Frente a essa consideração, o tão comentado instinto de autopreservação representa a busca pela minha felicidade, minha liberdade, minha satisfação. Neste sentido, o homem individual se

---

<sup>9</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 456.

<sup>10</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: volume um de A peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 257.

O indivíduo constitui, portanto, o ser social. Dessa forma, a sociedade não representa uma abstração perante o indivíduo. Cada realidade humana é uma realidade histórica. A livre realização do ser humano depende de sua compreensão acerca da situação histórico-social na qual está inserido. MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.

transforma no espelho de toda a sociedade. Todavia, o que não se percebe é que a vida coletiva é a interação das vidas individuais que a compõem. O pensamento marxista critica, portanto, a razão de ser da vida individual de forma confrontada à vida coletiva, de maneira a considerar a sociedade como mero reflexo da natureza individual.

Entretanto, a sociedade capitalista não corresponde nem se organiza conforme a natureza individual. O problema desta concepção reside na questão de que não basta afirmar uma sociedade autônoma e absoluta frente aos indivíduos e em conformidade com a natureza destes, pois tal exigência, na verdade, depende das condições reais de vida previamente dadas.<sup>11</sup>

A postulação referida à sociedade pelo indivíduo é deduzida da relação entre as pessoas metafísicas como tentativa de conciliar individualidade e universalidade, e não do desenvolvimento real da sociedade. A transformação das condições reais de vida humana exige a transformação dos próprios indivíduos.

Há um equívoco em considerar que o direito à vida está baseado na consciência da natureza humana comum a todos, ou seja, que tal direito repousa em um sentimento de afinidade comum e em uma unidade humana natural. Na perspectiva tradicional, o direito à vida é produto da essência do homem como unidade humana natural enquanto, na perspectiva materialista, esse direito é um produto histórico. Critica-se tal pensamento sobre a unidade humana natural, pois, a partir desta mesma afinidade natural, registrou-se uma história de desigualdades sociais.

Dessa forma, a afinidade humana natural é um produto histórico diariamente remodelado pelos indivíduos concretos. O direito à vida como pertencente à coletividade devido ao sentimento de afinidade humana sempre foi considerado como racional e natural, por mais desumanas e antinaturais que se apresentassem as condições reais de vida.

As condições materiais de vida sob as quais muitos indivíduos vivem representam as verdadeiras coações externas à natureza humana individual, de maneira muito mais intensa

---

<sup>11</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 459. Os elementos fundantes de uma concepção materialista da história referem-se à produtividade, às necessidades, às relações sociais, à consciência e à divisão social do trabalho. A partir da análise de tais elementos considere-se o Direito como um processo histórico, ou melhor, um produto da história. Na hipótese de se afirmar que a história da humanidade deve ser estudada e elaborada sempre em conexão com a história das relações materiais de produção, então, a análise a respeito da estruturação normativa dos crimes contra a vida também não pode ser isolada dessas relações concretas. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Elementos fundamentais de uma concepção materialista da história**. In: O leitor de Marx. José Paulo Netto (Org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

do que a coerção estatal, política e jurídica. Em todas as épocas históricas, a natureza interior dos homens e a consciência em relação a ela - o campo da razão - são produtos históricos.

Avalia-se, nesta pesquisa, que os caminhos metodológicos apontados nos capítulos anteriores e que se refletem de sobremaneira na construção filosófica do direito penal, principalmente diante da análise do direito à vida, representam a tentativa metafísica de impedir uma orientação a partir da constatação real. Transfere-se o direito à vida a pura abstração filosófica, pois se parte de uma construção conceitual metafísica sobre sujeito ideal e liberdade abstrata. A relação idealizada entre individualidade e sociabilidade, assim como a consideração da sociedade como algo abstrato se refletem no discurso jurídico-penal que fundamenta a afirmativa de que o direito à vida pertence à coletividade.

A interpretação normativa acerca da vida humana construída a partir de uma concepção pura e abstrata da natureza humana é definida de um modo que tanto se aplica quanto não se aplica a todos os estágios do desenvolvimento do próprio direito à vida. Para se demonstrar a necessidade da tutela penal da vida humana, a qualquer custo, parte-se de uma manifestação concreta – a necessidade de proteção da vida em sociedade – de maneira a presumir que a vida individual deve proporcionar fruição em cada uma de suas manifestações e se conclui que a vida deve fazer isso também em relação à coletividade. Há, assim, uma análise sobre a vida humana de forma puramente abstrata, mecânica e instrumental que não leva em consideração o sujeito efetivo.

Nesse sentido, propõe-se uma (re)orientação filosófica que aponte a uma nova racionalidade jurídico-penal para se interpretar o direito à vida a partir da constatação do sujeito efetivo em uma dada situação histórica. Todavia, esta (re)orientação somente se efetivará mediante modificações empíricas no que tange às condições reais de vida perante a sociedade brasileira. A (re)orientação filosófica no campo normativo-penal depende de uma (re)modelação da própria organização social no sentido desta ser estruturada a partir da concretização das liberdades pessoais e não mais a partir da repressão a estas. Assim sendo, constata-se que a interpretação normativa acerca da vida humana vincula-se, em sua essência, à própria consideração de liberdade.

### *3.1.1 Fenomenologia do Materialismo Histórico*

A problemática inicia-se com a análise perante a relação entre sujeito efetivo e realidade concreta. “A existência é, por essência, atual existência concreta numa

determinada situação histórica e, como tal, determinada por seu ser, por dados materiais, concretos e demonstráveis.”<sup>12</sup> A partir dessa leitura, aponta-se a ligação entre existência e mundo conforme o *ser*. A existência não é uma categoria abstrata e por isso deve ser compreendida frente ao *ser social* (ser-no-mundo), de maneira a ser encontrada em suas relações com o mundo e em torno do mundo perante o qual a existência se apresenta de forma concreta. Dessa forma, “o *ser-no-mundo* da existência significa o lançamento do ser numa *concreta-histórica circunstância* com-o-mundo e em-torno-do-mundo de modo que a existência se determina e se desenvolve atualmente a partir de tal mundo.”<sup>13</sup>

Há, a partir desses pressupostos, a noção de existência humana concreta e histórica compreendida conforme o seu mundo. A existência como ser-no-mundo é sempre material, espiritual, econômica e ideológica.<sup>14</sup>

As objetividades fundam-se materialmente conforme o ser, de modo a se basearem em sua existência enquanto pressupostos históricos sobre objetividades materiais concretas históricas. Por ideologia, compreende-se a área conjunta das objetividades ideais e demonstráveis na concreta totalidade de uma real existência histórica.<sup>15</sup>

Assim, as ideias não se referem à existência abstrata individual, mas à concreta unidade histórica que é a sociedade. Neste sentido, não seria a pessoa individual, propriamente dita, a unidade histórica da existência. Esta é a sociedade.

De acordo com a concepção de Marcuse, a sociedade é a unidade histórica da existência e representa uma multiplicidade de existências. A existência individual é somente uma parte da sociedade histórica. A cada existência individual concreta e histórica compete um espaço vital concreto e histórico.<sup>16</sup> Desse modo, a partir da existência efetua-se possibilidades de produção e reprodução. O espaço vital é o limite da existência individual concreta e histórica.

A essência humana somente é preenchida quando se apreende, de maneira plena, a sua existência real. Essa é a essência do homem. Portanto, a primeira preocupação do ser humano refere-se à sua existência no sentido de manutenção do seu ser no mundo. Esta preocupação aparece como *necessidade existencial*: o conjunto dos provimentos tendo

---

<sup>12</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 84.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid., p. 86.

<sup>15</sup> Ibid., p. 87.

<sup>16</sup> Ibid., p. 88.

como meta seu alcance enquanto economia.<sup>17</sup> As necessidades existenciais primárias são aquelas dirigidas à subsistência, formação e manutenção do seu ser. O conjunto dessas necessidades alcança o sentido da produção e reprodução social.

Por isso, a base histórica constitutiva é o modo de produção compreendido como expressão das necessidades existenciais de uma sociedade no movimento histórico. Ao lado da área econômica, encontram-se as áreas ideológicas de modo que uma não se sobrepõe a outra, sob pena de um desvirtuamento da própria dialética. A existência no sentido de histórico *ser-no-mundo* abrange, em uma unidade, o espírito e a matéria, a consciência e o ser.

Logo, a sociedade histórica constitui-se a partir do modo de produção correspondente ao seu lançamento, ou seja, em sua maneira de prover o espaço vital conforme suas necessidades existenciais.<sup>18</sup> Porém, frente a essa unidade histórica há diferenciações em relação às necessidades existenciais, ainda mais perante o tema de divisão do trabalho. O espaço vital é dividido em diversas camadas a depender de sua posição no processo de produção. Estas camadas são portadoras do movimento histórico. Em última instância e diante da complexidade destas diferenciações dentro de um mesmo espaço vital, expõe-se que a formação de classes passa a ser considerada, cada uma em si, uma unidade histórica, pois elas se constituem por meio do método primário da existência histórica: o modo de produção.

O espaço vital e suas diferenciações estão em constante movimento histórico. As transformações históricas não são simplesmente mudanças de localização. São notadamente mudanças de sentido e significação. O movimento histórico modifica o sentido dos objetos por ele aprendidos e visa a uma necessária transformação.

O conceito de necessidade histórica é posto como um caráter essencial da própria existência histórica. Necessidade é ato necessário da existência histórica.<sup>19</sup> O problema reside nos contextos em que o espaço vital repele a existência na circunstância provida de maneira à autonomizá-la, perante um mundo inflexível, o qual manteve a existência presa à “indissolubilidade de uma lei natural e lhe prescreveu sua posição.”<sup>20</sup> Compreende-se que

---

<sup>17</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 89.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 93.

“o espaço vital não se ordenou unitariamente às necessidades existenciais da sociedade e sim que estas se cindiram e perderam, assim, o domínio sobre a sua própria existência.”<sup>21</sup>

Marcuse aponta que a Filosofia burguesa está enraizada conforme a objetividade, de modo a se colocar como independente da existência, pois, ao proclamar uma constituição do mundo em existência a ser inclusa na consciência individual realiza uma tentativa de distanciamento à modificação concreta. A sociedade burguesa se vê em seu próprio passado histórico e em seu lançamento contra o perecimento de uma antiga sociedade e percebe que ela mesma pode ter seu próprio perecimento necessário.<sup>22</sup>

O ser social é o portador da mobilidade histórica e de seu modo de produção. A mobilidade da história comporta o acontecer da existência humana e evidencia a necessidade de modificação da realidade de existência desumana do modo de produção capitalista. Cada nova realidade pressupõe uma nova existência. A práxis é posta como atitude criadora da existência humana. A percepção do novo acontecer se encontra a partir da necessidade de se colocar contra uma existência tornada insuportável.

### **3.2 Crítica de Karl Marx à relação hegeliana entre Estado, Sociedade e Direito**

No capítulo sobre a Filosofia do Direito de Hegel, analisou-se que a família e a sociedade civil são apreendidas como esferas conceituais do Estado, como sua finitude. A partir da idealidade destas esferas, o Estado se torna Espírito real. Pois bem, a crítica de Marx consiste na observação de que a empiria ordinária não tem como lei o seu próprio espírito, mas um espírito estranho e, ao contrário, a Ideia real apresenta como sua existência não uma realidade desenvolvida a partir dela mesma, mas a empiria ordinária, comum.<sup>23</sup>

Em outras palavras, a Ideia é subjetivada e a relação real da família e da sociedade com o Estado é apreendida como sua atividade interna imaginária. Ao contrário de Hegel, Marx assevera que as esferas da família e da sociedade civil são pressupostos do Estado; elas são os elementos propriamente ativos que, na especulação hegeliana, aparecem de forma invertida. No entanto, se a Ideia é subjetivada, os sujeitos reais que compõem a

---

<sup>21</sup> Tem-se, aqui, o que Marx denominou de coisificação, reificação, alienação.

<sup>22</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.

<sup>23</sup> MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 30.

família e sociedade civil se convertem em meros momentos objetivos da Ideia, ou seja, tornam-se irreais e com outro significado.<sup>24</sup>

Assim, quando Hegel estabelece a relação universal entre *liberdade e necessidade* – relação, esta, que caracteriza a passagem da família e da sociedade civil ao Estado – o faz em busca de determinações abstratas para enquadrá-las às determinações singulares concretas. Por conseguinte, Hegel transforma a Ideia em sujeito e o sujeito real em mero desenvolvimento daquela. Na concepção de Marx, a Ideia deveria ser desenvolvida a partir das distinções sociais reais e dos sujeitos efetivos que compõem a sociedade.<sup>25</sup> Logo, a Ideia se torna o predicado no sentido de que é desenvolvida a partir da realidade objetiva.<sup>26</sup>

No pensamento hegeliano, os sujeitos reais são reduzidos a simples desenvolvimentos da Ideia, de modo que haja apenas uma aparência de conhecimento real, pois os sujeitos reais permanecem incompreendidos, visto que não são determinações apreendidas em sua essência específica.<sup>27</sup> O sujeito real, em Hegel, é determinado pela natureza do conceito abstrato.

Marx afirma que Hegel não avançou um passo sequer no conceito universal da Ideia, pois se restringiu ao desenvolvimento de um conteúdo a ser aplicado ao conceito que se tornou mera aparência.<sup>28</sup> Não desenvolveu seu pensamento a partir do objeto, mas desenvolve o objeto segundo um pensamento concebido na esfera abstrata da lógica.<sup>29</sup> Desse modo, Hegel necessita mistificar o objeto.

<sup>24</sup> MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 30.

<sup>25</sup> O §267 dispõe que a política do Estado é a sua substância subjetiva enquanto que a constituição política constitui a sua substância objetiva. Nesta previsão, Marx observa que ocorre uma inversão: se faz da Ideia o sujeito e do sujeito o predicado. A constituição política é posta como o organismo do Estado. Este organismo é a Ideia em suas distinções e em sua realidade objetiva. Todavia, para Marx, o desenvolvimento do Estado e de suas distinções refletidas na constituição política é um desenvolvimento orgânico. O pressuposto (o sujeito) refere-se às distinções reais ou os diferentes lados de uma constituição política. O predicado é a sua determinação como orgânico.

<sup>26</sup> “O texto de Marx não privilegia o ato metodológico de inverter sujeitos e predicados, mas concentra-se na crítica aos pressupostos ontológicos que produzem essa inversão. O que Marx denuncia como o mistério da especulação hegeliana é a *ontologização* da Ideia, com a conseqüente *desontologização* da realidade empírica.” ENDERLE, Rubens. Apresentação à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel. In.: MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 19.

Em Hegel, família e sociedade civil são produzidas pela Ideia de Estado. O verdadeiro sujeito torna-se predicado do predicado: o conteúdo concreto, a determinação real, aparece como formal; a forma inteiramente abstrata de determinação aparece como o conteúdo concreto. A inversão determinativa entre sujeito e predicado é a inversão ontológica entre a determinação real (conteúdo concreto – campo do *ser*) e a determinação ideal (ideia abstrata – campo do *pensamento*). Em Hegel, o pensamento é o ser, e o ser é predicado. Ao contrário, o ser deveria ser o sujeito, o pensamento o predicado. Denuncia à falsidade da determinação ontológica. À ideia abstrata é atribuída a qualidade de ser enquanto que ao ser concreto é atribuída a abstração. ENDERLE, Rubens. Op. Cit., 2010. p.19- 20.

<sup>27</sup> MARX, Karl. Op.Cit., p. 34.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid., p. 36.

Se o objeto não é determinado por sua própria natureza, então, passa a ser determinado por uma natureza estranha. A natureza do conceito se refere a abstrações e a mistificações em torno do objeto. Logo, a necessidade não é extraída de sua própria essência e, por isso, torna-se mera aparência.

A mesma análise pode ser refletiva à finalidade do Estado como sendo o interesse universal. Para Hegel, a partir desta finalidade, o Estado se torna o Espírito real. A finalidade compreendida como o interesse universal é a condição de sua própria existência. Compreende-se que a realidade abstrata do Estado – a sua substancialidade – é a necessidade na medida em que o fim do Estado e a existência do todo só se realizam na existência dos poderes distintos do Estado.<sup>30</sup>

A compreensão de Hegel sobre o Estado demonstra a colocação da realidade abstrata, da necessidade e da substancialidade como sujeito. Todavia, Marx alerta de que todas essas categorias partem da lógica abstrata. Afirma que se Hegel tivesse partido do espírito real, o fim universal seria o seu conteúdo e os diferentes poderes representariam a sua realização, ou seja, a sua existência real cuja determinação teria sido desenvolvida precisamente a partir da natureza de seu fim. No entanto, ao partir da Ideia e ao colocá-la como essência real, o sujeito efetivo aparece apenas como o último predicado do predicado abstrato.<sup>31</sup>

Portanto, em Hegel, o fim do Estado é mistificado porque é posto como modo de existência da substancialidade. O conteúdo concreto, a determinação real, aparece como formal enquanto que a forma abstrata de determinação aparece como o conteúdo concreto. A essência das determinações do Estado é colocada como determinações lógico-metafísicas em suas formas mais abstratas. Não se procura concretizar o pensamento nas determinações políticas, mas, ao contrário, que as determinações políticas se dissolvam no pensamento abstrato. Não se trata, assim, da lógica da coisa, pois esta lógica não determina a demonstração do Estado, mas este é que condiciona a demonstração da lógica.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 37.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 39.

No §12, Hegel estabelece que a vontade efetiva, individual, é o poder soberano. Marx critica tal colocação da seguinte forma: “É, por isso, ridículo quando Hegel diz: as funções e atividades particulares do Estado estão unidas à sua personalidade particular como tal de uma maneira exterior e accidental. Estas estão, antes, unidas ao indivíduo mediante um vínculo substancial, por uma qualidade essencial do indivíduo. Elas são a ação natural da sua qualidade essencial. Esse disparate advém do fato de Hegel conceber as funções e atividades estatais abstratamente, para si e, por isso, em oposição à individualidade particular; mas ele esquece que tanto a individualidade particular como as funções e atividades são funções humanas; ele esquece que a essência da personalidade particular não é a sua barba, seu sangue,



Em resumo, para Hegel, a constituição política é racional na medida em que seus momentos podem ser dissolvidos em momentos lógico-abstratos. Trata-se da razão lógico-abstrata. Em contraposição, para Marx, a determinação da constituição deveria acompanhar o homem real. O ser humano efetivo é posto como o princípio norteador da constituição política e do Estado.<sup>33</sup> Este age, em sua realidade, por intermédio dos indivíduos concretos, reais, efetivos. O ser humano é a essência do Estado.<sup>34</sup>

### 3.3 Crítica de Karl Marx ao conceito hegeliano de subjetividade e ao conceito de pessoa moral em detrimento do sujeito empírico

Destaca-se que Hegel precisou desenvolver uma forma de deixar o Estado subjetivar-se de maneira mística porque não colocou como ponto de partida os sujeitos reais, efetivos.<sup>35</sup> Para Hegel, a subjetividade e a personalidade são colocadas como sujeitos determinantes do predicado. A subjetividade é uma determinação do sujeito enquanto a personalidade é uma determinação da pessoa. Marx defende que esta consideração sobre subjetividade e personalidade é uma mistificação, pois Hegel autonomiza os predicados e os transforma, de forma irreal, em sujeitos.<sup>36</sup>

O sujeito deve determinar a existência do predicado. Portanto, o sujeito é a existência da subjetividade. Hegel separa os predicados de sua autonomia real: o próprio sujeito. O sujeito real aparece apenas como resultado, sendo que, ao contrário, deveria ser o ponto de partida, assim como sua objetivação. Essa inversão é efetivada por Hegel ao passo que considera as determinações dos predicados como sujeitos em vez de partir do ente real, do sujeito efetivo. Logo, Hegel transforma o sujeito real em mera abstração. Nas palavras de Marx, apenas a Ideia mística consegue sustentar tal raciocínio.<sup>37</sup>

---

seu físico abstrato, mas sim a sua qualidade social, e que as funções estatais são apenas modos de existência e de atividades das qualidades sociais do homem. Compreende-se, portanto, que os indivíduos, na medida em que estão investidos de funções e poderes estatais, são considerados segundo suas qualidades sociais e não segundo suas qualidades privadas.” MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 42.

<sup>33</sup> Na Filosofia do Direito, o Estado realiza o seu conceito quando suprassume os estágios abstratos da família e da sociedade civil de modo a alcançar sua unidade como universal concreto. Hegel compreende a constituição como produto do espírito do povo, conjunto de determinações fundamentais da vontade racional. Embora afirme tratar da constituição como universal, Hegel a desenvolve como um particular. O povo transforma-se em uma parte da constituição enquanto que para Marx o homem é o próprio princípio da constituição. Ibid., p.22.

<sup>34</sup> Ibid., p. 47.

<sup>35</sup> Ibid., p. 44.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid., p. 46.

Interpreta-se que, para Hegel, o racional consiste nos momentos do conceito abstrato e, portanto, a razão não se relaciona com a realidade alcançada pela pessoa real. Em contrapartida, Marx defende que o povo é o Estado real. Logo, o Estado é abstrato enquanto o povo é concreto. Hegel inverte tal pensamento e atribui uma qualidade viva ao abstrato.<sup>38</sup> O ponto de partida hegeliano é o Estado mistificado enquanto o ser humano real é transformado em Estado subjetivado. Ao contrário, Marx centraliza-se no sujeito real e transforma o Estado em sujeito objetivado: “O homem não existe em razão da lei, mas a lei existe em razão do homem,”<sup>39</sup>

Marx observa que esta abstração que recai sobre a vida privada é resultado da configuração da sociedade moderna já que o Estado e a política são produtos modernos. A característica apontada ao Estado Moderno é o desenvolvimento da constituição política como uma realidade particular ao lado da vida real dos sujeitos efetivos. Desse modo, Marx considera que Hegel não demonstrou nada senão o óbvio, a saber, que a subjetividade existe apenas como indivíduo corpóreo.<sup>40</sup>

A abstração que Hegel concede à sociedade civil e à família, no sentido de considerar tais instituições como momentos do Conceito que alcançam a realidade por meio do Estado, é a mesma abstração que concede em relação à pessoa moral. A personalidade aparece de forma meramente abstrata. Hegel não concebe a pessoa moral como a realização da pessoa real, empírica, mas como pessoa real que tem nela, porém, o

De acordo com Marx, Hegel não deveria surpreender-se com o fato de que a pessoa real – e as pessoas fazem o Estado – reapareça em toda parte como a essência do Estado. Ele deveria, antes, surpreender-se com o contrário, com o fato de que a pessoa, como pessoa do Estado, reapareça sob uma abstração tão pobre como a pessoa do direito privado. MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 46.

A personalidade, sem a pessoa, é certamente apenas uma abstração; mas a pessoa só é a ideia real da personalidade em sua existência genérica, como as pessoas. Ibid., p. 47.

<sup>38</sup> A constituição, na Democracia, não é somente em si segundo a essência, mas segundo a existência, segundo a realidade, em seu fundamento real, o homem real, o povo real. A constituição é obra própria deste último. É o produto livre do homem. A existência é um momento da existência do povo e a constituição política não forma por si mesmo o Estado. Ibid., p. 50.

<sup>39</sup> Do mesmo modo, Marx transfere esta análise para a religião: “a religião não cria o homem, mas o homem cria a religião, assim também não é a constituição que cria o povo, mas o povo a constituição. [...] O cristianismo é a religião, a essência da religião, o homem deificado como uma religião particular. A democracia é a essência de toda constituição política, o homem socializado como uma constituição particular; ela se relaciona com as demais constituições como o gênero com suas espécies, mas o próprio gênero aparece, aqui, como existência e, com isso, uma espécie particular em face das existências que não contradizem a essência.” Ibid., p. 50.

<sup>40</sup> Ibid., p. 54.

“Eis o sujeito: a autodeterminação da vontade, o Conceito; é a essência da vontade, como Sujeito místico, que determina; não é um querer real, individual, consciente; é a abstração da vontade, que se transforma numa existência natural; a Ideia pura, que se encarna em um indivíduo.”

momento da personalidade apenas abstratamente. Por isso, para Hegel não é a pessoa real que se converte em Estado, mas é o Estado que se converte em pessoa real.<sup>41</sup>

A partir dessa abstração, compreende-se que o Estado não é construído como uma realidade que envolve a pessoa moral, ou seja, a mais elevada realidade social do homem. Em Hegel, transforma-se um único homem empírico - o príncipe - em realidade do Estado.<sup>42</sup> Por conseguinte, a existência humana real é ocultada de maneira acrítica, pois não se trata de trazer “a existência empírica à sua verdade mas, antes, de trazer a verdade a uma existência empírica, de tal modo que aquilo que se encontra mais próximo é desenvolvido como um momento real da Ideia.”<sup>43</sup>

No desenvolvimento da família, da sociedade civil e do Estado afirmam-se modos sociais de existência do sujeito real, sendo que tais modos são realizações e objetivações de seu ser. Assim, família, sociedade civil e Estado são qualidades inerentes a um sujeito. “O homem permanece sempre como o ser de todos esses seres; estes, no entanto, aparecem também como sua universalidade real e, assim, como o comum.”<sup>44</sup> Hegel transforma a família, a sociedade civil e o Estado em determinações da Ideia. A substância é posta como sujeito; logo, estas determinações necessitam assumir uma realidade empírica. Trata-se de uma alegoria abstrata que procura atribuir a uma existência empírica o significado da Ideia realizada. Nas palavras de Marx, torna-se evidente que estes receptáculos completaram sua determinação tão logo se tornaram uma incorporação determinada de um momento da vida da Ideia.<sup>45</sup> Em suma, a vida real aparece desprovida de conteúdo, pois é substituída pela vida imaginária e esta é transformada em essência.

Para além da separação entre Estado e sociedade, Marx observa que Hegel alcança uma oposição entre ambos e a consolida. O Estado é posto como algo externo à sociedade

---

<sup>41</sup> MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 58.

<sup>42</sup> Ibid., p. 58.

Para Marx, Hegel estabelece uma falsa identidade entre *natureza* e *espírito*. “Eu sou humano por nascimento, sem o consentimento da sociedade; mas é apenas por meio do consentimento social que esse nascimento determinado se torna nascimento de um par ou de um rei. Somente o consentimento faz do nascimento dessa pessoa o nascimento de um rei; assim, é o consenso e não o nascimento que faz o rei. Se é o nascimento diferentemente das outras determinações, que dá imediatamente ao homem uma posição, então é seu corpo que faz dele funcionário social determinado. Seu corpo é seu direito social. Nesse sistema, a dignidade corporal do homem ou a dignidade do corpo humano aparece de modo que as dignidades determinadas e, em verdade, as mais altas dignidades sociais, são as dignidades de corpos determinados, predestinados por nascimento. Por isso, é natural, na nobreza, o orgulho do sangue, da ascendência, em suma, da biografia de seu corpo; e é naturalmente essa concepção zoológica que tem na heráldica a sua ciência correspondente.” Ibid., p. 121.

<sup>43</sup> Ibid., p. 59.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid.

civil (no sentido de algo estranho, para além do ser da sociedade) e esta segregação é absorvida pelo sistema jurídico. Após consolidar esta oposição, no §295, Hegel procura reestabelecer uma relação de identidade entre Estado e sociedade. Todavia, para Marx, esta identidade não se tornou, realmente, efetiva na concepção hegeliana, pois o problema central continua a ser a tentativa de medir o existente a partir da Ideia.

Esta abstração atinge a consideração hegeliana sobre a liberdade. O Estado, para Hegel, é a suprema existência da liberdade, a existência da razão autoconsciente. Como consequência, o Estado é posto como a representação do Espírito livre, mas, devido à abstração relegada ao Estado, acaba por transformá-lo em uma oposição à liberdade real. Segundo Marx, Hegel quer no Estado a realização da vontade livre! Separa-se conteúdo - *ser em si* - e forma - *ser para si*. A forma não apresenta o conteúdo real como seu próprio conteúdo.<sup>46</sup>

Desse modo, a liberdade subjetiva, em Hegel, é liberdade formal porque ele não apreende a liberdade objetiva como realização da liberdade subjetiva. Ocorre uma mistificação em torno do conteúdo real da liberdade ao passo que o sujeito real portador desta liberdade recebe um significado meramente formal. “A separação do em si e do para si, da substância e do sujeito, é misticismo abstrato.”<sup>47</sup>

A Filosofia do Direito de Hegel, como reflexo do Estado Moderno, transforma a realidade consciente e verdadeira em aspecto formal. Marx salienta que não se deve condenar Hegel, pois ele simplesmente descreve a realidade do Estado moderno como ela é. O equívoco é considerar esta descrição como essência do Estado. “Que o racional é real, isso se revela precisamente em contradição com a realidade irracional, que, por toda parte, é o contrário do que afirma ser e afirma ser o contrário do que é.”<sup>48</sup>

A separação entre a vida política e a vida social é uma realidade do Estado Moderno descrita por Hegel. Exprime uma consequência da sociedade moderna, pois nesta o elemento político é a expressão fática da relação real entre Estado e sociedade, isto é, a própria separação. Hegel apreende esta separação que existe entre sociedade civil e sociedade política e a compreende em uma relação de contradição. Marx critica o

---

<sup>46</sup> MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 80

Víctor Gabriel Rodríguez apresenta uma crítica à leitura de Karl Marx sobre o conceito de liberdade em Hegel. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

<sup>48</sup> MARX, Karl. *Op. Cit.*, p. 81.

posicionamento passivo de Hegel o qual se contenta com a aparente solução conferida a tal oposição.

Ocorre que, se a sociedade civil e o Estado se apresentam separados em uma relação de contradição, esta se reflete no próprio indivíduo. O cidadão do Estado está separado do sujeito membro da sociedade civil de forma a se exigir uma ruptura essencial consigo mesmo. O sujeito real se encontra ora em sua determinação transcendente e ora em sua determinação social.

Assim sendo, o sujeito efetivo para se comportar na qualidade de cidadão real do Estado deve abandonar sua realidade social. O sujeito é abstraído de sua realidade concreta. A única existência que ele encontra para a sua qualidade de cidadão do Estado é a sua individualidade, pois a existência do Estado independe dele e sua existência na sociedade civil independe do Estado. Trata-se de uma existência puramente individual que se encontra fora de sua existência comunitária.<sup>49</sup>

Em suma, a separação entre sociedade civil e Estado político resulta na abstração, por parte do sujeito, de sua própria realidade empírica, efetiva. Transforma-se o sujeito em um ser totalmente indiferente à realidade.

Ao analisar o Estado político como abstração da família e da sociedade civil, Hegel não suprime o estranhamento, pois esta separação não é um ato de criação de pensamento, ao contrário, representa uma constatação real existente na configuração da sociedade moderna.<sup>50</sup>

Da mesma forma que a sociedade civil se separa da sociedade política, ela se distingue, em si mesma, a partir de posições sociais frente às quais as relações sociais se edificam. Neste contexto, o indivíduo é transformado em ser social e, assim, se manifesta em sua determinação humana.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 95.

<sup>50</sup> “[...] assim como os cristãos são iguais no céu e desiguais na terra, também os membros singulares do povo são iguais no céu de seu mundo político e desiguais na existência terrena da sociedade. [...] Somente a Revolução Francesa completou a transformação dos estamentos políticos em sociais, ou seja, fez das distinções estamentais da sociedade civil simples distinções sociais, distinções da vida privada, sem qualquer significado na vida política. A separação da vida política e da sociedade civil foi, assim, consumada.” Ibid., p. 97.

<sup>51</sup> Ibid., p. 98.

“Se se parte da sociedade civil como a sociedade política real, tem-se que toda função é representativa: o sapateiro é meu representante na medida em que satisfaz uma necessidade social, assim como toda atividade social determinada enquanto atividade genérica, representa simplesmente o gênero, isto é, uma determinação de minha própria essência, assim como todo homem é representante de outro homem. Ele é representante não por meio de uma outra coisa, que ele representa, mas por aquilo que ele é e faz.” Ibid., p.134.

A sociedade civil, em sua organização moderna, é o princípio realizado do individualismo. Trata-se da existência individual como fim último, sendo que a atividade produtiva e o trabalho são colocados como meios para se atingir tal finalidade. Por conseguinte, a configuração da sociedade moderna separa do sujeito o seu ser objetivo e não apreende o conteúdo real do ser humano como sua verdadeira realidade. Essa abstração conferida ao sujeito retira seu significado a partir de sua autodeterminação e lhe confere uma determinação aleatória.

O sujeito sensível, real, empírico, nas diversas determinações de seu ser, permanece igual a si mesmo; ele não perde sua identidade. Contudo, na análise de Hegel, o homem não é o sujeito real, mas se transforma em uma categoria abstrata e se torna somente um predicado da Ideia.<sup>52</sup>

De acordo com Marx, a moralidade desenvolvida por Hegel é a existência ilusória da subjetividade abstrata. A própria separação do Estado em relação à moral é uma separação moral. Segundo Marx, é mérito de Hegel, ainda que de forma inconsciente sob o aspecto de considerar o Estado uma Ideia real da eticidade, ter apontado à moral moderna o seu verdadeiro lugar. Entretanto, Hegel se contenta com o fato de que, no Estado – que ele apresenta como a existência autoconsciente do sujeito ético – esse espírito ético seja determinante apenas em si, segundo a Ideia universal. Ele não deixa que a sociedade se torne o determinante real, pois para isso é necessário um sujeito real e ele possui apenas um sujeito abstrato oriundo da imaginação.

### **3.4 Crítica de Karl Marx à relação hegeliana entre o conceito de propriedade privada e a vontade livre em si e para si**

O Estado político além de conferir existência à essência da propriedade privada interfere para que esta alcance a suprema forma de existência ética. Desse modo, a análise abstrata das relações de propriedade privada é refletida no conceito de liberdade e sua relação com o Direito. A propriedade se torna o sujeito da vontade e, a vontade, mero predicado da propriedade privada.<sup>53</sup>

A disposição e a alienação da propriedade privada são permitidas pelo Direito, pois a vontade individual é posta na propriedade. Todavia, para Hegel, não se permite a alienação

---

<sup>52</sup> MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 99.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 116.

em relação aos bens ou às determinações substanciais que constituem a minha pessoa e a essência universal da minha autoconsciência, bem como minha personalidade em geral, meu livre-arbítrio universal, minha eticidade, minha religião.<sup>54</sup>

Verifica-se uma constatação lógica a qual retrata que, onde a propriedade privada é inalienável, a livre disposição sobre algo exterior e a eticidade tornam-se alienáveis. Desse modo, para Marx, a inalienabilidade da propriedade privada é, ao mesmo tempo, a alienabilidade do livre-arbítrio universal e da eticidade. “A propriedade não é mais, aqui, na medida em que eu ponha nela a minha vontade, mas minha vontade é na medida em que esteja posta na propriedade. Aqui, minha vontade não possui, mas é possuída.”<sup>55</sup> Observa-se que a suposta humanização da propriedade privada se transforma em debilidade humana.

Em Hegel, a existência como ser determinado apresenta sua essência perante o ser para com o outro. A propriedade privada como existência de algo externo se encontra em conexão com outras exterioridades e, a partir desta conexão, verifica-se uma relação de necessidade. Agora, a propriedade como existência da vontade aparece para o outro somente quando é vontade de outra pessoa. Nesta relação, a vontade confere existência à liberdade. Tal mediação é conferida pela propriedade não somente como relação entre algo externo e minha vontade subjetiva, mas como mediação entre a minha vontade e a vontade do outro de modo a se alcançar a vontade comum.

Ora bem, esta concepção acerca da propriedade privada como meio de exteriorização da liberdade simplesmente descreve uma constatação empírica: a dependência do homem em relação ao homem. Essa dependência se configura em si e para si, ela é humana.<sup>56</sup>

### 3.5 A não apreensão do ser sensível e o estranhamento da consciência-de-si

A partir da análise acerca da *Fenomenologia do Espírito*, Marx explica que Hegel parte da abstração absoluta, suprassume tal abstração e, por conseguinte, restabelece novamente a abstração. Na medida em que apreende a *negação da negação* – conforme a relação positiva que nela reside, como única e verdadeiramente positiva, e conforme a

<sup>54</sup> MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 117.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Ibid., p. 118.

O Estado como realidade ética, como espírito ético, possui sua existência mediata na autoconsciência do indivíduo sendo que esta encontra no Estado a sua liberdade substancial. Para Marx, a realidade da ideia ética encontra seu ponto de partida na configuração concreta na relação social pautada pela propriedade privada.

relação negativa que nela reside, como o ato unicamente verdadeiro e como o ato de autoconhecimento de todo o ser – limita-se a encontrar a expressão abstrata, lógica e especulativa para o movimento da história. A filosofia hegeliana apreendeu a história ainda não efetiva do homem enquanto sujeito pressuposto.<sup>57</sup>

Assim sendo, o espírito filosófico é o espírito pensante a partir do interior de seu estranhamento-de-si, isto é, espírito estranhado do mundo, espírito que se concebe abstratamente. Neste sentido, Marx apresenta dois possíveis equívocos da filosofia hegeliana.

Distingue-se mais claramente na Fenomenologia, enquanto lugar de nascimento da filosofia hegeliana. Quando ele apreendeu, por exemplo, a riqueza, o poder do Estado, etc. como essência estranhada da essência humana, isto acontece somente na sua forma de pensamento. Eles são seres de pensamento – por isso simplesmente um estranhamento do pensar puro, isto é, do pensar abstrato filosófico. O movimento todo termina, assim, como o saber absoluto. De que esses objetos estão estranhados e a quem eles se opõem com a petulância de efetividade, isso é precisamente o pensar abstrato. O filósofo – portanto, ele mesmo uma figura abstrata do homem estranhado – se coloca como a medida do mundo estranhado. Toda a história da exteriorização e toda a retirada da exteriorização não é, assim, nada além da história da produção do pensar abstrato, do pensar absoluto, do pensar lógico, especulativo. O estranhamento que forma, portanto, o interesse intrínseco dessa exteriorização e a suprassunção dessa exteriorização é a oposição do em si e do para si, de consciência e consciência-de-si, de objeto e sujeito, isto é, a oposição do pensar abstrato e da efetividade sensível ou da sensibilidade efetiva no interior do próprio pensamento.<sup>58</sup>

Compreende-se que para a filosofia hegeliana a sensibilidade, a religião e o Estado são seres espirituais, pois o espírito é a verdadeira essência do ser humano. Todavia, a verdadeira forma do espírito encontra-se no espírito pensante, lógico e especulativo.<sup>59</sup> A leitura de Marx sobre a obra *Fenomenologia do Espírito* demonstra que tal fenomenologia

<sup>57</sup> MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 120.

Na leitura de H. Marcuse sobre a filosofia hegeliana, o Absoluto é a totalidade dos conceitos e do saber da razão. Esta última é essencialmente uma força histórica. O Espírito significa *mundo histórico* no sentido de uma luta incessante à adaptação do mundo às possibilidades da humanidade. A negatividade dialética antitética representou uma força inspiradora à construção teórica de Marx. MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.

<sup>58</sup> MARX, Karl. Op. Cit., 2004. p. 121.

Compreende-se que para a concepção hegeliana as formas de alienação não representam a vida real dos homens; mas, tão somente, formas da consciência: Quando Hegel coloca o ente humano como um não-ente, na condição de ponto de partida, assim é o não-ente de um ente-real e, portanto, um autêntico não-ente; quando ele encontrou só a abstrata expressão lógica e especulativa para o movimento da história, assim isso constitui pois uma expressão para o autêntico movimento de uma história autêntica; quando ele descreveu a objetivação e alienação na sua forma abstrata, assim ele viu pois a objetivação e alienação como movimentos essenciais da história humana. MARCUSE, Herbert. Op. Cit., 1968. p. 147.

<sup>59</sup> A consciência feliz, a consciência honesta, a luta entre consciência nobre e consciência vil, estas seções isoladas encerram os elementos críticos – embora ainda numa forma estranhada – de esferas totais, como a religião, o Estado, a vida civil. MARX, Karl. Op. Cit., 2004. p. 122.



acaba por reter o conjunto de estranhamentos do ser humano de modo que nela estão ocultos todos os elementos da crítica hegeliana. O sujeito apresenta-se como consciência-de-si. Todavia, de forma anterior, retrata-se que o objeto aparece como consciência abstrata e, portanto, o homem enquanto consciência-de-si demonstra-se somente em suas figuras estranhadas.

Reconhece-se a relevância da fenomenologia hegeliana, notadamente, em relação à dialética que aponta a negatividade como ponto de partida para as análises. Hegel considera a autoprodução do homem como um processo, ou melhor, como um desenvolvimento e, assim, apreende a objetivação como *desobjetivação* e exteriorização. A supressão desta exteriorização é compreendida pela essência do trabalho e pelo homem objetivo – efetivo - como resultado de sua própria atividade.

A filosofia hegeliana apreende o trabalho como essência do homem. Entretanto, restringe-se somente ao lado positivo do trabalho sem conseguir alcançar seu aspecto negativo. Neste contexto, o trabalho reside apenas no trabalho abstratamente espiritual.<sup>60</sup>

A problemática central está no reconhecimento do objeto como a consciência-de-si objetivada. Todavia, perante a perspectiva marxista, a consciência-de-si é uma qualidade da natureza humana, e não o contrário. Compreende-se que o conjunto de estranhamentos que se apresenta à essência humana refere-se ao estranhamento da consciência-de-si.<sup>61</sup>

O estranhamento efetivo é a manifestação do estranhamento da essência humana efetiva (da consciência-de-si). Por conseguinte, a apreensão da essência objetiva estranhada é uma incorporação na consciência-de-si e a exteriorização desta é o que evidencia a *coisidade*.

---

<sup>60</sup> O trabalho na concepção hegeliana é, portanto, uma categoria ontológica e por meio desta efetua-se a objetivação humana. No entanto, para Marx, o equívoco de Hegel reside no fato de que ele apenas reconhece o trabalho em sua concepção abstrata e espiritual. A fenomenologia é a crítica oculta, mistificada; porém, na medida em que ela detêm o alheamento do homem, nêle jaz, preparados e elaborados todos os elementos da crítica e, com frequência, numa surpreendente maneira longe do ponto de vista de Hegel. MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 150.

Ernest Bloch afirma que Hegel foi o primeiro a tratar da dinâmica do conceito epistemológico do trabalho em nível histórico-idealista. Os manuscritos de Marx reconhecem essa grandeza da fenomenologia de Hegel ao captar a natureza do trabalho e compreender o homem concreto, o homem verdadeiro por ser real, como resultado de seu próprio trabalho. O que o materialismo evidencia é que a relação entre sujeito e objeto comporta uma unidade e deve ser transposta para a análise do trabalho na condição de uma realidade, uma sensibilidade, uma atividade humano-sensorial. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005.

<sup>61</sup> O *Si* abstrato e fixado *para si* é o homem na condição de egoísta abstrato, que em sua pura abstração é o egoísmo elevado ao pensar. MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 125.

A consciência-de-si relaciona-se com o objeto de acordo com a totalidade de suas determinações e procura apreender cada uma delas de forma singular como sendo uma determinação do *si*. Tal totalidade transforma o objeto em essência espiritual.

Quando se afirma que a exteriorização da consciência-de-si impõe a *coisidade*, entende-se que o homem como consciência-de-si apresenta sua essência objetiva exteriorizada. A *coisidade* representa o objeto e este é, para o homem, o que lhe é verdadeiramente essencial. Nesse sentido, seu objeto é sua essência objetiva. A consciência-de-si exteriorizada é a própria coisidade e esta é posta por meio de tal exteriorização. No idealismo filosófico, o homem efetivo não é construído como sujeito, de tal modo que se apresenta somente perante sua abstração.

Para uma melhor compreensão, pode-se citar um exemplo. A fome é uma carência assumida pelo corpo humano. Tal carência depende de um objeto existente fora deste e, ao mesmo tempo, indispensável à sua integração e externalização essencial.<sup>62</sup> Um ser que não apresente nenhuma dependência de objetos fora de si não é um ser objetivo e, assim, não se comporta objetivamente. Um ser não objetivo é um não ser. Em outras palavras, não é um ser efetivo, sensível. É um ser da abstração, pensado. O ser sensível é o ser efetivo e, para isso, apresenta objetos sensíveis fora de si. Ao se colocar na posição de ser sensível, ou seja, de ter objetos relacionados à sua sensibilidade passa a ser um ser padecente.<sup>63</sup>

No entanto, seria um equívoco apresentar apenas o significado negativo da exteriorização da consciência-de-si. Desde a perspectiva da própria consciência, o negativo do objeto, a suprassunção dele a si próprio, contém um sentido positivo. É por meio da exteriorização que a consciência-de-si se compreende como objeto a partir da unidade do ser-para-si. A suprassunção recupera, dentro de si, a exteriorização e objetividade de maneira a ser junto de si em seu ser-outro enquanto tal.<sup>64</sup>

Por conseguinte, o objeto é um elemento negativo que suprassume a si mesmo em uma nulidade. Todavia, esta nulidade apresenta um significado também positivo para a consciência de maneira que a nulidade própria do objeto é a autoconfirmação da não-objetividade, ou seja, sua abstração.

---

<sup>62</sup> MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 127.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid., p. 128.

A ruptura com a coisificação se daria da seguinte forma: “[...] as atitudes objetivas precisam tornar-se humanas, isto é, sociais, e precisam vir a ser reconhecidas e tidas como tais [...] os comportamentos objetivos só podem se tornar humano-sociais quando o homem vir ser a si próprio homem enquanto tal, isto é, num conhecimento próprio e objetivo do homem.” MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 136.

A apropriação do ser objetivo estranhado é a suprassunção da objetividade determinada pelo estranhamento. Esta suprassunção apresenta o sentido, para Hegel, de determinar o caráter objetivo que constitui o estranhamento da consciência-de-si. Explicase: A vida exteriorizada do homem no Direito e na Política demonstra-se como sua verdadeira vida. A autoconfirmação se apresenta em contradição consigo mesma referente no que diz respeito à essência do objeto e, assim, à verdadeira vida. O mesmo pode ser colocado em relação à religião, esta como consciência-de-si humana exteriorizada se apresenta, na realidade, não como *minha* consciência, mas como consciência exteriorizada confirmada na religião.

A partir desta sistemática, compreende-se que, desde a perspectiva hegeliana, a negação da negação não é a confirmação da verdadeira essência. Ou seja, não é por meio da negação da essência aparente, mas da confirmação desta essência estranhada de si em sua negação (ou, ainda, a negação dessa essência aparente enquanto uma essência objetiva que reside fora e independente do homem) que se tem a transformação do homem em sujeito.<sup>65</sup>

O significado positivo da suprassunção se constitui no movimento objetivo que transporta de volta a si a própria exteriorização. Desse modo, apreende-se o autoestranhamento, a exteriorização da essência, a desobjetivação e a desefetivação do homem; seu comportamento como essência estranha e abstrata, uma consequência lógica da atividade estranhada. Ao se suprassumir a exteriorização, confirma-se notadamente a exteriorização estranhada.

O sujeito apenas é colocado como ser que sabe na condição de consciência-de-si-absoluta na perspectiva de Deus. O homem e a natureza efetiva são símbolos deste ser oculto abstrato. O sujeito estaria na natureza inefetiva, o que demonstra uma relação de inversão. O que se pode extrair é que até mesmo o significado positivo da suprassunção representa formas de pensamento universais e fixas as quais colocam a autonomia do sujeito empírico dependente da natureza inefetiva - abstrata - e do espírito pensante. Esta extração lógica nada mais é do que um resultado do estranhamento universal da essência humana.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 131.

<sup>66</sup> O ser suprassumido é essência, a essência suprassumida é o conceito e este em sua forma suprassumida se transforma em ideia absoluta. Toda a lógica é, portanto, prova de que o pensar abstrato por si nada é, de que a ideia absoluta por si nada é, de que somente a natureza é algo. Ibid.

Em resumo, frente à leitura de Marx, Hegel apreendeu as formas do espírito como negação, ou seja, como exteriorização do pensar abstrato humano para, em um segundo momento, as apresentar como negação da negação (suprassunção) desta exteriorização. Esta é compreendida como a efetiva externalização do pensar humano. Contudo, a suprassunção (*negação da negação*) apreende, novamente, as formas de espírito de seu estranhamento, os reporta a si mesma no processo de exteriorização e se coloca como a verdadeira existência de tais formas. Por meio dessa sistemática, separa-se radicalmente o pensamento do próprio sujeito pensante, de modo a transformar o homem em um não humano. Logo, a externalização de sua essência não representa o homem como um sujeito humano, natural e social.

O reflexo desta problemática sobre o conceito de autonomia tangencia a constatação de que a autonomia do sujeito deva estar referida à sua essência humana, natural e social, em contraposição ao homem inefetivo e abstrato. O pensar abstrato como essência concebe aquilo que lhe é externo apenas como algo externo. Assim, a sensibilidade é essência da natureza e sua externalidade entra em oposição com o pensar abstrato. Na medida em que a externalidade da natureza humana se diferencia da abstração, passa a ser concebida como uma deficiência. Este modo de pensar acaba por corromper o conceito de autonomia o qual deveria ser desenvolvido a partir da consideração do sujeito efeito - sensível.

Tanto a teoria kantiana quanto a hegeliana acabam, de certa forma, por separar a autonomia do homem de sua natureza humana e social. Dessa forma, consideram o sujeito apenas perante o pensar abstrato, sem o considerar em uma análise efetiva e concreta. A ponto de que a externalização da verdadeira essência humana aparece em ambas as concepções de modo reprimido, ocultam-se ainda mais os estranhamentos que perfazem a exteriorização da vida de maneira a não deixá-la se tornar verdadeiramente humana.

### **3.6 Crítica à Filosofia Moral moderna como teoria da exploração**

A filosofia hegeliana considera a moralidade e o Direito como formas do Espírito, ou seja, como formas da consciência abstrata. Em contrapartida, Karl Marx os apresenta como formas do mundo real e que constituem a totalidade do ser humano.

Karl Marx, em sua obra “*A Ideologia Alemã*”, desenvolve uma crítica no sentido de verificar a pregação de valores e exigências morais (como, por exemplo, a doutrina da virtude de Kant, a qual propaga a norma moral “*amai-vos uns aos outros*”) em um

contexto social no qual os próprios indivíduos estão bem cientes de que, sob as condições materiais reais, o egoísmo e a abnegação são formas necessárias.<sup>67</sup>

A fixação das ideias depende da maneira pela qual se configuram as condições reais e a possibilidade oferecida por elas ao desenvolvimento de cada indivíduo. Nesse sentido, as ideias pensadas pela Filosofia alemã e pelas doutrinas morais são inseparáveis das condições e exigências materiais da sociedade alemã, em um dado momento histórico. Pode-se projetar tal pensamento para o contexto brasileiro: as ideias filosóficas por trás dos conceitos dogmático-penais, também refletem as exigências históricas reais de nossa sociedade.

Neste sentido, Ernst Bloch explica que:

Na história, encontra-se, em cada etapa, um resultado material, uma soma de forças produtivas, uma relação historicamente produzida com a natureza e com os indivíduos uns com os outros, que é transmitida a cada geração por sua predecessora, uma classe de forças produtivas, capitais e circunstâncias que, por um lado, também lhe prescreve suas próprias condições de vida e lhe confere um determinado desenvolvimento, um caráter específico – portanto as circunstâncias fazem os homens tanto quanto os homens as circunstâncias.<sup>68</sup>

A interação entre sujeito e objeto, em uma unidade dialética, determina a produção das doutrinas morais de maneira a não se distanciar das exigências da realidade concreta. Ora bem, se tal realidade é marcada por assimetrias sociais, as doutrinas morais tentarão encobrir tal percepção por meio de valores e afirmações de cunho universal sobre a natureza do homem e seus modos de comportamento.

O ser humano se encontra em uma relação sujeito-objeto em todas as circunstâncias e, assim, é parte determinante da base material. O sujeito é o mundo e o mundo é o sujeito.<sup>69</sup> A partir deste postulado metodológico, o ser humano não pode ser analisado de forma isolada, separado da sociedade e de sua história social. As doutrinas moralistas acabam por realizar tal separação de forma a construir conceitos, como o de autonomia

<sup>67</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 242.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008.

Ernest Bloch, em sua análise sobre *ser e consciência*, explicita que a prioridade da base material em relação ao espírito, bem como a independência do ser em relação à consciência de forma alguma é equivalente à independência do ser em relação ao trabalho humano. Pela mediação com o mundo exterior através do trabalho, a independência deste mundo exterior em relação à consciência, não é anulada, mas justamente ela lhe confere sua formulação definitiva. Da mesma forma que a atividade humana é uma atividade objetiva, ou seja, não ocorre fora do mundo exterior, assim também a mediação sujeito-objeto, pela qual ela ocorre, é igualmente parte do mundo exterior. O mundo exterior representa a relação recíproca entre sujeito e objeto, de tal modo que, em toda parte, o ser de fato determina a consciência, mas exatamente o ser historicamente determinante, ou seja, o econômico, contém uma forte consciência objetiva. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 256.

<sup>68</sup> Ibid., p. 257

<sup>69</sup> Ibid., p. 259.

e de liberdade humana, apenas em um campo imaginário, de fantasia. Ocorre que a essência humana não é abstrata. É uma realidade refletida no conjunto das relações sociais. A filosofia moral de Kant se limita a um ideal genérico de pessoa moral que não consegue ultrapassar os obstáculos do campo abstrato. Em sentido contrário, a perspectiva marxista parte do pressuposto da sociedade humana e da humanidade socializada.<sup>70</sup>

A filosofia utilitarista que em certa medida se sobrepôs à ética kantiana é ainda mais contradita pela perspectiva marxista. O utilitarismo representa a análise do sujeito enquanto medida utilizável, isto é, a imagem de um sujeito frente a outro sujeito é observada de acordo com sua utilidade.

Hegel, em sua obra “*Fenomenologia do Espírito*”, já evidenciava o utilitarismo filosófico como uma teoria da exploração recíproca. Tal teoria representa o momento histórico do Iluminismo:

A aparente tolice que consiste em reduzir todas as múltiplas relações dos indivíduos entre si a uma única relação de prestabilidade, essa aparente abstração metafísica deriva de que no interior da moderna sociedade burguesa todas as relações são praticamente subsumidas a uma única e abstrata relação monetária e de regateio. Tal teoria surgiu com Hobbes e Locke, com os primeiros golpes pelos quais a burguesia conquistou poder político para si.<sup>71</sup>

As relações sociais pautadas pela utilidade demonstram a exploração do ser humano pelo próprio ser humano. Os conceitos filosóficos não podem ser abstraídos das relações de troca, em uma dada sociedade, pois tais relações pautam o comportamento dos homens entre si. Desse modo, não podem ser considerados como produtos da vontade ou da reflexão. As diferentes fases do utilitarismo refletem as diferentes épocas do

<sup>70</sup> O humano não se encontra em toda parte de qualquer sociedade como generalidade interna que liga os muitos indivíduos de modo apenas natural; ele não se encontra em nenhuma generalidade existente, mas antes num processo complicado. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005.

<sup>71</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 395.  
 “Apenas uma relação é de seu interesse (do burguês), a relação de exploração: todas as outras relações só valem para ele enquanto possa subsumi-las àquela relação, e mesmo onde lhe ocorram relações que não se deixam subordinar diretamente à relação de exploração ele acaba por subordiná-las, ao menos em sua ilusão. A expressão material desse proveito é o dinheiro, o representante dos valores de todas as coisas, pessoas e relações sociais.” Ibid., p. 386.  
 Explica-se que a teoria da utilidade (ou da exploração), de base inglesa, representa a constatação de uma realidade histórica. Já os autores franceses transformam a teoria da utilidade em um sistema filosófico: “A teoria da utilidade em Bentham e Mill representa um momento histórico no qual a burguesia não se encontra mais em luta; mas em sua situação dominante, desenvolvida. Por isso, há uma diferenciação de conteúdo em relação a outros pensadores utilitaristas, como Helvétiu e Holbach os quais ainda estavam presos ao momento de rebate ao feudalismo [...]. A completa subsunção de todas as relações existentes à relação de utilidade, a elevação incondicional dessa relação de utilidade ao patamar de conteúdo único de todo o resto é algo que encontramos, pela primeira vez, em Bentham, no momento em que a burguesia, depois da Revolução Francesa e do desenvolvimento da grande indústria, não aparece mais como uma classe particular, mas como a classe cujas condições são as condições de toda a sociedade.” Ibid., p. 399.

desenvolvimento da classe burguesa. A redução de todas as relações sociais à relação de exploração se apresenta como explicação do intercâmbio, a partir das necessidades materiais e dos modos de satisfação dessas necessidades. Portanto, a ética utilitarista se desenvolve em conexão com todas as relações econômicas vinculadas às condições burguesas.

Marx defende que o conteúdo econômico conferido ao utilitarismo o transformou em uma apologia às condições de existência. As relações humanas (ou seja, as reais relações dos indivíduos entre si) passam a ser avaliadas de acordo com suas vantagens e utilidades gerais.

A ‘filosofia da fruição’ cuja origem se expressou na época moderna com a queda do feudalismo reivindicou para si um caráter universal e se afirmou como o modo de vida da sociedade como um todo. As condições de existência da classe dominante foram proclamadas, pelo sistema da moral, como normas de vida de modo a originar uma nova concepção de vida a todos.

Os conflitos entre os indivíduos derivam das condições reais de vida. Contudo, as doutrinas morais analisam tais conflitos a partir das representações acerca do viver que os sujeitos extraem de sua consciência. Esse discurso se apresenta como moralista na medida em que equipara possibilidade com realidade, ou seja, confunde a capacidade de ser (*dever ser*) com aquilo que realmente é (*ser*).

A inversão ideológica em relação à vida humana estaria na questão de que a filosofia moral, na tentativa de impor um fim sobre o medo à vida, inicia um momento histórico cuja marca registrada é o próprio desperdício da vida. Questiona-se, portanto, como se faz para produzir em si mesmo o verdadeiro *Eu* ou a verdadeira *Vida* em um contexto ético e moral em que se abstrai a vida humana de sua realidade material.<sup>72</sup>

### 3.6.1 Crítica ao conceito de ser humano construído pela filosofia moral moderna

A filosofia moral moderna por não extrair o conceito de ser humano a partir do sujeito real desenvolve um conceito de ser humano que, na realidade, representa o conceito de *inumano*. Indaga-se: o conceito de ser humano pode ser separado da sua existência real e a essência pode ser separada de sua aparência? Ora bem, o ser humano aparece como ser

---

<sup>72</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 406.

humano, mas não corresponde a tal em sua essência. Na hipótese de se considerar o direito à vida a partir da análise referente ao sujeito ideal, retrata-se uma vida inumana já que se considera o sujeito inumano. A vida e o ser humano se transformam em meras fantasias.

Critica-se a separação entre conceito e existência, bem como entre aparência e essência. Ao se partir das relações reais entre os homens, não cabem tais classificações de forma segregada uma das outras. Explica-se:

A sentença paradoxal dos filósofos, que fez com que o homem real não seja um homem, é somente no interior da abstração a mais universal, a mais abrangente expressão da contradição universal, existente de fato, entre as relações e as necessidades dos homens. A forma paradoxal da frase abstrata corresponde inteiramente ao caráter paradoxal das relações da sociedade burguesa ao seu nível mais alto [...] a sentença paradoxal corresponde à contradição de fato entre a existência dos pequeno-burgueses alemães e as tarefas a eles impostas pelas relações existentes.<sup>73</sup>

As doutrinas morais que declaram o conceito de ser humano a partir de seu aspecto ideal, o retrata na condição de inumano já que tais doutrinas não alcançam a verdadeira essência do conceito. Assim o fazem porque os filósofos morais não apreenderam a verdadeira consciência do que é a essência humana.

Até mesmo a concepção hegeliana e sua formulação de conceitos concretos não ultrapassou a representação sobre os homens de modo a conseguir apreender o sujeito real, pois a representação de uma *coisa* não se refere à própria *coisa*. Nesse sentido, os homens teriam sofrido todo tipo de infortúnio tão somente por meio do domínio das representações e dos conceitos. “Bastaria ‘varrer da cabeça’ algumas representações para ‘varrer do mundo’ as relações onde essas representações surgiram.”<sup>74</sup>

A análise marxista contrapõe-se ao pensamento idealista, notadamente, sobre a questão de que os indivíduos estariam submetidos a um dado conceito de ser humano e que teriam se libertado, tão intensamente, a ponto de considerar necessário realizar em si mesmos estes conceitos. A medida da liberdade conquistada para si, em cada época, foi determinada pela representação que se faz sobre o ideal do ser humano.

Todavia, os indivíduos não se libertaram, em cada época, na mesma medida de seu ideal de ser humano, mas sim de acordo com o que as forças produtivas existentes lhes

---

<sup>73</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 414.

<sup>74</sup> “Reproduz-se, aqui, sob a forma de que bastaria arrancar da cabeça a representação do homem para aniquilar as relações reais que hoje são chamadas de inumanas, seja este predicado inumano o juízo dos indivíduos situados em contradição com suas relações, seja o juízo da sociedade normal, dominante, sobre a classe anormal, dominada.” MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 415.



permitiram. Todas as libertações apresentaram como base as forças produtivas cuja produção se demonstrou insuficiente à totalidade da sociedade já que só se possibilita o desenvolvimento na medida em que uns satisfaziam suas necessidades à custa de outros e, assim, a minoria adquire o monopólio do desenvolvimento enquanto que a maioria, devido à luta constante pela satisfação das necessidades mais essenciais é excluída de todo o desenvolvimento. Por conseguinte, na hipótese de se querer conceber que a sociedade moderna se desenvolveu em termos de liberdade humana, deve-se frisar que tal concepção sempre se deu em um contexto de intensos antagonismos.

A história referente à Antiguidade, à Idade Média, à Modernidade e à Pós-Modernidade demonstra, por um lado, a maneira anormal e desumana pela qual a classe oprimida satisfaz as suas necessidades e, por outro lado, reflete a limitação da qual se desenvolve o intercâmbio. Por meio deste último, há o desenvolvimento das classes dominantes, de modo que a limitação do desenvolvimento humano consiste tanto na exclusão de uma classe, quanto na característica inumana que também se encontra nas classes dominantes.

Assim sendo, considera-se que o inumano é o humano como produto das atuais relações de produção. Inumano é o aspecto negativo do ser humano enquanto que a expressão positiva corresponde a certas relações dominantes, em uma determinada fase de produção e, portanto, às formas de satisfação de necessidades que são condicionadas por essas relações. Tanto a expressão negativa quanto a expressão positiva do humano referem-se às relações materiais de produção, notadamente, sob o aspecto dos meios de satisfação das necessidades.

As relações entre os indivíduos encontram-se em suas necessidades. O *Eu* verdadeiro é o *Eu* real inserido nas relações do mundo concreto sob as condições empíricas de vida. Por conseguinte, a abstração da individualidade proporcionada pelas doutrinas morais modernas retrata o *Eu* não correspondente à realidade.

Nesse sentido, para não se recair em uma filosofia moralista, as condições materiais reais devem ser os pressupostos dos pressupostos dogmáticos. Há exigência de se reconhecer, de forma materialista, os pressupostos reais como pressupostos do pensamento.<sup>75</sup> Este giro metodológico acaba por afrontar tanto a filosofia kantiana quanto a hegeliana, ambas de forte influência na estruturação dogmático-penal.

---

<sup>75</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 418.

A liberdade humana não deve ser compreendida como libertação de categorias abstratas muito menos de negação das próprias qualidades da natureza humana. A libertação humana dar-se-á pela libertação de situações reais. O *Seu Eu*, após a libertação das condições reais, transforma-se em um *EU* modificado, assim como a realidade concreta se encontra modificada. A *Sua* liberdade e a liberdade de todos deverão ser modificadas para se alcançar a liberdade concreta, real.

Seria um equívoco considerar que as relações dos indivíduos representam modos particulares de comportamento, bem como as diferenças entre eles serem consideradas como autodiferenciações. Em outras palavras, a consideração do sujeito empírico como uma diferenciação do Outro é problemática no sentido de que reflete apenas uma ideologia das condições existentes, (pois as relações entre os indivíduos, sob certas circunstâncias, não podem ser senão o modo de seu comportamento uns em relação aos outros ao mesmo tempo em que suas diferenças não podem ser senão suas autodiferenciações)<sup>76</sup> ou representa somente o desejo de que os homens devam se comportar uns em relação aos outros e se diferenciar uns dos outros de modo que o comportamento não se autonomize

Torío López analisa o conceito de ser humano, construído por Karl Marx, e constata que este conceito deve ser concebido perante o conjunto das relações sociais. Reconhece que Ernest Bloch apreendeu este sentido e realizou uma defesa significativa pela não redução do sujeito real à mera abstração. O ser humano não é um ser abstrato, transcendente e racional, mas sim histórico e social. Compreender as relações sociais é compreender o próprio ser humano. TORÍO LÓPEZ, Ángel. El sustrato antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense**: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua, Madrid, n. 11, p. 667-678., jun. 1986. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=57047](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57047)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

Todavia, Torío López salienta que o conceito de ser humano, desde a perspectiva de Karl Marx, não impactou as construções conceituais jurídico-penais. Segundo autor, nos escritos de Marx, os problemas jurídico-penais não foram concebidos como objeto de estudo e observa que Marx, em poucos escritos, concebeu a teoria absoluta como embasamento à teoria da pena, desde o sentido kantiano e hegeliano. Neste ponto, Torío López apresenta uma contradição imanente ao conceito de ser humano construído por Marx, pois tais teorias a respeito da pena separam o *ser* da *sociedade*. TORÍO LÓPEZ, Ángel. El sustrato antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense**: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua, Madrid, n. 11, p. 667-678., jun. 1986. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=57047](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57047)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

De fato, os escritos iniciais de Karl Marx reconhecem a fundamentação à aplicação da pena a partir da filosofia hegeliana. Contudo, o momento histórico de construção destes escritos é distinto das construções conceituais propriamente materialistas. Ademais, a fundamentação hegeliana não impediu a compatibilidade que Marx efetuou entre a realidade material e os problemas criminais concretos de sua época (cita-se, como exemplo, o escrito acerca do furto de lenha). Dessa forma, a constatação de que Marx apreende a finalidade da pena a partir do sentido hegeliano não significa uma contradição latente em sua perspectiva, pois esta finalidade descreve a realidade que embasa um dado modelo de sistema jurídico-penal. A descrição é posta sem abstrações: na configuração social moderna a finalidade da pena é apresentar uma negação à negação do Direito. Não há mistificação em torno desta finalidade. Sublinha-se que o termo descrição não se esquivara à promessa de solução das contradições e dos problemas conceituais jurídico-penais.

<sup>76</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 418.

como uma relação social independente deles e que suas diferenças não assumam o caráter real, independentemente da pessoa que assumiu determinado papel social.<sup>77</sup>

É certo que os indivíduos precisam estabelecer relações, pois sua natureza e o modo de satisfação de suas necessidades os fazem se relacionar uns com os outros. Dessa forma, as relações não são estabelecidas como *Eus* independentes, mas entre indivíduos que se encontram em um dado momento de desenvolvimento de forças produtivas, determinadas pelas suas próprias necessidades.

Destarte, é o indivíduo e seu próprio comportamento que desenvolve as relações sociais existentes e não um poder estranho e independente dele. São os indivíduos que fixam as relações uns com os outros, independentemente de qual visão de vida se adota já que a representação da vida humana é determinada pela vida real.<sup>78</sup>

A individualidade não pode ser considerada de forma isolada. O desenvolvimento de um indivíduo é condicionado pelo desenvolvimento de todos os demais. Além disso, a história de um indivíduo está condicionada à análise da história dos indivíduos precedentes e contemporâneos. A superação da autonomização das relações em face dos indivíduos, da sujeição da individualidade sob a causalidade, da subsunção de suas relações pessoais às relações de classe seriam, todos esses elementos, condicionados pela superação da divisão do trabalho.

Perante a configuração da sociedade atual, as forças produtivas se desenvolveram a tal ponto que se transformaram em forças produtivas destrutivas, pois a conexão entre os indivíduos se apresenta, em seu máximo, econômica ao passo que se verifica uma perda de conexão solidária entre eles que vise ao livre desenvolvimento de todos. As condições materiais, na sociedade contemporânea, não permitem o livre desenvolvimento das individualidades e isto se reflete na interpretação normativa, ao passo que não se considera a vida humana como uma liberdade pessoal.

A filosofia moral não consegue apreender as relações sociais como relações entre indivíduos particulares idênticos uns com os outros e as leis da natureza como as conexões mútuas desses corpos particulares.<sup>79</sup> Portanto, as doutrinas morais modernas constroem a noção de ser humano a partir de sua abstração e tal análise, quando incorporada pela dogmática jurídico-penal frente à interpretação da vida humana, não consegue ultrapassar os obstáculos de uma consideração imaginária.

---

<sup>77</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 422.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Ibid., p. 125.

### 3.6.2 Crítica ao conceito de autonomia moral e consciência humana

No contexto de uma realidade inumana, o homem despreza a si mesmo. A análise crítica de Karl Marx denuncia o desconhecimento acerca dos sujeitos reais e de suas concretas condições materiais.<sup>80</sup>

A autonomização dos interesses pessoais em interesses de classes exige que o comportamento pessoal do indivíduo se coisifique e se aliene. Uma série de poderes independentes e estranhos, postos pela representação como sagrados, passa a determiná-lo. Entende-se que o produto do pensamento humano, na realidade efetiva, deve ser compreendido como produto da vida material.<sup>81</sup>

A contradição entre os interesses pessoais e o interesse geral é afirmada quando se admite que os indivíduos sempre partiram de si mesmos de modo que o desenvolvimento pessoal é observado de acordo com as condições empíricas de vida. Desse modo, apreende-se a relação que resulta, necessariamente, do modo de existência que os indivíduos adotaram ao longo do processo histórico. Portanto, ao se analisar os conceitos de vida e liberdade humana faz-se necessário colocar como ponto de partida as relações reais entre sujeitos efetivos.

A exigência moral procura modificar a consciência individual. Todavia, esta exigência moral está essencialmente relacionada ao fato de que a consciência se altera por condições empíricas modificadas. Seria uma fantasia filosófica imaginar uma separação entre a consciência do indivíduo e suas condições reais de vida.

As doutrinas morais modernas pretenderam que o *Eu* modifique a *minha* consciência, pois esta é momentânea já que é parte do *meu* ser momentâneo. Contudo, quando a doutrina moral contesta a *minha* consciência, o disfarce do moralismo é abalado e passa a representar um ataque não à *minha* consciência em si, mas ao *meu* modo de vida.<sup>82</sup>

O ser humano não realiza algo sem que, ao mesmo tempo, esteja em conformidade com uma de suas necessidades. Assim, se as condições empíricas de vida o impedem de satisfazer a plenitude de suas necessidades, estas se tornam um domínio sobre ele. A influência das condições reais de vida prevalece sobre os desejos e as ideias.

A filosofia moral kantiana por contradizer a determinação dos pensamentos e desejos do ser humano sobre suas ações demonstrou-se como um mandamento moral de

---

<sup>80</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 239.

<sup>81</sup> Ibid., p. 240.

<sup>82</sup> Ibid., p. 246.

*autocontrole* (em certa medida, ineficaz), bem como uma efetiva expressão ideológica. Não seria o autocontrole sobre os desejos humanos a condicionar o desenvolvimento total de suas qualidades. Este desenvolvimento depende das condições reais de vida a que um determinado sujeito efetivo é submetido.

No cenário social estruturado pela divisão do trabalho, verifica-se um modelo no qual não há uniformidade em busca da totalidade das qualidades humanas. Há uma contradição quando se supõe a possibilidade de satisfazer uma única qualidade de modo separado de todas as demais. Em outras palavras, é um contrassenso satisfazer uma qualidade sem satisfazer a si mesmo. Somente com a satisfação da totalidade das qualidades humanas, é que se poderia falar de um ser humano efetivamente *Vivo*.<sup>83</sup>

Se as condições materiais transformam as qualidades humanas em elementos abstratos e são postas de maneira segregada uma das outras, passam a representar um poder estranho sobre o indivíduo. A satisfação do indivíduo aparece como a satisfação unilateral de uma única qualidade. A razão desta segregação não reside, de modo algum, na consciência ou na vontade individual, muito menos na falta de reflexão filosófica sobre o conceito de qualidade.<sup>84</sup>

A razão se encontra nas condições concretas de vida humana. Reside no desenvolvimento empírico e na manifestação vital do indivíduo, o qual depende das condições do mundo em que vive. Desse modo, se as circunstâncias sob as quais se vive só lhe permitem o desenvolvimento unilateral de uma qualidade em detrimento de todas as demais (ou seja, se tal contexto apenas lhe proporciona o material e o tempo favorável ao desenvolvimento de uma única qualidade), o indivíduo se concebe como um desenvolvimento unilateral e, por conseguinte, não haverá pregação moral e religiosa que o ajude.<sup>85</sup>

O desenvolvimento unilateral do indivíduo se reflete em sua consciência, assim como em sua vontade. Portanto, o pensar é determinado pela individualidade e esta pelas condições em que se vive. Se as condições de vida são miseráveis, o pensar se torna abstrato. A consciência é determinada pela realidade empírica e pelas necessidades empíricas e, contra isso, não há exigência moral que possa realizar uma inversão efetiva.

Por conseguinte, entende-se que a concretude da vida humana se expressa em uma repressão da totalidade de suas qualidades. A decorrência desta verificação se refere à

---

<sup>83</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 257.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 257.

colocação da vida humana somente sob uma reflexão abstrata. Nessas condições em que se coloca o ser humano, não se poderia falar de sua existência real já que esta está reprimida. O *Não-Eu* é tudo aquilo que aparece como estranho ao *Eu*. A relação do *não Eu* com o *Eu* é uma relação de estranhamento. A relação estranha ao *Eu* representa, portanto, o estranhamento do próprio *Eu*.

A concepção que considera a alienação como uma determinação reflexiva, ou seja, como uma diferença, uma não identidade, torna-se equivocada. O estranho é convertido no sagrado. Este representa aquilo que existe sem *mim* e de forma independente de *mim* devido a minha falta de autonomia. Em razão de o sagrado ser algo estranho, tudo aquilo que é estranho é transformado em sagrado.<sup>86</sup> Ora bem, se a própria vida humana, sob as condições empíricas e reais, apresenta-se de maneira estranha, seu conceito é transposto ao campo abstrato - ideal – e, assim, passa a ser considerado sagrado. Ademais, a vida estranhada é posta como sagrada.

O estranhamento do *Eu* exige que se apresente a existência do indivíduo para fora dele. As representações concretas dos conceitos de Povo e de Estado refletem esta relação de estranhamento e, portanto, tais conceitos são colocados na condição de sagrados. Neste caminho, afirma-se que são conceitos estranhos ao *Eu* e independente deste. A vida humana estranhada pertence a tais poderes estranhos, notadamente, à coletividade e ao Estado. Retira-se do indivíduo as decisões acerca de sua própria vida, sob o manto de sua suposta sacralidade.

Rebatem-se as afirmações de que cada indivíduo é um indivíduo único, totalmente distinto de Outros. Ora bem, o Outro, como aquilo que para um indivíduo é algo estranho, torna-se sagrado. As designações referentes ao Estado, à religião e à Moral são abstrações do comportamento real de cada um dos indivíduos que se transformam em objetos únicos, em virtude do comportamento diferenciado de cada indivíduo para com eles.<sup>87</sup> Neste sentido, questiona-se:

E o que pode ser mais estável do que a morte que, contra a minha vontade, põe um fim no meu movimento e novamente me submerge no universal, na natureza, no Sagrado? E agora, ainda, o Estado, a lei, a polícia! Para muitos Eus, eles podem até parecer poderes estranhos; eu sei que eles são meus próprios poderes!<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 273.

<sup>87</sup> Ibid., p. 276.

<sup>88</sup> Ibid., p. 277.

As contradições das relações reais entre os sujeitos efetivos são transformadas em conflitos ideais e convertidas em contradições do indivíduo com sua representação. A crítica a esta estrutura reside, portanto, na separação entre as representações dos indivíduos e suas condições materiais de vida. Transformam-se as contradições e os conflitos empíricos em algo sagrado e, assim, inquestionável.

O *Eu* é desvinculado de todas as suas condições de vida empírica, de sua atividade e de suas condições existenciais.

O proletário que como qualquer outro ser humano, tem a vocação de satisfazer as suas necessidades e que não consegue satisfazer nem mesmo as necessidades que tem em comum com qualquer outro ser humano, é subjugado pela obrigatoriedade da jornada de trabalho no mesmo nível do que um animal de carga, rebaixado pela concorrência à condição de coisa, de mercadoria, que é desalojado de sua posição de mera força produtiva, a única que lhe deixaram, por outras forças produtivas mais poderosas – este proletário tem a missão real de revolucionar suas condições.<sup>89</sup>

Neste contexto, não se pode falar em autodeterminação no sentido de vontade ou de reserva intelectual da indiferença em relação a qualquer determinação. A autodeterminação, na concepção de Marx, é a realização do indivíduo em todos os seus aspectos. O ser humano somente deixará de ser concebido como ideal quando o controle sobre o impulso do mundo, que reclama as aptidões dos indivíduos para o seu desenvolvimento real, for assumido pelos indivíduos.<sup>90</sup>

O mundo do Sagrado se resume, em última instância, no 'homem'. Em todo o Antigo Testamento, ele supõe o homem de toda a história até aqui como sujeito ativo; no Novo Testamento, ele estende esse domínio do homem a todo o mundo físico e espiritual existentes, presente, bem como às qualidades dos indivíduos atualmente existentes. Tudo é do homem e, em consequência, o mundo é transformado em o mundo do homem. O sagrado, como pessoa, é o homem, que é para ele apenas um outro nome para o conceito, a ideia. As representações e ideias dos homens, separadas das coisas reais, naturalmente nem precisam ter como seu fundamento os indivíduos reais, mas o indivíduo da representação filosófica, o indivíduo meramente pensado, separado de sua realidade, o homem como tal, o conceito do homem.<sup>91</sup>

### 3.6.2.1 *O indivíduo autônomo como fortificação ideológica da sociedade moderna*

A personalidade pode ser considerada como resultado de vários processos históricos, os quais carregam elementos que compõem a sociedade. Por conseguinte, a personalidade

<sup>89</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 280.

<sup>90</sup> Ibid., p. 282.

<sup>91</sup> Ibid., p. 284.

é definida por processos históricos e sociais. Neste sentido e frente a todo o contexto exposto no tópico anterior, a consciência humana é esvaziada de qualquer autonomia e se reduz a uma mecânica coordenação entre indivíduo e universal.

As doutrinas morais apontam a autonomia como um elemento da consciência humana. Todavia, a perspectiva marxista evidencia a necessidade de se colocar a autonomia em um patamar para além da consciência, de forma a atingir a realidade concreta de liberdade e satisfação.

O ser humano, quando não se realiza por meio de seu trabalho, transforma sua vida em um mecânico instrumento de trabalho alienado, totalmente estranho a ele. Esta constatação da realidade estranhada reflete-se na consciência, de modo a atingir sua autonomia. Logo, a suposta autonomia moral se congela em uma reação automática às pressões e exigências externas. A autonomia moral torna-se um argumento ideológico no contexto da eliminação das potencialidades humanas subjetivas no mundo de alienação do trabalho.

### 3.6.2.2 *Crítica ao conceito abstrato de liberdade humana*

*O homem só é livre quando está livre de coações externas e internas, físicas e morais – quando não é reprimido pela lei nem pela necessidade. Mas tal coação é a realidade. Assim, num sentido estrito, a liberdade é emancipação de uma realidade estabelecida: o homem está livre quando a realidade perde a sua seriedade e quando a sua necessidade se ilumina.<sup>92</sup>*

A partir da distinção apresentada entre o sujeito sensível (real) e o sujeito ideal (abstrato) pode-se analisar o conceito de liberdade humana. A liberdade foi compreendida, pelos filósofos idealistas, de maneira posta como liberdade em relação a algo.<sup>93</sup> Esta afirmação será rebatida pela leitura marxista.

<sup>92</sup> MARCUSE, HERBERT. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 144.

<sup>93</sup> No que se refere, em específico, à Filosofia Kantiana, o antagonismo entre sujeito e objeto se reflete na dicotomia entre as faculdades mentais: o intelecto *versus* o desejo, a razão prática *versus* a razão teórica. Desse modo, a razão prática constitui a liberdade sob as leis morais auto-outorgadas enquanto que a razão teórica abarca a natureza sob as leis da causalidade. Para Kant, o domínio da natureza é totalmente diferente do domínio da liberdade; nenhuma autonomia subjetiva pode violar as leis da causalidade e nenhum dado sensorial pode determinar a autonomia do sujeito (pois, caso contrário, o sujeito não seria livre). Entretanto, Marcuse aponta que a autonomia do sujeito tem de exercer um efeito na realidade objetiva e as finalidades que o sujeito persegue, para si próprio, devem ser reais. Dessa forma, a razão teórica que comporta o entendimento pressupõe princípios apriorísticos acerca da cognição enquanto que a razão prática pressupõe princípios derivados do desejo, da vontade.



A liberdade idealista-cristã concebe a *liberdade-em-si* como autorrenúncia. “A autorrenúncia mais completa nada mais é que liberdade, liberdade do próprio si-mesmo e o anseio por liberdade como algo absoluto. Isto nos levou à peculiaridade.”<sup>94</sup> Nesse sentido, se liberdade é considerada como autorrenúncia, ela é posta como Sagrada. A autolibertação é convertida em uma categoria abstrata. Pondera-se que a ideia de liberdade como supressão de uma barreira encontra sua contradição no fato de que, quando se suprime um obstáculo, há interposição de novos obstáculos. Veja-se:

Quando o carreteiro e a carreta não mais satisfazem as necessidades evoluídas do comércio, quando, entre outras coisas, a centralização da produção pela grande indústria tornou necessários novos meios para o transporte rápido e maciço de suas massas de produtos, inventou-se a locomotiva, que permitiu a aplicação do trem de ferro ao grande comércio. O interesse dos inventores e dos acionários era o seu lucro; o do comércio como um todo, a redução de custos de produção; a possibilidade e até necessidade absoluta da invenção residiam nas condições empíricas. Na América do Norte, por exemplo, havia a necessidade de unificar os estados isolados devido ao imenso território, interligar os distritos e, assim, seus produtos. O que importa é que, em lugar algum, se construiu trens de ferro em função da categoria *liberdade de*.<sup>95</sup>

A liberdade humana concebida como estar-livre de algo é uma ideia relacionada à concepção de liberdade perante o ideal-cristão. A satisfação das necessidades reais do indivíduo é substituída por um ideal abstrato de liberdade humana.

Neste contexto, pode-se apresentar a diferenciação entre liberdade e peculiaridade. Esta é considerada como toda a *minha* essência e existência, sou *Eu* mesmo. Estou livre daquilo de que estou sem, sou possuidor daquilo que tenho em meu poder ou do que está em meu poder.<sup>96</sup> A peculiaridade é posta como a determinação da natureza sobre o

A faculdade de julgamento é a responsável por mediar tais polos entre sofrimento e prazer. MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 135.

<sup>94</sup> Ibid., p. 292.

A liberdade analisada de forma abstrata resulta na consideração da liberdade como uma fantasmagoria, um sonho.

O método transcendental de Kant apresenta uma crítica do juízo que recai sobre a dimensão estética diante da afirmação de que a natureza se torna suscetível à liberdade por meio da autonomia. Marcuse interpreta que perante o sistema de Kant, a moralidade é o reino da liberdade no qual a razão prática se realiza, de acordo com as leis auto-outorgadas. A dimensão estética, na filosofia kantiana, realiza uma conciliação entre os desejos humanos e a moralidade: polos em conflito desde a perspectiva da existência humana. Para Kant, a dimensão estética é o meio onde os sentidos e o intelecto se encontram. Além disso, também é o meio onde a natureza e a liberdade se deparam. Ibid., p.138.

<sup>95</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 293.

<sup>96</sup> Ibid., p. 296.

O escravo que toma a resolução de se libertar já deve ter superado a ideia de que a escravidão é a sua peculiaridade, ele deve estar livre dessa peculiaridade. Porém, a peculiaridade de um indivíduo pode consistir, de fato, em que ele se joga fora. Ibid., p. 298.

indivíduo. Neste ponto, já se pode rebater tal concepção no sentido de que não é a natureza que determina a *mim*, mas o *Eu* que determina a própria natureza.

Se se concebe peculiaridade como identidade-pessoa e determinação da natureza, só se poderia desistir de sua própria peculiaridade desistindo de sua vida. Assim, na visão abstrata e fantasiosa, a liberdade é compreendida como autolibertação. “Eu só posso ter tanta liberdade quanta eu arranjar para mim através da minha peculiaridade, e a determinação da liberdade que ocorre em todos os ideólogos aparece como autodeterminação, como peculiaridade.”<sup>97</sup>

A concepção de peculiaridade como autolibertação acaba por retratar a oposição entre liberdade como *estar-sem* e peculiaridade como negação deste *estar-sem*. Para Karl Marx, esta concepção é característica do pensamento pequeno burguês alemão, pois diante das condições de vida da classe pequeno burguesa, todas as barreiras e todos os obstáculos se desfazem por si sós. “Ele nunca mexe um dedo e, por costume, faz daquelas barreiras que não caem por si sós a sua peculiaridade.”<sup>98</sup>

Daquilo de que não se está livre, constitui-se a escolha e o gosto do livre nato. Marx rebate, radicalmente, tal concepção de escolha de maneira a indagar o que se escolhe sobre a fome quando não se tem dinheiro? O que se escolhe frente à pobreza, à miséria humana? Dessa forma, critica-se o aceitar sendo identificado como a escolha individual.<sup>99</sup>

Em termos concretos, compreende-se que o estar-livre do próprio *si-mesmo* seria a autonegação. Já a peculiaridade é a afirmação de si mesmo, em proveito próprio. Mas, em última instância, tem-se uma contradição: a peculiaridade também se reporta à autorrenúncia.<sup>100</sup>

Karl Marx percebe que no momento histórico representativo da luta pelos interesses burgueses contra o sistema feudal e monárquico, aparece a defesa pela liberdade e pelo sujeito livre, conceitos básicos de formação do direito penal moderno. Agora, no desenvolvimento da sociedade burguesa, já se questiona se o homem realmente pode tornar-se-livre (há a criação de mecanismos dogmático-penais de forma a restringir a liberdade individual). Coloca-se a liberdade como algo abstrato - impreciso - como um poder sagrado que o homem não consegue para si mesmo. O foco se torna a peculiaridade, pois esta já não mais poderia ser questionada.

<sup>97</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 300.

<sup>98</sup> Ibid., p. 301.

<sup>99</sup> Ibid., p. 302.

<sup>100</sup> Ibid., p. 302.

**PARTE II****PROJEÇÃO DAS ORIENTAÇÕES FILOSÓFICAS DE AUTONOMIA E  
LIBERDADE HUMANA NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL E OS IMPACTOS  
NA INTERPRETAÇÃO NORMATIVA ACERCA DA VIDA HUMANA**



## CAPÍTULO 4 OS CONCEITOS DE AUTONOMIA E LIBERDADE HUMANA NA CONCEPÇÃO DE HANS WELZEL

### 4.1 Interpretação ontológica do Direito

O pensamento neokantiano, exposto em tópico específico, pretendeu encontrar respostas aos problemas oriundos do positivismo naturalista. Todavia, ressalta-se que a filosofia neokantiana do Direito apenas complementa o positivismo naturalista de modo que não logrou superá-lo.<sup>1</sup> No mesmo sentido, acrescenta-se o pensamento de Víctor Gabriel Rodríguez para o qual não se pode confundir a teoria kantiana com o neokantismo. Este não conseguiu se distanciar do positivismo e se demonstrou um pensamento complementar àquele. Rodríguez observa que o positivismo do neokantismo não é o *kantismo* em si. Neste sentido, o neokantismo é o ponto de partida do pensamento de Welzel e, não, propriamente, o sistema kantiano.

Hans Welzel parte da seguinte problemática ao neokantismo: se o mundo é um caos e o que confere sentido são os valores, então, a questão está centralizada no conteúdo destes valores e em sua concretização no interior do Direito Penal. Mas, pela metodologia do neokantismo, estes valores podem ser tanto libertários como autoritários. Por conseguinte, a adoção metodológica de Hans Welzel relaciona-se à tentativa de quebrar o suposto irracionalismo propiciado pelo positivismo jurídico, pelo positivismo-naturalista e pela doutrina neokantiana dos valores em decorrência da não delimitação axiológica e de conteúdo ao legislador.

Karl Larenz afirma que a crítica de Welzel à teoria neokantiana se fundamenta a partir da fenomenologia de Edmundo Husserl e, particularmente, da ontologia de Nicolai Hartmann. Entretanto, alerta que ambos os autores representaram, sobre a ciência jurídica, uma influência meramente indireta.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidade**: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 72.

<sup>2</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 139.

O pensamento ontológico aponta o fundamento de tais elementos de forma pré-conformada, no próprio modo de ser, na própria estrutura objetiva dos dados.<sup>3</sup> Welzel incorporou este pensamento para contrariar a ideia de que a estrutura da ação humana é referida a um sentido que transcende a norma jurídica, ou seja, Welzel defende que já existe um sentido de maneira imanente ao dado a ser analisado. Efetiva-se uma inversão radical à perspectiva neokantiana, notadamente no período de 1935.

Logo, a perspectiva ontológica considera que os conceitos são reproduções de fragmentos de um ser ôntico complexo que é em si mesmo portador de uma legalidade estrutural e de valores diferenciados. Os conceitos não são receptores passivos de valores e estruturas produzidas pelo pensamento. O método não determina o objeto de conhecimento; ao contrário, o método deve ser condicionado pelo próprio objeto na condição de fragmento ôntico do ser que é proposto à investigação.<sup>4</sup>

Compreende-se que o dado apriorístico se refere à estrutura essencial, imanente e material do próprio objeto. Sendo assim, o jurista não pode dispor livremente dos seus conceitos. Deve compreender a estrutura ôntica do real cuja apreensão jurídica lhe incumbe.<sup>5</sup> Esta estrutura ontológica foi apreendida por Welzel.

Portanto, a construção dos conceitos jurídicos a partir da natureza das coisas coloca como ponto de partida uma estrutura própria sobre a qual se enunciam proposições apriorísticas. O Direito positivo é livre para acolher ou divergir de tais conceitos, porém

A ideia de Hartmann, segundo a interpretação de Víctor Gabriel Rodríguez, é a de uma construção filosófica que abarca a realidade toda partindo das explicações metafísicas de Kant e de Hegel. A Ética é considerada a revelação da alma humana e abarca a tarefa de trazer à consciência os princípios que estão na alma do homem. O princípio ético existe, portanto, à *priori*. Mas, como bem observa Rodríguez, a consciência ética é descoberta em repercussões diretas da vida real por meio das decisões de vida moral. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

<sup>3</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

Em contraposição ao radicalismo em torno da adoção do dualismo metodológico exposto no tópico a respeito do Neokantismo, o método ontológico retorna ao monismo no sentido de verificar uma união entre realidade e valor. A relação entre os fatos contém, em sua própria realidade, o valor determinado. Entretanto, os valores podem ser separados da realidade, pois a qualidade dos valores é constatada quando se valora as ações. Em outras palavras, a qualidade dos valores se descobre no próprio objeto no momento em que é submetido à valoração. Tal perspectiva se contrapõe, em certa medida, à ontologia abstrata de Hartmann para o qual, no campo dos estudos sobre dever ser e ser, considera-se o valor como uma criação de conteúdo diverso, objetivo e *a priori*, separado do ser. O valor constituiria o dever ser, isto é, a ética material axiológica. KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

<sup>4</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 138.

não consegue afetar a sua existência específica.<sup>6</sup> Larenz explica que o pensamento de Husserl relaciona o *dever-ser* com a esfera do *ser* de modo a negar a tese fundamental do positivismo: a da discricionariedade absoluta do conteúdo das normas.<sup>7</sup> O núcleo de sentido não é vazio, mas pleno de conteúdo.

Husserl reconhece ao Direito a estrutura temporal da historicidade. Este reconhecimento significa que ele não se limita a surgir e desaparecer no tempo histórico; ao contrário, o Direito se insere na corrente da história no sentido de se transformar a partir da situação histórica e das relações reais entre os sujeitos ao tempo em que vigora. Essa perspectiva metodológica resulta em uma valoração sobre a interpretação e aplicação das normas pela jurisprudência, pois considera que as proposições jurídicas só efetivam a força normativa que lhes é inerente a partir da aplicação concreta.<sup>8</sup>

Compreende-se, assim, que o legislador na condição de criador da lei vincula-se às conexões de sentido que lhe são dadas pela situação histórica concreta enquanto que a interpretação da norma representa um processo no qual os valores expressados pela lei são desenvolvidos.

Para a perspectiva fenomenológica, o Direito positivo simboliza o campo do ser de modo a rebater o conceito positivista de realidade. Todavia, observa Larenz que o próprio neokantismo – mesmo que diante de pressupostos metodológicos distintos – já havia reconhecido que toda a proposição jurídica e todo o instituto jurídico, pelo seu próprio sentido, apontam simultaneamente para além de si próprios, para um sentido total do Direito: a ideia do Direito.<sup>9</sup> A problemática se refere ao posicionamento neokantiano de não interpretar esse sentido *a priori*, apenas o reconhecia como ponto de orientação sem delimitar o conteúdo.

Nesse sentido, Larenz constata que o neokantismo contrapôs ao conceito geral abstrato o conceito individual-histórico. Contudo, não alcançou o conceito de essência pleno de conteúdo, isto é, o conceito geral concreto. Em contrapartida, a perspectiva metodológica que desenvolve os conceitos jurídicos segundo a natureza das coisas, a *ontologia*, pretende extrair o sentido a partir das relações humanas de vida como tais, de acordo com o valor ou fim social. Tais relações já possuem um sentido determinado para além do ato de criação normativa. Portanto, seria indispensável o conhecimento da

---

<sup>6</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 140.

<sup>7</sup> Ibid., p. 142.

<sup>8</sup> Ibid., p. 144.

<sup>9</sup> Ibid.

natureza *a priori*. “Para aqueles que consideram o Direito fundado no sentido do *ser*, deve-se exigir do direito positivo que não ignore a natureza das coisas e que se oriente por ela.”<sup>10</sup>

Desse modo, Larenz assevera que o neokantismo, os neohegelianos e os fenomenólogos partem de pressupostos gnoseológicos muito diferentes, isto é, observam o Direito e a ciência jurídica sob aspectos distintos. No entanto, o que se pondera é que se substitui uma interpretação de mundo por outra como consequência das limitações da interpretação anteriormente aceita.

Logo, o neokantismo foi a resposta dirigida à estreita interpretação da realidade própria do positivismo naturalista e que a fenomenologia e sua conversão à ontologia apreendida por Hans Welzel significou uma resposta à perspectiva gnoseológica do neokantismo.<sup>11</sup> Kaufmann constata que a leitura ontológica do Direito, para além de uma resposta ao neokantismo, foi recolocada no contexto de encontrar uma alternativa perante a oposição entre as concepções de direito natural, as quais impõem a defesa pela existência de valores absolutos e universais, e o positivismo jurídico com sua indiferença em relação ao mundo valorativo.

Dessa maneira, a perspectiva ontológica confronta a concepção positivista no sentido de entendê-la como um caminho fácil à justificação, devido à equiparação entre direito e norma, aos regimes totalitários/autoritários, pois o legislador é quem estabelece, em seu exercício de autoridade, aquilo que pode ser considerado como norma, independentemente de seu conteúdo. Em contrapartida, o rechaço ao direito natural foi baseado no convencimento de que não se pode manter nenhum ordenamento jurídico em condições valorativas eternas e imutáveis. As críticas recaem, principalmente, no que se refere à sujeição das normas às mudanças históricas.<sup>12</sup>

De acordo com Hans Welzel, o positivismo jurídico somente pode ser superado pelo direito natural axiológico de modo a evidenciar as estruturas lógico-materiais introduzidas

---

<sup>10</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 476.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 147.

Larenz indaga até que ponto a passagem para uma ‘filosofia da existência’ significa, essencialmente, o desenvolvimento da fenomenologia.

Claus Roxin observa que a teoria de Welzel apresenta o mérito de ter imperado em um contexto no qual o positivismo se demonstrava de forma exacerbada. Por isso, torna-se evidente o motivo pelo qual o pensamento de Welzel dominou o cenário jurídico-penal brasileiro. ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 56.

<sup>12</sup> KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 22.



pelo ordenamento histórico.<sup>13</sup> Todavia, o próprio Welzel rechaça o direito natural devido a sua pretensão de valor absoluto. Nesse sentido, encontram-se proposições teóricas de se buscar um caminho entre o absolutismo e o relativismo de valores. Pretende-se introduzir uma relatividade histórica ao direito natural. Dentre tais proposições, destaca-se a de Arthur Kaufmann, o qual elaborou uma estrutura ontológica do Direito a partir de sua crítica ao relativismo e ao historicismo como métodos de construção de conceitos.

O relativismo é a inexistência de uma escala universal válida de valores para todo e qualquer sujeito. Já o historicismo apresenta como característica central a decomposição da realidade empírica em escalas objetivas e de valores. O erro fundamental do historicismo, na leitura de Kaufmann, está em deduzir a partir da transformação do empírico uma história ontológica do ser. Afirma-se que o dogma do relativismo segundo o qual não existe uma verdade absoluta é falso. As coisas são relativas em *seu ser*. Para o relativismo, o objeto pode ser o mesmo, mas o conhecimento de distintas pessoas sobre este objeto é variado, assim como é distinto em relação à época histórica. O relativismo e o historicismo apreciam as coisas como se cada indivíduo devesse realizar o todo, consideram as partes como o absoluto, relativizam e desintegram o todo.<sup>14</sup>

De acordo com Kaufmann, ao se construir princípios absolutos sejam eles morais ou jurídicos se coloca em dúvida sua validade geral.<sup>15</sup> Questiona-se se é suficiente, por meio do direito natural, eliminar, no âmbito dos deveres jurídicos, todos os graves abusos da injustiça regulada. Frente à discussão entre os extremos do absolutismo de valores e do relativismo, Kaufmann propõe que se deve decidir se o Direito, em sua estrutura ontológica, tem efeito absoluto ou relativo. Positivismo e direito natural se encontrariam não em uma polaridade de opostos, mas em uma relação de tensão recíproca.

A historicidade do direito passa a ser compreendida como um modelo de estrutura jurídica baseada, *ontologicamente*, no modo de ser do Direito. Aparece a ideia de uma historicidade ontológica do direito e não da história empírica das interpretações jurídicas e de suas materializações. Portanto, parte-se do ponto de vista da estrutura interna do direito para analisar a questão de sua historicidade, como dever de uma ontologia jurídica completa, da explicação da condição do ser do direito.<sup>16</sup> Ora bem, percebe-se que a ontologia destacada aqui representa um estudo ontológico abstrato do Direito, já que não

---

<sup>13</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Montevideú: B. de F./ Julio César Faira, 2005.

<sup>14</sup> KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 32.

<sup>15</sup> Ibid., p. 34.

<sup>16</sup> Ibid., p. 37.

se desenvolve de modo a levar em consideração a história empírica das interpretações jurídicas.

A perspectiva ontológica não nega que a materialização do direito encontra-se em sua positividade. Entretanto, a positividade do direito significa, em sentido ontológico formal, uma medida semelhante à atualização e à concretização de sua essência. O direito deve ser positivo, mas a positividade não constitui a única característica do direito. A norma recebe qualidade jurídica somente quando contém uma essência jurídica, ou seja, quando representa, ao menos de modo aproximado, um direito concreto em seu conteúdo. A essência do Direito se refere, formal e ontologicamente, à veracidade do conteúdo concreto e não somente à maior ou menor validade de sua identificação com os princípios fundamentais de Justiça.

A diferenciação entre a essência do Direito representada por sua legitimidade natural e a existência do direito compreendida como a positividade do conteúdo é posta como uma diferenciação ontológica. No Direito positivo, a essência se relaciona com a possibilidade de existir enquanto a configuração do direito suprapositivo não alcança, materialmente, o nível da existência.<sup>17</sup>

Em uma concepção ontológica, a temporalidade e a historicidade do direito e dos indivíduos são consideradas como modelo estrutural do ser. A partir de uma leitura ontológica do Direito, este não é um mero acontecimento no tempo; ao contrário, se determina em seu ser por meio do tempo. Classificar o Direito como fenômeno histórico não significa conceber seu desenvolvimento de forma discricionária ao tempo, mas exige delimitar seu caminho em torno de um objetivo determinado. Este caminho pelo qual perpassa o direito estaria enraizado no direito natural.<sup>18</sup>

Em resumo, a leitura ontológica do Direito não considera o Direito Natural e a historicidade como elementos opostos. A historicidade e o Direito Natural se complementam por meio do objetivo de se alcançar o direito temporal. Assim sendo, para Kaufmann, haveria a superação do positivismo jurídico.

#### **4.2 Conceito de autonomia e conceito de pessoa como fundamentos ontológicos do Direito e da Moral**

---

<sup>17</sup> KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 40.

<sup>18</sup> Ibid., p.43.

Não se pode olvidar que o tema sobre a tutela penal da vida humana e seus limites guarda uma relação próxima com postulados morais. Deve-se questionar em que proporção se deve considerar a moral frente ao Direito (ou melhor, aos conceitos jurídicos). Tal questão é de fundamental importância na política do direito e, notadamente, nas escolhas de política criminal.<sup>19</sup>

O Direito (campo da legalidade) apresenta capacidade de coação em torno dos comportamentos exteriores enquanto a moral (campo da moralidade) é responsável por orientar o âmbito interior e, por isso, não apresenta a capacidade para coagir. Assim, compreende-se que os deveres morais têm como base a autonomia e os deveres jurídicos, a heteronomia.

A concepção sobre autonomia como autolegislação, ou seja, compreender que o homem é um ser autônomo, em sentido estrito, significa que ele afirma para si mesmo as pautas de seu comportamento, ele é seu próprio legislador. Nenhuma moral geral pode determinar o que se deve fazer. Verifica-se a defesa por uma absoluta liberdade de si mesmo.<sup>20</sup>

Perante a perspectiva Kantiana, a autonomia é vista apenas quando a generalidade está sobre a particularidade, isto é, quando se dispersam as fronteiras da individualidade.<sup>21</sup> O homem como pessoa não é considerado como sujeito único, mas como sujeito da razão

---

<sup>19</sup> KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 47.

No tema referente à imputação como processo de comunicação, a corrente funcionalista do Direito apresenta uma crítica à perspectiva ontológica. O direito não existe de maneira prévia ao ato de imputação. Para a perspectiva funcionalista, uma concepção ontológica do Direito corre o risco de deixá-lo reificado e petrificado. Kaufmann se contrapõe ao funcionalismo no sentido de que a crítica apresentada somente atinge uma concepção ontológico-substancial do Direito de modo a não considerar a ontologia das estruturas e relações que afirma o Direito constituído por referências pessoais. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 169.

KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 78, p. 183-208., 2002.

<sup>20</sup> KAUFMANN, Arthur. Op. Cit., 2000. p. 62.

<sup>21</sup> “[...] *la autonomía de la persona significa nada más y nada menos que la parte en la legislación general; es la corresponsabilidad del particular en el orden moral de la humanidad.*” Ibid.

De acordo com Kurt Seelmann, é por meio das normas que o homem afirma para si mesmo a dimensão de sua autonomia a qual o coloca em estado de controlar seus próprios desejos e, se necessário, de negá-los. Assim, a autonomia constitui o sujeito como portador de dignidade. Nesse sentido, somente possui dignidade o sujeito que pode autolimitar-se através de regras concebidas a partir de sua autolegislação. A autolimitação resulta em autolegislação: com ela se faz dependente o indivíduo da universalização de suas máximas. Logo, compreende-se que, para Kant, a autolegislação é o fundamento da ética perante a qual, em relação de fundamentação, a qualidade de ser fim em si mesmo se confirma como consequência da autolegislação. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 31.

Na concepção de Seelmann, a relação de fundamentação kantiana entre autolegislação e autonomia está formulada de modo ambivalente.

geral. As intersubjetividades representam o consenso de uma sociedade frente a um conteúdo mínimo ético-material. A ética autônoma de Kant é considerada como uma ética subjetivista.

Em contraposição, Kaufmann se posiciona no sentido de que a autonomia somente pode ser uma autonomia relativa e, assim, não pode significar autolegislação. Tem-se a união do indivíduo com suas estruturas essenciais segundo uma ordem pré-estabelecida em seu ser. Tal pensamento não significa a dependência perante um estímulo de valor desconhecido, mas conforme a analogia interna do ser.<sup>22</sup>

O conceito ontológico de autonomia, desenvolvido por Kaufmann, demarca a validade dos preceitos morais e jurídicos com fundamento na consciência do sujeito e não na sobreposição do reconhecimento do imperativo. Todavia, não se pode negar a relevância da consideração, pela consciência, dos valores ético-materiais conformadores da vontade.<sup>23</sup>

De acordo com Kaufmann, é o valor que a norma carrega em si que lhe outorga a força obrigatória. Pode-se transportar esta concepção para a análise sobre a conduta de aborto consentido, a qual evidencia a determinação do campo do “*ethos superior*” sendo um equívoco movimentá-la para o interior da imperatividade e proibição jurídica. Ultrapassar-se-ia o limite de consideração da moral no interior do direito com reflexo na ordem político-criminal. Neste sentido, o direito somente pode alcançar comportamentos exigíveis em relação a todos os sujeitos membros de uma determinada sociedade. A ordem das violações consideradas como pecado deveria permanecer fora da esfera jurídica.<sup>24</sup>

Há de se observar, com certa cautela, as diferenciações que ocorrem ao nível do injusto penal frente às condutas que atingem a vida humana, pois determinadas condutas que abarcam o conflito entre vida e autonomia se demonstram muito mais como violações nas esferas moral e religiosa, notadamente no âmbito valorativo cristão, que propriamente no campo de configuração dos injustos penais.

Percebe-se que o Direito e a Moral não coexistem em harmonia, mas em relações de tensões, que incluem o questionamento sobre se Direito e moral se diferenciam em relação à fonte de validade. Um dever puro somente pode fundar-se em um valor moral preestabelecido de forma objetiva. Em outras palavras, o fundamento do dever se encontra em um valor moral objetivo que apresenta sua validade na vontade da sociedade.

---

<sup>22</sup> KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 67.

<sup>23</sup> Ibid., p. 67.

<sup>24</sup> Ibid., p. 69.

O fundamento da norma não representa sua característica de imperatividade, mas seu próprio conteúdo. O aspecto imperativo é um caminho para se concretizar o valor. Nesse sentido, compreende-se que a norma também exige moralidade.<sup>25</sup> Assim sendo, o caráter de coerção não constitui a essência do Direito e, portanto, não apresenta sua validade geral. É somente o valor que pode legitimar a norma jurídica e a coerção jurídica. Desse modo, o fator “coação” não pode diferenciar, em termos de essência, Direito e Moral. Estes, na leitura de Kaufmann, se deparam em uma antítese que inclui um contexto material, o qual representa o contraste de correspondência ao nível da essência. Portanto, há uma diferenciação da essência dentro de uma unidade.<sup>26</sup> Constatam-se um procedimento dialético e analógico em torno do objetivo referente à comparação material dos fenômenos, a qual estabelece a relação entre direito e moral a partir da consideração do sujeito como pessoa.

A filosofia Kantiana abarca a ideia de que o Direito se apresenta na condição de poder frente à sociedade com o objetivo de assegurar a existência dos membros desta comunidade. A obediência à norma jurídica tem seu correlato à proteção. Reconhece-se o ser humano como pessoa para obrigá-lo e, assim, protegê-lo.<sup>27</sup> A diferenciação e reconhecimento do sujeito como pessoa é o que distingue o direito do poder. O direito se refere e obriga apenas o sujeito como pessoa.

Tanto as normas jurídicas quanto as normas morais estão referidas aos seres humanos de maneira a ordenar a vontade aos atos humanos e delimitar o espaço no qual o homem se realiza em si mesmo. O fundamento ontológico do direito e da moral está na humanidade: na natureza pessoal do homem. A diferenciação entre direito e moral é posta de acordo com a heterogeneidade do sujeito e de seus objetos. O objeto do Direito se refere à relação estabelecida entre *personas* - relação bilateral – ao passo que a moral apresenta como objeto o sujeito individual analisado de forma unilateral.

A utilização do termo “pessoa” ocorre de maneira proposital neste referencial ontológico do Direito e da Moral. Questiona-se, portanto, o que significa realmente o ser

---

<sup>25</sup> “[...] *Al infractor del derecho se le puede privar de su libertad externa y hacerle sentir en la cárcel el poder del estado, pero no se le puede hacer mejor por la fuerza, pues esto sólo es posible en el marco de la pura expiación, que, sin embargo, sólo es concebible como acto libre de la personalidad moral.*” KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 72.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 49.

Todavia, extrair consequências jurídicas a partir de normas morais pode resultar em certos problemas os quais se dividem em dois campos. O primeiro é de natureza ontológica: de que forma se materializa a moral em nosso mundo? Qual a relação entre o ser e o dever ser? O segundo é de natureza teórico-cognoscitiva: é possível reconhecer o conteúdo dos valores? Qual é a forma real da moral?

<sup>27</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 212.

humano como pessoa?<sup>28</sup> Esta representa uma individualidade espiritual. O espírito é algo existente, individual, único. O critério decisivo da personalidade está na autodeterminação e no autoperfeccionamento. Para Kaufmann, ser pessoa implica possuir a capacidade para uma consciência espiritual e a correspondente disposição próprias. Assim, ser pessoa é estar em posse de si mesmo.<sup>29</sup> Em suma, a existência humana se concretiza diante desta tensão. O fundamento da personalidade se encontra na *autodeterminação*, ou seja, na consciência espiritual e na disposição própria.

Ao se afirmar que a pessoa (o sujeito em sua autorrealização) não é uma questão de livre vontade, há impactos na aplicabilidade no conceito de dignidade da pessoa humana. A liberdade existencial do sujeito carrega uma responsabilidade moral e a capacidade culpabilidade. Neste ponto, se encontram as raízes da dignidade compreendida como o meio para se atingir o objetivo específico de realização da essência da pessoa humana em sua liberdade.<sup>30</sup>

Deve-se salientar que o conceito de pessoa orienta-se para além da individualidade do sujeito. A realização do sujeito ocorre no próprio desenvolvimento da história mediante a concretização de seu trabalho. Este se configura na comunidade e com a comunidade. A capacidade do ser humano para ser pessoa significa também uma individualidade social. O

---

<sup>28</sup> KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

A diferenciação de Hartmann entre sujeito e pessoa reside na escolha entre os valores: a pessoa é o sujeito que porta a liberdade e valores morais. Portanto, o estudo da ética do dever ser é o próprio estudo da ética da pessoa. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

<sup>29</sup> KAUFMANN, Arthur. Op. Cit., 2000. p. 53.

<sup>30</sup> O conceito ontológico de liberdade, em Hartmann, é desenvolvido a partir de sua leitura Kantiana no que se refere à causalidade pelo fenômeno da natureza e causalidade pela liberdade. A ideia de fim, em Hartmann, dirigiu a compreensão de determinação teleológica como um dos tipos de determinação ontológica. A liberdade pessoal (liberdade da vontade) é possível e necessária ao ser de modo que ela se opere ontologicamente. A ontologia se preocupa em demonstrar o elemento na realidade. As leis do dever não determinam em absoluto o homem; mas, quando não determinado por estas, encontra-se, de certa forma, determinado pela lei natural. Hartmann dá ênfase, portanto, à ação direcionada ao fim. Todo o querer encontra-se oculto na disposição do *ânimo*. Toda intenção prática do sujeito é final. Os processos causais se vinculam aos valores já que a vontade do sujeito é direcionada a um fim. A liberdade da vontade é o poder de, frente aos valores, agir de modo favorável ou contrário a eles. Por conseguinte, o pressuposto da vontade livre dirige a ação final. Distingue-se a liberdade moral (liberdade sobre a lei de dever), a liberdade natural (a liberdade sobre a lei) e a vontade em si mesma em estratificações perante a uma mesma pessoa. Afirma-se que a vontade é o fator determinante. A determinação natural é causal. Já a determinação quanto ao dever é sempre final. O último estrato compreendido pela vontade representa a determinação livre de cada pessoa. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014. p. 139.

sujeito, em sua individualidade, deve se relacionar com os outros para alcançar uma maior plenitude de seu ser.<sup>31</sup> Somente nesta transcendência da individualidade é que o homem se torna *pessoa*. Sua autorrealização está exatamente nesta transcendência, isto é, no seu ser com os demais. O indivíduo, na condição de pessoa, se condiciona pelo contexto da sociabilidade.

Entretanto, a relação entre individualidade e sociabilidade não é contraditória. A sociabilidade não prescinde da individualidade, nem esta daquela. A partir desta relação recíproca, desenvolve-se a noção de solidariedade e do Direito referente à pessoa (e não ao sujeito em seu ser em si mesmo). A relação do ser com os demais se reflete em direitos subjetivos que garantirão a autorrealização da personalidade moral.

#### **4.3 A determinação do contexto histórico na estrutura metodológica de Hans Welzel**

O porquê de se selecionar a leitura de Hans Welzel como discussão central sobre os conceitos de autonomia e liberdade humana se reflete no papel relevante que Welzel obteve no campo da dogmática jurídico-penal com sua construção finalista à Teoria do Delito. No mesmo sentido observado por Víctor Gabriel Rodríguez, a teoria finalista ainda segue sendo atual. A estrutura dogmática desenvolvida por Welzel se apresenta como o ponto de partida para as propostas pós-finalistas, por mais desenvolvidas que estas se encontrem.<sup>32</sup> Portanto, sublinha-se que a consideração de Hans Welzel sobre os conceitos de autonomia e liberdade humana é um dos pontos de críticas e encaminhamentos das propostas dogmáticas atuais.

Todavia, não é apenas este ponto que merece esclarecimento sobre a seleção das construções conceituais de Welzel. Para além do comentado, destaca-se que a construção conceitual de Welzel resulta em um aspecto pouco observado, no contexto brasileiro, sobre a característica moralista que se espalha por seu pensamento, mesmo que ocultado por meio do método ontológico-abstrato. É sobre este ponto que a escolha de se estudar tais conceitos demonstrou-se relevante aos objetivos aqui pretendidos.

A compreensão da base metodológica de Hans Welzel está relacionada ao entendimento do contexto histórico que fundamenta a adoção de seus métodos. Michael

---

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014. p. 56.

<sup>32</sup> Ibid.

Pawlik aponta a teoria de Welzel como uma teoria metafísica do direito penal. A doutrina metafísica do direito pretende alcançar o que permanece no tempo (o que é fundamental, universal e global), isto é, apreende os objetos que a ciência pode sustentar de modo superior ao próprio tempo e, assim, faz desaparecer a historicidade de sua própria condição. Neste contexto, a perspectiva metafísica de Welzel encontra-se em conflito com a perspectiva positivista do Direito.<sup>33</sup>

As concepções teóricas e construções conceituais de Welzel receberam modificações significativas ao longo do período histórico que compreende os anos de 1930 a 1945. Tais concepções se apresentam diferenciadas a partir do marco histórico referente à segunda guerra mundial.<sup>34</sup>

Edgardo Donna explica como se desenvolveu um direito punitivo, no contexto nacional-socialista, conforme a vontade popular e o espírito do povo alemão de maneira a substituir a proteção dos interesses individuais, típica de uma concepção individualista-liberal, pela defesa dos interesses da comunidade nacional.<sup>35</sup>

Neste contexto, a defesa pela consideração de delito como infração de dever representa um retorno ao sistema punitivo de base subjetivista no sentido de que a pena deveria ser aplicada de acordo com a vontade do agente e não propriamente em relação às consequências da conduta realizada. A Escola de Kiel trouxe a ideologia nacional-socialista para a ciência jurídico-penal: “tanto o Direito Penal da vontade quanto a teoria dos tipos de autor puderam considerar uma unidade ideológica cuja intenção seria dirigir o direito penal a uma subjetivação, relativização e antecipação da intervenção penal.”<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> PAWLIK, Michael. Introdução: Welzel – Um clássico? In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

Trata-se do positivismo-naturalista o qual ao reduzir o ser à estrutura que se extrai apenas da experiência em fatores quantitativos, compreende somente parte dos fenômenos. O sujeito efetivo apresenta uma ordem e uma forma em si mesmo.

<sup>34</sup> Michael Kubiciel também adverte sobre a necessidade de contextualização da ciência de direito penal de Welzel, desde o ponto de vista político entre os anos 1930 e 1945, para que se possa compreender seus posicionamentos contrários ao pensamento causal-naturalístico. KUBICIEL, Michael. “Welzel e gli altri”: Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>35</sup> DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CERESO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

<sup>36</sup> FROMMEL, Monika. Los Orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 2, n.2, p. 621-632., maio/ago. 1989. p. 625.



A ampliação do conceito de bem jurídico de maneira a apresentar uma valoração aos interesses sociais resultou em um problema de ordem empírica: “um conceito irreal de bem jurídico seria tudo o que aos olhos do legislador aparece como valor.”<sup>37</sup> O ataque da doutrina nacional-socialista ao pensamento tradicional de bem jurídico anula a verificação empírica dos resultados externos socialmente danosos e transfere a resposta jurídico-penal para as consideradas condutas antissociais. Desse modo, coloca a proteção do direito penal em vagas descrições em torno da ideia de “danoso para o povo, para a comunidade nacional.”<sup>38</sup>

Esta estruturação dogmática distanciada das bases do direito penal clássico-liberal, criado no contexto iluminista, resultou em uma problemática no que se refere ao conceito de liberdade humana. A consideração heroica da vida e de seus fenômenos dependia, essencialmente, da não existência da livre vontade.<sup>39</sup>

O propósito de tal estruturação dogmática se orientava pela necessidade de intensificar a punibilidade e alcançar qualquer desobediência. Para isto, abandonam-se os pressupostos individualistas e liberais do Direito Penal moderno e subordina-se todo o sistema jurídico-penal aos interesses das classes dominantes, isto é, da ‘comunidade nacional’. Em contraposição à tendência individualista que prioriza as garantias do indivíduo, a nova concepção prioriza os interesses da ‘comunidade’. Restringe-se a finalidade da pena ao âmbito de intimidação de maneira a colocar a prevenção como centro do sistema, bem como a perseguição aos supostos inimigos da comunidade nacional. Neste contexto, a pena de morte se torna a afirmação mais perfeita da absoluta supremacia do Estado sobre o indivíduo.<sup>40</sup>

A estrutura dogmática proposta na época do nacional-socialismo demonstra a utilização da abertura axiológica oferecida pelo método de construção do pensamento penal do positivismo jurídico e do neokantismo. Observa-se que tais teorias, por mais abstratas que possam ser consideradas, foram apreendidas pelo mundo real de modo a legitimar um sistema jurídico-penal apto a fundamentar a eliminação significativa de vidas

---

<sup>37</sup> FROMMEL, Monika. Los Orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 2, n.2, p. 621-632., maio/ago. 1989. p. 626.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CERESO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad**: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 77.

<sup>40</sup> Ibid., p. 80.

humanas. Em outras palavras, há uma realidade político-social a partir da qual se constrói uma ideologia jurídica que fundamenta a aplicação das normas penais.

Em contrapartida, a concepção teórica de Welzel, no contexto histórico pós-guerra, rechaça a ideia de que o Direito pode receber qualquer conteúdo valorativo. Nesse sentido, procura-se limitar o legislador para além da concepção positivista.<sup>41</sup> Apesar deste contraponto em termos metodológicos, Welzel introduziu os aspectos normativistas desenvolvidos pelos neokantianos em seu sistema de dogmática penal. Por conseguinte, constata-se que Welzel não eliminou, por completo, a utilização do método normativo sendo que apenas estabeleceu limites a sua aplicação.

Para alcançar uma melhor compreensão, ilustra-se o reflexo da utilização do método normativo na consideração dos conceitos jurídicos de vida e morte. Por meio do método normativo, não é possível derivar categorias do dever ser a partir da esfera do ser (da natureza). Há, portanto, o seguinte questionamento: os conceitos de vida e morte derivam de uma concepção naturalista (a partir do ser) ou de uma perspectiva normativista? Pode-se afirmar que tais conceitos, apesar do apego às perspectivas naturalísticas, podem ser normatizados. Em outras palavras, os momentos relativos ao nascimento e à morte de uma pessoa podem ser normatizados, para além de uma concepção que coloque o ponto de partida ao nível do ser (*natureza*).

Todavia, apesar de Welzel reconhecer a possibilidade de normatização dos conceitos jurídicos, constrói sua concepção com o intuito de estabelecer alguns limites ao método normativo. A estrutura dogmática de Welzel reflete seu posicionamento segundo o qual o direito deve ser positivo, mas suas instituições normativas e valoradas a partir de uma delimitação de conteúdo. Este posicionamento de Welzel retoma, de maneira evidente, as ideias tradicionais do Iluminismo (com destaque a Kant e a Hegel) no sentido de se considerar a imputação pela liberdade como um meio de reação ao contexto histórico perante o qual estava inserido.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Montevideu: B. de F. / Julio César Faira, 2005.

<sup>42</sup> Torío López comenta sobre a necessidade de construção das ideias penais, no período pós-guerra, a partir da noção de que o ser humano submete seus impulsos sensíveis à razão e à vontade valorativa. A violência do Estado não poderia corromper esta noção de sujeito. TORÍO LÓPEZ, Ángel. El sustrato antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua**, Madrid, n. 11, p. 667-678., jun. 1986.  
Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=57047](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57047). Acesso em: 29 dez. 2018.

Cumprе destacar, neste momento, o ponto de partida de Welzel sobre a função do Direito a partir de sua leitura sobre a concepção de Hobbes. Neste sentido, estabelece que a função do Direito reside em ordenar e superar o caos. O Direito deve ser positivo já que é considerado como um meio de resolução de conflitos em uma sociedade que representa, de algum modo, seu aspecto autoritário; pois a bondade e o altruísmo humano são limitados.<sup>43</sup>

Os instintos e movimentos anímicos dos homens têm que ser limitados por um poder; pois, ao contrário, haveria a luta de uns contra os outros. A partir desta constatação, determina-se progressivamente a justiça ou a injustiça de uma ação qualquer.<sup>44</sup> O Direito, para Hobbes, é o único valor na conformação da vida humana e, por isso, não pode ser ideal/irreal, mas deve se apresentar como uma força real conformadora da realidade. “A ordem ideal carece de valor se não tem força para superar a luta de todos contra todos. A lei deve superar o estado de natureza e estabelecer uma ordem real, por meio de um valor jurídico decisivo de asseguarção da existência humana.”<sup>45</sup>

O fundamento do Direito Natural, na concepção de Hobbes, está na própria existência humana. A proteção a esta existência resulta na necessidade de obediência pelos cidadãos. Em última instância, compreende-se que o fundamento axiológico do Direito Natural refere-se à obediência ao poder, o qual é responsável por assegurar a existência humana. A contradição da teoria de Hobbes aparece quando, em nome desta segurança à existência humana, permite-se eliminar a vida individual em prol da proteção do Estado. Explica Welzel: se todos os predicados valorativos éticos e jurídicos são predicados da vontade do poder político, pode-se deduzir que, necessariamente, o titular deste poder não pode cometer injustiça alguma; por mais recusáveis que sejam suas ações. Neste sentido,

---

<sup>43</sup> DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidade**: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p.84.

No mesmo sentido, interpreta Pawlik sobre a relação entre Welzel e a filosofia de Hobbes expressada em sua monografia intitulada “*Direito natural e justiça material*”: “*L’ordinamento più ideale è senza valore, se non há la forza di superar ela lotta di tutti contro tutti, mentre l’ordinamento di emergenza più imperfetto, il quale almeno supera il caos dello stato di natura e stabilisce un ordine reale, possiede proprio il valore giuridico decisivo di un ordenamento che protegge l’esistenza.*” PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 77.

<sup>44</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**: derecho natural y justicia material. Montevidéo: B. de F. / Julio César Faira, 2005. p. 115.

<sup>45</sup> Ibid., p. 119.

admite-se que a morte de um inocente, por ordem do poder político, não seria considerada uma injustiça.<sup>46</sup>

Acrescenta-se à leitura que Welzel realiza sobre a teoria de Hobbes que a conduta de matar alguém, em prol do Estado, possui justificações. Estas passaram de uma esfera teológica a uma esfera estatal, mas continuaram presentes no direito natural moderno.<sup>47</sup> Por meio da capacidade da ordem jurídica em assegurar a existência, somente se alcançou o valor jurídico mais elementar: esse valor referir-se-ia ao valor total se a vida fosse, realmente, o bem supremo, tal como Hobbes pensava. Questiona-se: se a obediência somente chega até onde o Estado está em situação de proteger o indivíduo, como pode o Estado impor a seus súditos que ponham suas vidas em perigo, em caso de guerra, para defender o próprio Estado? A teoria de Hobbes, portanto, inclina-se a legitimar o poder absoluto sobre o indivíduo e, por isso, este não pode agir injustamente contra ele já que os cidadãos estariam de acordo com as ações do Estado.<sup>48</sup>

Para Welzel, o que é real por sua natureza é conectado ao que é normativo. Se a primeira e mais importante tarefa do direito é superar ou reprimir a luta de todos contra todos de modo a substituí-la por um ordenamento que proteja a vida coletiva, então, a tarefa primordial do direito penal consiste na tutela aos valores ético-sociais elementares da vida comunitária. Nesse sentido, considera-se que o direito penal deve assegurar a atitude interna de fidelidade ao direito.<sup>49</sup>

Pawlik constata que as formulações iniciais de Welzel encontravam-se distantes do silêncio cultural-político se comparadas com sua fase mais avançada. Para Welzel, a tarefa da ciência da cultura seria a análise dos valores concretos de uma dada situação histórica. Todavia, Pawlik analisa que até mesmo nos escritos iniciais de Welzel, este não pretendia se separar de uma garantia metafísica. Welzel encontra – por meio de sua interpretação hegeliana – uma forma de unir o conceito atemporal com as variáveis históricas. Assim,

---

<sup>46</sup> “[...] siempre que Dios castiga o mata a un pecador, aun cuando le castiga por haberle castigado o matado con justicia si no hubiera pecado [...] el derecho de castigar o matar depende de los pecados de los hombres e não do poder divino.” WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Montevideo: B. de F. / Julio César Faira, 2005. p. 123.

<sup>47</sup> “[...] el quinto mandamento que ordena que no se puede matar sin orden de la autoridad estatal. Es decir, que en lugar del mandato divino, aparece ahora el mandato estatal como causa de justificación. El soberano tiene como obligación imitar los mandatos de la segunda tabla, los cuales son, a la vez, leyes naturales.” Ibid.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

contrapõe-se às concepções metafísicas unilaterais e mecanicistas de maneira a se concentrar na máxima hegeliana sobre a qual se afirma a racionalidade do real.<sup>50</sup>

Em sua crítica ao neokantismo, Welzel afirma que esta filosofia expressa um movimento intelectual de pensamento liberal o qual justifica e fundamenta o distanciamento entre ciência e vida concreta. A separação do campo intelectual (*dever-ser*) com a realidade efetiva (*ser*) é retratada como uma característica da ciência liberal. Neste sentido, Welzel se contrapõe ao neokantismo e afirma os valores reais, ou seja, aqueles valores que correspondem à sua realidade de vida. Salienta-se o retorno à concreta necessidade da situação histórica em busca do sentido real.<sup>51</sup>

A partir dessa necessidade histórica, Welzel – em seus textos iniciais - retoma as concepções da filosofia de Hegel no que tangem à consideração de que o Estado não pode se separar da liberdade, já que esta é sua realidade. Michael Kubiciel explica que o Estado é posto como uma unidade entre universalidade e particularidade. Somente o que é racional é real enquanto, ao contrário, o que é real é racional na medida perante a qual é expressão de um conceito (de um estado racional).

A liberdade de vontade é posta como o princípio e fundamento do próprio direito e, nessa condição, o Estado deve realizá-la a partir da esfera do *ser*. A liberdade de vontade passa a ser o fundamento de existência do próprio Estado e o meio pelo qual o legitima a atuar diante dos conflitos entre seus cidadãos.<sup>52</sup>

A declaração a favor dos valores de uma comunidade ética-estatal como orientação à dogmática jurídico-penal e à política criminal é fundamentada, em Welzel, a partir de sua leitura a respeito da filosofia moral de Kant. Subordina-se a honra de um indivíduo à sua

---

<sup>50</sup> Em momento posterior, após a experiência do nacional-socialismo, Welzel se torna muito mais cético perante a racionalidade hegeliana. Em seu livro sobre direito natural, lamenta que a tese hegeliana sobre a identidade – segundo a qual o que é real é racional – seja uma sedução a formular hipóteses sobre a realidade que levariam o peso do que é negativo. Sublinha-se que o pressuposto de Hegel se refere à história do mundo na qual as coisas só são conduzidas segundo a razão; a validade do que é universal se reduz à pura efetividade do modo de ver dominante em uma dada cultura e em um determinado Direito, para os quais não bastaria o fundamento de vínculo jurídico genuíno. PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

Welzel acreditava que as considerações hegelianas de Larenz estavam restritas à metafísica. KUBICIEL, Michael. “Welzel e gli altri”: Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>51</sup> KUBICIEL, Michael. Op. Cit., 2015.

<sup>52</sup> Ibid., p. 202.

Refere-se a Kant quando sustenta que um objeto não se apresenta, em toda ciência, na totalidade de suas determinações, ao contrário, a ciência considera o lado que lhe interessa como objeto. Ibid.

capacidade de cumprimento dos deveres éticos e ressalta-se a fidelidade de cada um diante de si mesmo cuja essência não é somente individual, mas envolve o passado orgânico e histórico da cultura nacional que a caracteriza. Nesse sentido, a honra exige uma realidade além do individual e compreende a comunidade em seu significado supraindividual.

Welzel apreende a distinção kantiana entre a imputação pela causalidade (teoria causal) e a imputação pela liberdade (imputação normativa) de modo a adotar esta última como ponto de partida para as análises dogmáticas. A imputação normativa está dentro de outra ordem que pressupõe a liberdade do sujeito. Nessa ordem de ideias, o homem pode se entender “como coisa em si, como ser inteligível e, assim, somente a vontade pode ser considerada livre enquanto o sujeito empírico, como fenômeno e consequência, e sua vontade empírica devem ser considerados de forma causal.”<sup>53</sup>

A leitura Kantiana de Welzel expressa que a causalidade física pertence à experiência e a causalidade pela liberdade se expressa na liberdade que orienta a própria causalidade. A liberdade é definida como o objeto transcendental de categoria da causalidade na qual a razão prática procura a realidade. Em suma, a liberdade do atuante é o fundamento da imputação.<sup>54</sup>

A problemática reside na questão metodológica de como se contempla a imputação: a partir da causalidade ou a partir da liberdade. Welzel, portanto, ao desenvolver as estruturas lógico-objetivas acaba por resgatar as ideias da filosofia clássica sobre a imputação a partir da liberdade do sujeito como uma resposta à imputação realizada pelo sistema do nacional-socialismo. O ponto central de sua teoria reside na consideração da ação não mais reduzida a uma explicação causal sem sentido, mas sim à noção de causa a partir da noção de ação e, por fim, a noção de ação intencional relacionada com a possibilidade de ter atuado de maneira distinta.<sup>55</sup>

A compreensão de Welzel a respeito do conceito de liberdade reflete sua consideração sobre a tarefa primordial do direito penal como sendo a tutela dos valores ético-sociais de uma determinada comunidade. A vontade livre é dirigida ao *justo*. A vontade conforme o sentido do direito se torna o fundamento do Estado e da sociedade.

---

<sup>53</sup> DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CERESO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidade**: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 87.

<sup>54</sup> Ibid., p. 89.

<sup>55</sup> Ibid., p. 90.

Percebe-se a necessidade de criação de um ordenamento jurídico que conserva a existência a partir da força eticamente vinculante.<sup>56</sup> Desse modo, Welzel coloca um limite pautado pela autonomia ética ao Direito como ordenamento referido à vida das pessoas responsáveis, dotadas de sentido.

Em suma, entende-se que a construção metodológica de Welzel - a partir de sua contextualização histórica - é considerada como uma suposta reação aos problemas do positivismo jurídico e do relativismo axiológico da filosofia neokantiana de forma que encontrou seu reconhecimento nas estruturas lógico-objetivas interligadas à ideia de reconhecimento do ser humano como **pessoa**, como ser responsável, e, portanto, portador da vontade *‘livre’*.<sup>57</sup>

Tanto Michael Pawlik quanto Michael Kubiciel ao analisarem a estrutura metodológica de Welzel de forma a compatibilizá-la com o contexto político-social da época evidenciaram que, em seus escritos de 1937, a influência da filosofia hegeliana ainda era evidente, notadamente no que concerne ao conceito fundamental de Hegel em torno do Estado como espírito.

Todavia, Welzel não assume tal influência de modo a se distanciar dos fundamentos hegelianos. Este distanciamento ficou esclarecido por sua compreensão de vida efetiva e situação histórica a partir de argumentos biológicos. Kubiciel constata que tal fundamentação negligencia sua posição de crítico ao naturalismo. Welzel não teria descoberto algo inédito, ao contrário, o nacional-socialismo já havia assegurado a vinculação entre raça, cultura, Estado e progresso como elementos constituintes da filosofia política.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>57</sup> Michael Pawlik apreende o significado de pessoa, em Welzel, como o ser humano responsável frente à configuração de vida. Apenas a dimensão biológica não apresenta um conteúdo suficiente para a existência humana: *“La specifica essenzione dell’agire umano dalle regole di comportamento innate è piuttosto comprensibile e tollerabile solo se ci sono fini della vita che sono fuori e al di sopra dell’esistenza biologica, i quali valgono come elementi di un senso globale di vita, assolutamente vincolanti. Ciascun uomo però deve trovare e realizzare tali fini di vita davanti alla propria responsabilità etica.”* PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 79-80.

<sup>58</sup> KUBICIEL, Michael. “Welzel e gli altri”: Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 208.

Kubiciel interpreta a tese de Welzel, para título de livre docência, como um trabalho que contém declarações a favor do movimento nacional-socialista e de suas ideias políticas.<sup>59</sup> Entretanto, caberia indagar se estas declarações seriam próprias do posicionamento político de Welzel ou se representariam a concretização de seu pensamento, o qual defendia que a ciência do direito penal deveria refletir a realidade política de seu tempo. O que não se pode duvidar é que o pensamento afirmado por Welzel apresenta uma profunda consciência sobre a história da filosofia e sobre a história das ideias.<sup>60</sup> Esta consciência o ajudou a conduzir suas posições sobre a teoria do delito com fundamentação filosófica e, assim, conferir um conteúdo sistemático à dogmática penal.

Em seu contato hegeliano, ele escolheu a sua concepção fundamental e a refletiu em suas considerações a respeito da doutrina do crime e da pena. Em seguida, integrou sua concepção ao contexto do sistema social e político de sua época. Sua estruturação dogmático-penal, na fase mais avançada, apresenta uma peculiaridade ao envolver a sistemática com o ecletismo de maneira a colocar diversas posições dogmáticas em seu sistema.<sup>61</sup>

Michael Pawlik desenvolve uma crítica interessante ao pensamento de Welzel, no contexto pós-guerra, no sentido de que as mesmas críticas que tal autor, em 1935, repreendeu ao neokantismo devido a sua distância frente à vida real e sua consequente fuga ao mundo neutro-irreal dos conceitos, recaem sobre os posicionamentos de Welzel em sua fase mais avançada. Da mesma forma que o neokantismo enquadra-se como uma expressão político-liberal de uma determinada situação histórica, a suposta neutralidade

Michael Kubiciel observa que a ideia de vínculo entre *indivíduo* e *comunidade*, por si só, não faz da teoria de Welzel um retorno ao pensamento penal nacional-socialista. Este último levou tal ideia a um nível extremo de acordo com o qual se impõe ao indivíduo uma obrigação intensa frente à comunidade nacional.

<sup>59</sup> Pawlik aponta que a definição de finalidade do direito penal, em Welzel, é posta de uma forma distinta das teorias do direito penal nacional-socialista, não como um contra modelo à ideia de tutela de bens jurídicos, mas como sua realização: a ideia de tutela dos bens jurídicos indireta deve levar em consideração uma tutela de bens jurídicos direta. PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 84.

<sup>60</sup> KUBICIEL, Michael. Op. Cit., 2015.

<sup>61</sup> Ibid.

Jakobs afirma que não se tem dúvida acerca da contribuição de Welzel à teoria do delito, notadamente na transferência do dolo à análise da conduta, bem como a consciência da ilicitude no campo da culpabilidade de maneira a colocar tal consciência como responsabilidade penal. Ademais, acrescenta-se à participação, a exigência de vinculação ao fato principal doloso. JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.



que Welzel afirma em seu último período demonstra que o que é aparentemente a-histórico e apolítico é, por conseguinte, histórico e político. Neste sentido, compreende-se que a ausência de politização no pensamento penal de Welzel, pós-guerra, corresponde a sua determinada situação histórica.

Pawlik não atribui à doutrina de Welzel, pós-guerra, a qualidade de clássica. De forma diversa, Pawlik se posiciona a respeito das referências de Welzel em seus escritos iniciais dos anos 30. O convencimento refere-se à afirmação segundo a qual a ciência deve considerar a realidade de seu tempo como seu único trabalho. A inovação dogmática como resposta adequada à situação histórica, aos problemas concretos do ambiente social e do sistema penal transforma os escritos iniciais de Welzel em clássicos, notadamente por delimitar um marco teórico que substituiu o fundamento metafísico de validade universal do conhecimento pelo fundamento cultural.

#### *4.3.1 O reflexo da concepção de Hans Welzel sobre teoria do conhecimento na consideração da liberdade humana*

As considerações de Hans Welzel sobre a teoria do conhecimento são determinantes para a sua construção dogmático-penal, bem como para a estruturação dos conceitos de liberdade, autodeterminação e autonomia. Welzel defende que o conhecimento somente é possível se o processo anímico do ato de conhecer for fixado pelo próprio objeto de conhecimento. A direção do curso de pensamento deve se dar em função do objeto.

Portanto, o processo de conhecimento somente é possível na medida em que se dá em função da estrutura do objeto de conhecimento. Os atos de conhecimento não estariam, assim, determinados apenas pelo sujeito cognoscente, mas, sobretudo, pelo objeto de conhecimento. Esta relação não se pode confundir com as relações causais próprias das ciências naturais.<sup>62</sup>

A compreensão do objeto tem que estar livre de determinantes externas apreciadas na condição de cegas e causais, como as tendências emotivas. O interesse no conhecimento de um objeto representa o interesse ao próprio conhecimento.<sup>63</sup> Esta consideração sobre a relação de conhecimento (ato e objeto de conhecimento) reflete-se na formulação do conceito de liberdade humana. A liberdade de vontade é o ato de conhecimento livre de

---

<sup>62</sup> WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. **Anuario de derecho penal y ciencias penales.** Madrid, V. 26, n.2, p. 221-230. Maio/ago. 1973. 223

<sup>63</sup> Ibid.

determinações causais, essencial para que seja possível uma determinação conforme o sentido de acordo com o próprio objeto. Tem-se, assim, a liberdade para a autodeterminação conforme o sentido.

Assume-se que apesar do conceito de liberdade implicar em um ato de conhecimento livre de determinantes causais, o curso do pensamento está determinado pelas razões evidentes ao objeto. Em outras palavras, o processo do pensamento não é indeterminado, mas determinado por razões imanentes ao objeto em questão.<sup>64</sup> Desse modo, no ato de conhecimento, o objeto a conhecer constitui o objetivo perante o qual o conhecimento se orienta. A problemática da liberdade é colocada como um problema de sentido ou de valor.<sup>65</sup>

Em suma, na concepção de Welzel, o conhecimento está determinado pela tarefa plena de sentido da configuração da vida, mas está livre de determinações cegas e externas. Logo, a liberdade é a possibilidade ou capacidade de poder orientar-se e decidir-se conforme o sentido.

Se o ato de conhecimento é livre de determinantes causais e cegas tem-se uma determinação conforme o sentido do objeto. Relativiza-se, de certo modo, a compreensão sobre a liberdade já que se afirma ser certo que o conceito de liberdade implica na execução do ato de conhecimento livre de determinantes causais, mas determinado por razões evidentes ao objeto. Tal compreensão é, nitidamente, consequência da adoção ontológica de forma abstrata ao isolar a estrutura do objeto de determinantes externos.

No processo de conhecimento do objeto, este constitui o marco no qual todo o processo de conhecer se orienta. Cabe descobrir se os critérios de sentido nos quais se baseia a resolução de vontade constitui um marco objetivo. Assim, o problema acerca da liberdade se desloca ao problema de sentido, de valor.<sup>66</sup>

De acordo com Welzel, os conteúdos de sentido da vida não são criações ou invenções livres de nossa existência, nem estão fixados por leis naturais ou históricas, mas se baseiam em projetos mediante os quais tratamos de compreender as tarefas vinculantes de nossa vida nas condições cambiantes da situação histórica.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 42.

<sup>65</sup> Ibid., p. 43.

<sup>66</sup> WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, V. 26, n.2, p. 221-230. Maio/ago. 1973. p. 228.

<sup>67</sup> Ibid., p. 229.

#### 4.4 O sentido e a missão do Direito Penal: projeção ao conceito de autonomia ética

De acordo com Welzel, em sua obra “*Direito Penal Alemão*”, edição de 1969, o direito penal é aquela parte do ordenamento jurídico que determina as características da ação delituosa e impõe pena ou medidas de segurança. Desse modo, sua missão é desenvolver o conteúdo destas regras jurídicas de maneira sistemática. O Direito Penal é uma ciência sistemática que estabelece bases para administrar uma justiça igualitária, pois somente por meio da compreensão das conexões internas do Direito que se pode liberar sua aplicação do acaso e da arbitrariedade. Ademais, ressalta-se que a ciência penal é uma ciência prática, porque, além de administrar a justiça igualitária, também representa uma teoria do atuar humano justo e injusto, de modo que suas raízes podem ser encontradas nos conceitos fundamentais da filosofia prática.<sup>68</sup>

A função do direito penal é proteger os valores materiais elementares da vida em comunidade. Toda ação humana está sujeita a valorações. Pode ser valorada de acordo com o resultado, mas também de forma independente deste, de modo a seguir o sentido da atividade como tal (valor do ato). Como ilustração desses valores elementares, Welzel recorre à atividade referente ao trabalho. Afirma que sua significação pode ser apreciada tanto a partir do produto material que o trabalho gerou (valor do resultado do trabalho) como a partir do valor em si mesmo independente do resultado. O trabalho possui uma significação positiva à existência humana independente de seu resultado. Confere plenitude à vida humana na condição de atividade plena de sentido, ou seja, representa uma atividade dirigida a um resultado positivo.

O desvalor da ação pode se fundar no resultado que ocasiona sendo valorada negativamente (desvalor do resultado da ação). Uma ação dirigida a um resultado reprovável também é valorada como reprovável independentemente da efetivação do resultado final (desvalor da ação). Desse modo, Welzel salienta que ambas as formas valorativas, desvalor do resultado e desvalor da ação, são importantes para o Direito Penal, mas acentua a importância que recai sobre o desvalor da ação.

A proteção ao bem jurídico é cumprida quando as ações dirigidas à lesão de tais bens são proibidas e castigadas. Impede-se o desvalor do resultado mediante a punição do desvalor da ação. Desse modo, assegura-se a vigência dos valores ético-sociais de caráter

---

<sup>68</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997. p. 1.

positivo, como o respeito à vida, à liberdade, à propriedade. Tais valores, de atuar conforme o direito, são enraizados na consciência jurídica e constituem o fundamento ético-social positivo das normas jurídico-penais.

Concorda-se com o posicionamento de Welzel, notadamente expressado em sua obra “*Direito Penal Alemão*” que, realmente, a função do direito penal é manter os valores ético-sociais que fundamentam as normas jurídico-penais e que exigem um atuar conforme o direito. A proteção aos bens jurídicos é tão somente um meio para se atingir esta valoração última referente à missão do direito penal.

O Direito Penal assegura a manutenção de suas normas quando castiga as ações desleais ao direito. Portanto, a missão central do direito penal reside em assegurar a vigência inquebrável destes valores ético-sociais do agir conforme o Direito, mediante a cominação de pena e o castigo efetivo à inobservância aos valores fundamentais do atuar jurídico manifestado efetivamente.<sup>69</sup> Assim sendo, o direito penal, ao castigar a efetiva inobservância dos valores da consciência jurídica, protege também os bens jurídicos referidos àqueles valores do agir conforme o direito. Consta-se que o respeito à personalidade reflete-se na proteção do bem jurídico vida humana.

Por conseguinte, se a missão primordial do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, tal proteção não recai sobre a vida individual de determinada pessoa. Para Welzel, mais essencial do que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência – observância – dos valores do agir conforme a consciência jurídica. Estes valores constituem o fundamento que sustenta o Estado e a sociedade. A mera proteção dos bens jurídicos tem somente um fim preventivo, de caráter policial e negativo. Ao contrário, a missão mais profunda do Direito Penal é a de natureza ético-social e de caráter positivo. Ao proibir e castigar a inobservância efetiva dos valores

---

<sup>69</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997. p. 2.

Welzel em contraposição à perspectiva positivista rebate o distanciamento perante a ética que Liszt asseverava ao Direito Penal. Esta condição de distanciamento resta esclarecida quando Liszt analisa a distinção entre pena primitiva e o processo de objetivação da pena. Aponta que a característica da pena primitiva enquanto resposta às ações instintivas era demarcada por uma relação entre pena e ética. Todavia, no processo de objetivação da pena esta deveria manter certo distanciamento frente às valorações éticas. “*In quanto azione istintiva, la pena non può essere manifestazione di un giudizio ético di valore espresso da colui che punisce, né può trovarsi il proprio fondamento nel comportamento, qualificato come immorale. L’azione istintiva non há nulla a che vedere con l’etica. L’origine della pena può e deve perciò svincolata dall’etica, senza che questa abbia ad essere in qualsivoglia maniera negata o respinta.*” LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 21. A separação do direito penal perante os juízos éticos “[...] libera la scienza del diritto penale dal pericolo di essere trascinata in una disputa sui fondamenti dell’etica, e la exonera dall’obbligo di dovere reiteratamente dimostrate la validità del titolo sul quale poggia la sua esistenza.” *Ibid.*, p. 21.

fundamentais da consciência jurídica revela a vigência inquebrável dos valores positivos do agir humano. Desse modo, o Direito Penal confere forma aos valores ético-sociais dos cidadãos, bem como fortalece sua consciência de permanecer fiel ao Direito.<sup>70</sup>

De modo a projetar esta perspectiva à análise da vida humana, Welzel assevera que por trás da proibição de matar está, primordialmente, a ideia de assegurar o respeito à vida dos demais membros da comunidade, ou seja, protege-se não a vida individualmente considerada, mas um valor de agir e, por assim o ser, também é considerado assassino aquele que destrói arbitrariamente uma vida humana mesmo que esta, em si mesma, não possui valor social, como ocorre com o condenado à morte.

Welzel defende que o valor do ato independe do valor material do bem jurídico. Somente por meio da proteção aos valores sociais elementares da ação se pode alcançar uma proteção aos bens jurídicos que seja realmente eficaz. Assim, a função ético-social do Direito Penal garante, de modo mais profundo e eficaz, a proteção dos bens jurídicos. Estes valores ético-sociais a que Welzel se refere dizem respeito à fidelidade e obediência ao Direito, bem como ao respeito à pessoa. Tais valores, que devem determinar a missão do direito penal, refletem a proteção permanente à consciência dos cidadãos constantemente fiel ao Direito.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997. p. 3.

Colocar a função do direito penal como proteção de bens jurídicos revela apenas uma função utilitarista do direito penal. Segundo a concepção de bem jurídico, o justo ou injusto de uma ação se determina conforme o grau de dano social. Revela-se um utilitarismo que recai sobre o juízo de valor, bem como acentua sua contradição: o dano social inerente ao resultado da ação determina, na verdade, o valor da própria ação.

De acordo com a análise de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, “ainda que possa ser considerado um mérito de Welzel haver recuperado o bem jurídico para a relação social, é certo que seu sistema não explica o que realmente protege o Estado quando sanciona penalmente a realização de determinada conduta, aceitando-se, inclusive, a existência de delitos sem bens jurídicos. A despeito das críticas, porém, há de se ressaltar que a Hans Welzel corresponde o mérito de ter retomado a ideia de um conteúdo material do bem jurídico, retirando-lhe o rótulo de ‘*ratio legis*’ ou elemento meramente formal de legitimação da intervenção penal. Com isso, abriu-se caminho para novas correntes político-criminais que, no período posterior à Segunda Guerra, buscaram justamente no conteúdo do delito e, assim, no bem jurídico, o referente material para fundar as propostas de revisão crítica do Direito Penal.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 114.

<sup>71</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

A consideração de Welzel a respeito da missão do direito penal, bem como da aplicação da pena contrapõe-se à perspectiva positivista de Liszt. Este afirma que a pena é posta a serviço da tutela dos bens jurídicos. “[...] *la pena viene posta al servizio della tutela dei beni giuridici* [...] *La storia del diritto penale è la storia degli interessi dell’umanità elevati a beni giuridici*.” LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 46.

Apesar desta delimitação à finalidade de proteção de bens jurídicos, Liszt reconhece que o processo de objetivação da pena se tangencia às ações que, com o devido recorte de tempo e espaço, perturbam as condições de vida de uma sociedade.

Como ilustração a esta afirmação, Welzel aponta a proibição do aborto. Explica que, por volta de 1933, o fundamento da pena do aborto residia no interesse político-demográfico do Estado. Desta teoria utilitarista, apropriou-se o nacional-socialismo para excluir a proibição do aborto às mulheres trabalhadoras estrangeiras que ingressavam na Alemanha, com o objetivo de impedir o aumento de crianças estrangeiras indesejáveis do ponto de vista político-estatal. Todavia, Welzel observa que esta consideração impactou a validade da proibição do aborto na consciência das mulheres alemãs ao observarem o tratamento conferido às estrangeiras.

Portanto, a missão do Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social, e somente como uma consequência tem-se a proteção dos bens jurídicos. No caso do aborto, a proibição não se refere, portanto, à proteção da vida humana, mas de se manter na consciência individual uma orientação segundo os valores ético-sociais de uma dada comunidade. Se assim se considera, o direito penal não pode excluir a proibição do aborto já que sua função é proteger, justamente, as orientações valorativas da ética social. Ao se pensar em uma comunidade estruturada a partir de valores determinados por uma moral-religiosa, indaga-se: cabe ao direito penal a proteção destes valores por meio da proibição do aborto? A estrutura de pensamento de Welzel permite alcançar uma resposta positiva.

Em específico sobre a definição de bem jurídico, esclarece Welzel que este se refere a um bem vital para a comunidade ou para o indivíduo que, devido à sua significação social é protegido juridicamente. O bem jurídico pode aparecer como um substrato espiritual-ideal (a vida humana), como estado real, como uma relação social, como relação jurídica (a propriedade privada) ou, ainda, como uma relação de respeito frente ao outro (dever de fidelidade do funcionário público, por exemplo). Por conseguinte, entende-se que bem jurídico é todo o estado social desejável que o Direito pretende resguardar de lesões. A soma dos bens jurídicos constitui uma ordem social e, assim, a significação de um bem jurídico não aparece de forma isolada – em si mesmo – mas em conexão com toda a ordem social.<sup>72</sup>

Compreende-se, portanto, que somente se pode estipular a missão do Direito Penal em torno da proteção de bens jurídicos devido à colocação da proteção aos valores elementares da ação ético-social como ponto primordial. A proteção aos bens jurídicos

---

<sup>72</sup> Acrescenta-se que a proteção conferida aos bens jurídicos não é absoluta, pois o bem jurídico insere-se nas relações sociais e enquanto tal está exposto ao risco. WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

configura-se com os mandados de realização de determinadas condutas ou de proibições. Mas, por trás desses mandados ou proibições, estão valores ético-sociais cuja vigência é assegurada pela cominação de pena. Logo, as formas reprováveis o são desde o ponto de vista ético-social.

Welzel determina que o conteúdo desta orientação valorativa ético-social deve ser orientado pelos próprios mandados e proibições (exemplo, o dever de não matar). Pode-se entender que o conteúdo dos valores ético-sociais é extraído dos deveres elementares do cidadão. O Direito Penal é uma força decisiva que expressa a concepção ética de uma época histórica. Deve manter inquebrável a vigência dos deveres ético-sociais de modo a ser eficaz ao juízo ético e à consciência jurídica dos cidadãos.

A consciência ético-social do indivíduo depende essencialmente da firmeza com que o Estado manifesta e impõe seus juízos de valor. As normas do direito penal não apenas se orientam pelos deveres ético-sociais elementares de uma comunidade, mas também conformam e constituem o fundamento para todo o campo do valor ético de uma determinada época histórica.

Todavia, o direito penal é fragmentário e, portanto, protege somente os valores ético-sociais mais elementares para a configuração social. Ilustra-se: um direito penal utilizado como perseguição a convicções políticas transforma-se em um instrumento, puramente, intimidatório. Ademais, um direito penal que abarca quase que todas as disposições de atividades vitais padece de excesso de punição.<sup>73</sup>

A partir da delimitação da missão do Direito Penal no que tange à proteção dos valores elementares ético-sociais e da edificação da consciência individual em torno da fidelidade ao Direito, Welzel comenta sobre a função preventiva do Direito Penal no que se refere à aplicação da pena. Restringe esta função preventiva de forma excepcional à classe de *delinquentes por estado* e, como regra geral, defende uma função retributiva da pena medida pela culpabilidade.

Em suma, a função ético-social do Direito Penal se dirige às *pessoas* que, em geral, são capazes de vinculação ético-social.<sup>74</sup> Refere-se aos cidadãos que participam da estruturação positiva da vida comunitária mediante vínculos sociais fundamentais, quais sejam: a família e o trabalho. Perante estes cidadãos, o Direito Penal garante a segurança

---

<sup>73</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997. p. 7.

<sup>74</sup> Ibid., p. 7.

de seus juízos ético-sociais e, assim, estabelece as bases para uma visão ética do mundo. De forma secundária, aplica a pena para a transgressão ao direito.

#### 4.4.1 *A autonomia ética como limitação ontológica ao ordenamento jurídico-penal*

A concepção de Welzel a respeito da autonomia ética decorre de sua interpretação acerca da filosofia kantiana. Diante desta leitura, somente um valor ético tem a potencialidade de obrigar o sujeito. A autonomia ética do próximo não pode ser afetada pelo legislador, pois possui valor próprio independente de toda outra persecução de fins. Neste sentido, a norma que degrada a pessoa a simples coisa pode coagir por meio da força, mas não pode obrigar.<sup>75</sup>

Welzel ao colocar a contribuição do direito penal como promoção à posição de fidelidade ao direito reflete a ideia de que o direito penal não pode realizar os valores do agir por meio da coação, pois estes valores são oriundos da vontade do agir justo, ou seja, são valores do ato livre. A contribuição do direito penal ao sustentar uma posição de fidelidade ao direito propõe influenciar o agir através de sua estabilidade e de seu conteúdo de valores orientados pela consciência moral. Assim sendo, o direito penal demonstra ao cidadão fiel ao direito que os limites entre lícito e ilícito não são questionados por meio do delito.<sup>76</sup>

A previsão de pena à conduta contrária aos valores fundamentais da atitude interna conforme ao direito manifesta a disposição do Estado em afirmar a validade inviolável de tais valores positivos do agir de forma coerente com os juízos ético-sociais dos cidadãos. Portanto, estes juízos se relacionam com os valores de uma época histórica e reforçam a atitude de permanecer fiel ao Direito.

Michael Pawlik interpreta que Welzel tem consciência que a demonstração de poder, por parte do Estado, é insuficiente para manter e reforçar a posição de fidelidade ao Direito. O ordenamento social embasado tão somente no aparato de poder não apresenta existência duradoura. O ser humano não é constituído de tal modo que possa existir como

---

<sup>75</sup> DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidade**: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

<sup>76</sup> PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.



instrumento, sem assumir responsabilidade pessoal. Ele não pode viver sem a consciência de poder consentir a uma cooperação responsável.

Desse modo, Welzel acredita que uma utilização excessiva da pena é contrária à compreensão ética do direito dos cidadãos e, por isso, não consolida o convencimento ético; ao contrário, o torna inseguro. A confirmação da validade da norma por meio da aplicação da pena prevista deve ser complementada a partir do ponto de vista ético. O ordenamento jurídico-penal convence os cidadãos de sua legitimidade mediante a força imanente ao conteúdo dos valores éticos.<sup>77</sup>

Por conseguinte, compreende-se que a força de convencimento da norma encontra-se em si mesma. A expressão de poder do Estado se relaciona com a opinião dos cidadãos sobre as ações e sobre suas consequências. Logo, a pena deve ser socialmente reconhecida como justa para poder desenvolver um efeito que vise à integração social.<sup>78</sup>

Pawlik assevera que o pensamento de Welzel, no contexto pós-guerra, é incisivo no que tange a considerar o direito penal acessível desde o ponto de vista ético-social orientado à punição de violações de deveres ético-sociais elementares. A justa retribuição da violação culpável do direito, visível sob o ponto de vista do desvalor da ação, consolida o juízo ético-social. O autor pode confrontar a pena como a justa expiação da própria culpa.<sup>79</sup>

#### 4.4.1.1 *Consciência individual e validade normativa*

Welzel explica o conceito de autonomia a partir de sua leitura kantiana, como a incorporação da vontade individual à legislação ética universal de maneira que a pessoa, sobre a base de sua própria concepção do conteúdo valorativo dos mandados éticos, prescreve a si mesma este mandado.<sup>80</sup> A autonomia é o princípio da liberdade ética da

---

<sup>77</sup> PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 86.

<sup>78</sup> Ibid., p. 87.

*“Un diritto penale con una forza che forma la morale si caratterizza per una chiara enucleazione dello specifico disvalore delittuoso dell’azione vietata in fattispecie che nella vita sociale danno al singolo la necessaria libertà di movimento con limiti fissi, come per una pena retributiva commisurata secondo la misura della colpevolezza.”*

<sup>79</sup> Ibid., p. 88.

<sup>80</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 230.

vontade e, portanto, afirma-se que há liberdade de vinculação aos atos éticos. A autovinculação à legislação ética objetiva pressupõe um ato livre do sujeito.

O conceito de pessoa autônoma refere-se àquela que, em sua consciência individual, torna obrigatória a vinculação de valoração ética de um mandado. Compreende-se que a imposição de um mandado ético sem a aprovação da consciência individual fere a autonomia da pessoa. O fundamento racional da dignidade de toda natureza humana encontra-se na autonomia.

O ser humano em sua condição de ser racional é um fim em si mesmo. A autonomia da liberdade está relacionada à autonomia quando a vontade não aceita, de maneira cega, os mandados externos. Para se considerar uma pessoa como autônoma, no sentido de vontade livre, esta pessoa precisa aprovar para si mesmo os mandados objetivos.

Todavia, sublinha-se que a validade das normas não depende da conduta autônoma da pessoa. Esta, como ser racional, pode concordar com as normas ou não. Mas a validade destas não será assegurada por uma concordância real. A validade e a obrigatoriedade de uma ordem do dever ser “não depende do consentimento da consciência de cada um. A obrigatoriedade independe do fato de que o indivíduo a afirme em sua consciência ou a negue.”<sup>81</sup>

Reflete-se esta concepção nos tipos penais dos crimes contra a vida que lidam com o embate entre proteção absoluta da vida e liberdade individual: a validade da norma jurídica se encontra desvinculada do consentimento da pessoa racional e, assim, a vontade desta não é levada em consideração. Mas não se pode negar que esta leitura carrega uma contradição imanente em si mesma já que infringe a pessoa como ser autônomo e livre, independentemente da conformação aos sentidos éticos.

Para Welzel, esta antinomia própria da ordem do *dever ser* - entre o dever objetivo e a decisão subjetiva da consciência individual - fundamenta a tensão na constituição do

A autonomia é posta como capacidade de se submeter - de acordo com o próprio julgamento - à norma ética. Esta autonomia representa o que é verdadeiramente humano e, portanto, não pode ser lesionada, em nenhum caso. “*L'autonomia, como capacità di sottomettersi in base al proprio giudizio ad una richiesta etica, è cio che è veramente umano e non può essere leso, perciò, in nessun caso. Dove quindi un comando dello Stato degrada la persona a semplice cosa – in ciò consiste ciò che si definisce nelle concezioni moderne lesione della dignità umana – lì esso può forse ancora coercire, purché il potere sai forte e il male, ordinato in caso di ribelione al comando, sai sufficientemente duro, ma non può più vincolare.*” PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale.** Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 88.

<sup>81</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal.** Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 232.

próprio *ser*. Nessa linha de pensamento, a consciência não é a origem do dever ser, mas tão-somente o meio para sua percepção.

Em suma, constata-se, pelo exposto neste tópico, que se tem uma primazia da norma jurídica fundamentada a partir dos juízos ético-sociais sobre a consciência individual de forma a se infringir a pessoa como ser autônomo de vontade. Se se considera esta consciência individual como fundamento da dignidade humana, em última instância, esta também restaria relativizada em prol da imposição de comportamentos éticos pelo direito. Nesta primazia da lei frente à consciência individual e à autonomia da pessoa racional, Welzel argumenta que:

1. A lei deve apresentar-se como um intento de uma ordem social que obtém a aprovação da consciência dos membros da comunidade ou que vise a justiça (obtenção de proposições jurídicas materiais e concretas); 2. A lei tem que se limitar à regulação elementar da vida comunitária. Mínimo ético. Não pode haver uma imposição violenta de concepção de mundo por meio da lei. O Estado deve querer proteger a consciência. 3. Quando houver conflito entre lei e consciência individual, deve reconhecer a justiça ou, pelo menos, a lei deverá respeitar a honestidade moral de uma decisão diferente. 4. Devido à existência de uma ordem supraindividual, de proteção à comunidade; não se pode depender da aprovação da consciência individual. 5. A sanção para a violação da norma provocada por uma autêntica decisão de consciência tem que ser expressão da honestidade da convicção do autor de tal maneira que pode ser distinguida como não infamante dos outros fatos penais. 6. A lei que depende da consciência individual para ter sua validade não é lei. Transforma-se em subjetivismo e implicaria anarquia.<sup>82</sup>

A afirmação desta concepção de lei como objetivo da ordem social que apresenta a aprovação da consciência dos membros da sociedade, bem como a consideração da lei como regulação da vida comunitária perante um mínimo ético, refletem o sentido de que não pode haver uma imposição, de forma violenta, de concepção de mundo. Neste contexto, há uma problemática imanente à indagação sobre qual ordem social se fala e de como restaria esta ideia de generalização da consciência dos membros no interior de uma sociedade assimétrica dividida em classes que possuem interesses opostos.

Diante da concepção de autonomia de Welzel, pode-se compreender, portanto, que, em última instância, o Direito não depende da aprovação da consciência individual de modo a existir uma ordem de valores supraindividual. Todavia, há certa preocupação no que se refere ao reconhecimento desta ordem supraindividual que se justifica a partir de

---

<sup>82</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 244.

uma suposta proteção à sociedade e que independe da consciência individual para sua aprovação.

Nesse contexto, exige-se uma expressão de honestidade de convicção para se analisar a violação perante as normas de comportamento o que acaba por dificultar, extremamente, a defesa pela liberdade pessoal e pela autonomia da vontade no campo dos crimes contra a vida. A declaração absoluta da validade normativa independe da consciência individual não considera a diferenciação do conteúdo do injusto que existe no interior destas violações normativas. A expressão de honestidade de convicção sobre uma decisão de consciência individual, no caso do aborto, por exemplo, não é minimamente considerada no contexto brasileiro.

Carmen Lamarca Pérez, por meio de uma diferenciação ao nível da conduta e de seu resultado, apresenta uma alternativa sobre a consideração das liberdades pessoais no âmbito dos crimes contra a vida, notadamente, no que se refere ao embate do direito à vida e à liberdade de consciência individual. Lamarca Pérez comenta que a doutrina majoritária, tanto no contexto espanhol quanto alemão, defende que os motivos de consciência não podem conduzir, em princípio, a impunidade de um fato delitivo. Que a consciência individual não poderia, assim, influenciar na construção das tipificações de condutas proibidas.<sup>83</sup>

Todavia, a problemática se intensifica nos ordenamentos jurídicos que colocam a liberdade de consciência do indivíduo como um direito fundamental inviolável. Indaga-se se os conflitos de consciência individual autorizariam, portanto, a infração de normas penais. A doutrina alemã majoritária nega que por razões de consciência individual se possa aplicar uma causa de justificação. Claus Roxin coloca como exemplo o terrorista que alega motivos de consciência para atentar contra o Estado. Todavia, Carmem Lamarca Pérez rebate tal posicionamento, pois a afetação de direitos fundamentais de terceiros estariam em jogo nos atentados terroristas. Dessa forma, não caberia eximir a responsabilidade penal do terrorista que alega sua liberdade de consciência porque se infringe o direito à vida dos demais.

Como solução a este embate, Carmem Lamarca Pérez se posiciona no sentido de que o direito de liberdade de consciência deve prevalecer, sem dúvida, frente à imposição coativa do direito à vida, por parte do Estado, desde que não se atinja direitos fundamentais

---

<sup>83</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**. Madrid, v.6, n.60, p. 20-31, maio, 2009.

de terceiros.<sup>84</sup> As objeções de consciência aparecem diante do caráter de coação que o Estado impõe sobre a consideração da vida.

Esta intervenção coativa do Estado responde a uma concepção paternalista sobre suas funções, as quais duvidam que a ingerência do poder estatal, na esfera da liberdade individual, somente pode legitimar-se perante os direitos de outras pessoas ou da própria coletividade.<sup>85</sup>

Observa-se que em um Estado no qual a Constituição proclama o direito à liberdade como valor primordial ao indivíduo resulta muito duvidoso que o exercício desse direito pode ser limitado quando não se afetam os direitos dos demais. Também se mostra duvidosa a imposição aos indivíduos de um modo ou outro de vida. Para Lamarca Pérez, nenhuma forma de poder político pode se legitimar para decidir sobre a vida individual em detrimento da liberdade pessoal e autonomia da vontade do sujeito efetivo.

Constata-se, portanto, uma perspectiva intensamente moralista a partir do conceito de autonomia ética desenvolvido pela concepção de Welzel. Ao afirmar que para a existência de uma ordem supraindividual de proteção à comunidade ética não se pode depender da aprovação da consciência individual restringe-se, por demais, a interpretação aos crimes contra a vida no sentido de considerar a vida humana na condição de uma liberdade pessoal. Diante do conceito de autonomia ética de Welzel, a vida humana pertence a esta ordem “supraindividual,” em nome dos valores ético-sociais de uma determinada comunidade, e não à consciência individual.<sup>86</sup>

#### 4.4.1.2 *Existência humana plena de sentido: da imanência à transcendência*

Welzel qualifica os conceitos de dignidade humana, humanidade, liberdade individual e direito à felicidade individual como conceitos vitalmente valiosos estabelecido no contexto do Século XVIII. Entretanto, a consideração da vida humana a partir do

<sup>84</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. **La ley penal:** revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Madrid, v.6, n.60, p. 20-31, maio, 2009. p. 22.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> O modo de ser do Direito positivo é a sua vigência. [...] Por força da sua vigência, o Direito vincula todos aqueles que pertencem ao seu âmbito histórico de vigência. O ser vigente um Direito significa, em primeiro lugar, que ele representa a directriz determinante do comportamento voluntário dos sujeitos jurídicos destinatários da norma. Significa, além disso, que tem a força de se sobrepor a atitudes voluntárias de inobservância. O Direito, na medida em que vigora, é dentro do seu âmbito de vigência uma parte da realidade social objetiva – quer dizer, uma parte da realidade social que se contrapõe, como norma, à vontade individual. [...] por vigência do Direito entende-se o existir específico de algo cujo sentido próprio é ser a norma determinante no seu âmbito de vigência. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012. p. 143.

princípio de proteção absoluta confronta-se com os conceitos tidos como “vitalmente valiosos”; notadamente, no caso de proibição penal da conduta de aborto perante a qual se contraria, de forma direta, os conceitos de dignidade humana, liberdade individual e direito à felicidade da mulher.

Pode-se dizer que o dever ser obrigatório transcende o próprio ente, o próprio ser. A consciência é, para Welzel, a interiorização da transcendência na imanência. O transcendente somente pode se interiorizar no imanente. “O transcendente não é mera aparência, o homem somente pode ser entendido como um ser ‘orientado à transcendência’: suas regras de conduta não são biologicamente inatas, mas sim são impostas obrigatoriamente.”<sup>87</sup>

O ser humano é colocado no interior do conflito entre imanência e transcendência. Para resolver tal conflito, Welzel salienta que é preciso colocar em jogo toda a existência corporal e espiritual do ser humano. O Direito natural é responsável por assegurar um *dever ser* obrigatório transcendente à existência do *ser*. O pressuposto de uma existência humana com sentido pleno seria a orientação do ser humano pela transcendência, ou seja, o *dever ser* é transcendente à existência humana e é por meio dele que esta se torna plena de sentido.

Ao se estabelecer o dever ser obrigatório deve-se que considerar o indivíduo (em sua imanência) como uma pessoa responsável (em sua transcendência). O *dever ser* está relacionado a uma obrigação ética que impõe a responsabilidade pela ordem plena de sentido de sua vida e, assim, transforma o sujeito da conformação de sua existência.

Com a transformação do indivíduo em sujeito obrigado (neste ponto, Welzel diz retornar à Kant) tem-se a personalidade. Dessa forma, o conceito de obrigação é correlato ao de pessoa responsável. “Para uma norma jurídica obrigar ao homem tem que o reconhecer enquanto pessoa.”<sup>88</sup>

O direito natural afirma, portanto, a obrigação ou o dever ser transcendente à existência humana. Seria uma ordenação do atuar ético social. Todavia, salienta-se que deve existir uma concordância de ordens ético-sociais para haver uma vida ordenada e com sentido.

A natureza racional do homem remonta a esta construção lógica decorrente da ligação entre dever ser incondicionado e sujeito responsável (pessoa). Percebe-se que

---

<sup>87</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006. p.118.

<sup>88</sup> Ibid., p. 120.

apenas aquele sujeito que se transforma em pessoa por transpor-se em sua transcendência pode ser considerado como ser racional. Há, neste ponto, a verificação do conceito de pessoa para Hans Welzel.

A concepção ontológica do ser humano na condição de ser racional afirma que por meio da consideração de racionalidade é possível apreender o ser humano racional apenas ao nível empírico, isto é, na existência empírica.<sup>89</sup>

Os projetos de sentido representam os meios pelos quais o sujeito racional interpreta o sentido de sua existência. Welzel explica que estes projetos são objetos de interpretação do dever ser transcendente até mesmo porque, se não o fossem, não haveria o que se dizer em termos de racionalidade. “O homem pode apropriar-se da transcendência somente na imanência de sua consciência e razão.”<sup>90</sup>

A crítica que Welzel realiza a extrair da própria natureza o conteúdo do *dever ser* refere-se à falta de uma fundamentação objetiva ao projeto de existência ético-social. Nesse sentido, todas as teorias de direito natural seriam teorias ideológicas. O *dever ser* de que se tem conhecimento na consciência exclui toda a ideia de arbitrariedade na interpretação de sentido da existência. As interpretações de sentido dão conteúdo ao ser.

As normas jurídicas e as normas éticas se distinguem de processos naturais causais devido à condução pela consciência de fins, ou seja, pelo momento de finalidade. A estrutura da ação humana é o pressuposto de possibilidade das valorações que podem ser unicamente valorações de ações. Por conseguinte, a ação humana é um dado prévio sobre o qual incidem possíveis valorações.

A existência humana vista pela ótica da transcendência deve apresentar certos cuidados para não se despreocupar, radicalmente, com a ordem da imanência; principalmente no que se refere aos tipos penais dos crimes contra a vida que lidam com o conflito entre vida humana e liberdades pessoais. Até que ponto pode-se falar que as condutas de eutanásia ativa, de participação no suicídio e de aborto consentido atingem o núcleo ético da transcendência da existência humana e até que ponto se referem ao núcleo

---

<sup>89</sup> De acordo com Welzel, a referência material do direito natural moderno é a natureza do homem concreto/empírico. Os conteúdos materiais jurídicos de validade geral foram elaborados a partir da determinação geral da natureza humana. WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Montevideo: B. de F. / Julio César Faire, 2005.

O direito justo é extraído de uma dedução lógica da natureza do homem, bem como os direitos e deveres avaliados enquanto imanentes (naturais) ao próprio ser humano. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

<sup>90</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 122.

da imanência pessoal? A tese de Welzel pode corroborar com a fundamentação do domínio e poder do Estado sob a vida individual para se manter o discurso de coexistência social pacífica em torno dos valores ético-sociais.

#### **4.5 Estruturação da Dogmática Penal a partir da afirmação dos valores ético-sociais e da atitude de fidelidade ao Direito**

Após o período histórico compreendido entre os anos de 1937 e 1940, o delito, na definição de Welzel, não é somente a violação de uma norma, mas representa uma separação interna e externa para com o ordenamento da comunidade a qual é o próprio fundamento existencial do autor. O direito penal tutela a comunidade e seu ordenamento como manifestação de validade do ordenamento moral. O direito penal não apresenta como tarefa a proteção completa dos bens jurídicos, esta é tarefa do ordenamento jurídico em si mesmo. A tutela dos bens jurídicos se configura de forma secundária ao perseguir as condutas reprováveis em torno das valorações éticas.

Welzel reformulou sua teoria da pena de acordo com o sentido da prevenção geral positiva como um reforço à ideia de direito penal como protetor dos valores de comportamento. A pena é a demonstração de validade do direito frente aos conflitos éticos entre pessoas vinculadas.<sup>91</sup> Por conseguinte, esta delimitação sobre a missão e o sentido do Direito Penal transformou a análise sobre o *desvalor da ação* em questão primordial na dogmática jurídico-penal de Welzel.

Michael Pawlik observa que Welzel, no contexto pós-guerra, desenvolveu uma reflexão científica sobre o direito penal de forma consciente à contingência dos conteúdos de valoração material do Direito. Desse modo, ressaltam-se as tentativas de Welzel em compatibilizar os conteúdos da ética social, de validade atemporal, com o direito. Todavia, Pawlik alerta que um ordenamento social determinado desde o ponto de vista do conteúdo não é atemporal, mas histórico.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> KUBICIEL, Michael. “Welzel e gli altri”: Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>92</sup> Entretanto, apesar de Welzel acreditar ser possível encontrar elementos constantes, tais tentativas não ultrapassaram a lógica formal dos conceitos. PAWLIK, Michael. Introdução: Welzel – Um clássico? In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.



A pretensão de Welzel em transpor a ética social ao conteúdo do Direito Penal resultou na elaboração de certas limitações à ordem jurídico-penal em torno do aspecto valorativo. O legislador se encontra submetido a algumas barreiras. A primeira delas se refere às estruturas lógico-objetivas, como um limite interno ao sistema, as quais obrigam o legislador, pois se a norma não corresponde à realidade das coisas ela se torna contraditória, incongruente e não objetiva.<sup>93</sup> A segunda limitação valorativa ao legislador orienta-se pela autonomia ética do indivíduo na qualidade de uma restrição desde a perspectiva externa.<sup>94</sup>

No que tange à primeira barreira referente às estruturas lógico-objetivas compreende-se que estas se relacionam com a matéria jurídica e limitam logicamente o legislador de modo que este respeite a ordem das coisas.<sup>95</sup> Tais estruturas são produtos da adoção metodológica aplicada sobre o processo de conhecimento determinado pelo objeto. A limitação conferida ao legislador, pelas estruturas lógico-objetivas, representa a ideia de que método e conhecimento não podem criar, modificar ou atribuir juízo de valor ao objeto. A valoração deve respeitar a estrutura do ser do próprio objeto. As estruturas lógico-objetivas que vinculam o legislador ao objeto impedem que ocorram alterações na estrutura do ser do objeto.<sup>96</sup>

Esta restrição de conteúdo se refletiu no conceito de conduta humana no sentido de que somente o homem pode prever e regular sua intervenção no mundo. A causalidade é

Pawlik afirma que a teoria do delito é substancialmente teoria sobre competência e sobre imputação. Aponta que ambas são determinadas, em certa medida, pelas condições de política e de cultura gerais, as quais, conforme a história demonstra, apresentam uma significativa variedade. Assevera-se que uma concepção que remove radicalmente tais fatores político-culturais não mereceria receber a denominação de doutrina geral do delito. PAWLIK, Michael. Introdução: Welzel – Um clássico? In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>93</sup> DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CERZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidade: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

<sup>94</sup> Ibid., p. 85.

Pawlik analisa a fase sucessiva de desenvolvimento do finalismo o qual se funda, em última análise, na modificação de concepção de ciência para Welzel. Após 1945, Welzel se distancia da definição acerca das tarefas da ciência jurídica sustentada por sua origem iminentemente política. A ciência do direito penal havia superado a influência política do nacional-socialismo e, assim, foi dirigida a um espaço neutro em termos ideológicos. Esta neutralidade se refere à estrutura lógico-objetiva da coisa. Esclarece-se que a primeira tarefa da ciência jurídica seria enunciar a estrutura lógica objetiva da coisa e a partir de tal enunciação vincular o legislador no campo de elaboração das normas. PAWLIK, Michael. Op. Cit., 2015.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> DONNA, Edgardo Alberto. La crisis del pensamiento penal y su superación. *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*. Buenos Aires, v.3, p. 67-80., 1974. p. 72.

cega enquanto que a atividade final que dirige os atos é dotada de sentido. O decisivo, para Welzel, se torna o estado ontológico de um acontecimento perante o qual somente o ordenamento jurídico pode valorar.<sup>97</sup>

O ordenamento jurídico seleciona quais elementos ontológicos quer valorar e, assim, lhes vincula consequências jurídicas. Todavia, não pode modificar a estrutura ontológica de tais elementos, pois eles constituem a base material de toda valoração jurídica. Os tipos refletem e descrevem o material ontológico previamente dado, mas o conteúdo dos reflexos linguísticos e conceituais só pode ser manifestado mediante uma profunda compreensão da estrutura essencial, ontológica, do elemento material em si mesmo.<sup>98</sup> A Ciência do Direito Penal parte da análise do tipo e, em seguida, o transcende à esfera ontológica previamente dada para compreender o conteúdo das definições e para compreender as valorações jurídicas.<sup>99</sup>

Esse método que coloca como ponto de partida o ser ou a natureza das coisas denomina-se ontológico e é a partir dele que se edificam as estruturas lógico-objetivas. O Direito Penal está vinculado à estrutura final da ação na condição de uma estrutura lógico-objetiva. Para fortalecer sua fundamentação, Welzel analisa a conduta de aborto.

[...] do mesmo modo que o Direito não pode ordenar às mulheres que acelerem a gestação e que aos seis meses dêem à luz crianças saudáveis, não pode proibir-lhes que sofram abortos. Pode exigir-lhes, ao contrário, que se comportem de modo que não se produza nenhum aborto e pode proibir-lhes que provoquem abortos. As normas do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalisticamente ou a omissão de tais atos.<sup>100</sup>

Em suma, para Welzel, as estruturas lógico-objetivas são estruturas da matéria de regulação jurídica destacadas pela lógica concreta a qual se orienta diretamente pela realidade, ou seja, pelo objeto do conhecimento.

<sup>97</sup> KUBICIEL, Michael. “Welzel e gli altri”: Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>98</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 10.

Em contraposição à doutrina da ação finalista, há a doutrina causal da ação a qual foi formulada com intensa influência das correntes mecanicistas das ciências naturais, no contexto histórico referente ao final do século XIX. A ação seria mero processo causal que realiza a vontade (impulso voluntário) no mundo exterior, independente se o resultado final seja querido ou previsto pelo autor. Liszt, em suas doutrinas iniciais, seria um exemplo claro de concepção de ação de um modo naturalístico. Uma modificação material do mundo exterior, perceptível pelos sentidos. Em um momento mais avançado, se destacou desta concepção naturalística extrema e orientou o conceito de ação à ideia de modificação causal da realidade social. *Ibid.*

A segunda limitação ao legislador recai sobre a autonomia ética do indivíduo. Parte-se do pressuposto de que a pessoa possui *autonomia ética*, ou seja, um valor próprio que independe de qualquer verificação de fins. Em um retorno a Kant, o ser humano não pode ser utilizado como meio ou como coisa para qualquer fim diverso de si mesmo. A autonomia ética do homem não pode ser violada pelo Estado, pois é um princípio material imanente à pessoa. Por isso, o Direito dirige-se às pessoas livres. É o reconhecimento da liberdade do sujeito na condição de pessoa responsável. Dessa maneira, o juízo de reprovação que o direito sobrepõe à culpabilidade se assenta, fundamentalmente, na liberdade do ser humano como tal.

#### 4.5.1 *Ação Humana: análise sobre a ação final e a relevância do desvalor da ação para a configuração do injusto penal*

De acordo com Jakobs, o tratamento individualístico de Welzel é evidenciado pelo não reconhecimento de um estrato ideal de valores. Welzel fundamenta o valor de modo mediado pelo *Eu* efetivo o qual agrega valor em si mesmo. A partir desta concepção valorativa, a projeção recai ao conceito de ação ao defini-la como a unidade de sentido da decisão sobre a qual os impulsos da vontade estão dirigidos ao evento que deve ser compreendido como um relacionamento teleológico de posição significativa. A ação é o fundamento ontológico que possibilita a valoração penal.

Jakobs interpreta os escritos de Welzel reunidos sobre o título “*Naturalismo e filosofia dos valores no direito penal*” e constata que em tais escritos os valores não são mais deixados apenas ao campo do *Eu*, mas encontram-se enraizados no ser ôntico, ou seja, no ser social com seu estilo de vida e modo de ver o mundo. Welzel extrai este posicionamento do pensamento hegeliano: o que é real é racional, o que é racional é real. A época histórica passa a ser considerada como determinante à dogmática penal de modo a colocá-la como parte da realidade de uma comunidade ética.<sup>101</sup>

A partir da constatação de Welzel sobre o fundamento do ordenamento jurídico estar enraizado na existência do próprio ser humano em comunidade, adiciona-se uma conotação social ao conceito de ação. Welzel abandona sua concepção rigidamente individualista e coloca o direito penal como uma instituição social.

---

<sup>101</sup> JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

Jakobs aponta como um dos ensaios mais representativos do pensamento de Welzel a obra “*Estudos de Direito Penal*” – 1939. Nesta, Welzel critica o desmembramento da ação, operado pela ciência da natureza, e a coloca como uma unidade originária em si mesma real. A ação passa a ser considerada parte interna da vida social efetiva. A partir deste momento, Welzel se distancia do conceito de ação desenvolvido pelos neohegelianos.

Para Welzel, a realidade do Direito é a realidade da vida social. A categoria finalística da ação deve ser compreendida como fenômeno significativo desde o ponto de vista social, como ação perante o ambiente social. Toda pessoa, em sua existência histórica, constitui a substância deste ambiente social. Desse modo, Welzel considera a doutrina finalística da ação como filosofia de um idealismo objetivo desde o ponto de vista ético-social. Sublinha a importância dos ordenamentos sociais dotados de sentido objetivo, nos quais se inserem as ações dos indivíduos.<sup>102</sup>

A ação humana se desenvolve não somente no mundo da força ou da intensidade dos impulsos, mas também no mundo pleno de significação no qual os motivos compreendem critérios de sentido segundo os quais o homem, como ser espiritual, se atribui uma tarefa que o vincula à sua conduta. Essa dimensão é contemplada de forma correlata ao tratamento conferido ao livre arbítrio.<sup>103</sup>

A estrutura final exige que para impor normas à ação deve-se pressupor sua estrutura categorial. Nenhum legislador pode modificá-la. Sobre essa estrutura categorial formulam-se declarações de validade universal.<sup>104</sup> A ação é posta como um acontecer final e não

---

<sup>102</sup> PAWLIK, Michael. Introdução: Welzel – Um clássico? In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>103</sup> WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, V. 26, n.2, p. 221-230. Maio/ago. 1973. p. 227.  
A explicação de Welzel sobre ação humana é teleológica: uma ação é sempre uma conduta dirigida a um fim. Este conceito não é reduzível à causalidade. A ação é posta como exercício de uma atividade final, como operação guiada em função do fim. O conceito ontológico de finalidade confronta-se com o conceito ontológico de causalidade. BURKBARDT, Björn. Dottrina finalística dell’azione di Welzel e la teoria filosofica dell’azione. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>104</sup> WELZEL, Hans. Op. Cit., 1973.  
Segundo Kubiciel, no campo de definição sobre a ação humana, não é a consideração filosófica o ponto de partida de Welzel, mas a psicologia do pensamento: a intencionalidade dos atos psicológicos que recaem às ações humanas. A filosofia, em Welzel, desempenha um papel secundário. Kubiciel analisa a teoria de Welzel de modo a afirmar que ele partiu desde um ponto de vista psicológico e antropológico. KUBICIEL, Michael. “Welzel e gli altri”: Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

somente causal. A finalidade está na previsibilidade do homem sobre os limites e as consequências de sua conduta. Dirige-se a atividade conforme uma consecução de fins, de forma consciente.<sup>105</sup>

Compreende-se a doutrina da ação finalista como teoria de uma estrutura objetiva da ação. Welzel observa que quando se diz *ação de matar* (de modo a distinguir da ação causadora da morte) refere-se à ação cuja finalidade era matar. Em última instância, a intencionalidade do autor era matar. Desse modo, a ação humana é o exercício de uma atividade final e não puramente causal. A finalidade baseia-se no fato de que o homem pode “prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme a consecução desses fins. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim.”<sup>106</sup>

Em contrapartida, a doutrina da ação causal restringe-se aos elementos objetivos (a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico) e repassa a análise dos elementos subjetivos à culpabilidade, a qual fica restrita à relação subjetiva anímica entre autor e resultado. A perspectiva neokantiana realizou, de forma notável, a introdução dos elementos subjetivos no injusto de modo a apresentar certa ruptura com a concepção tradicional puramente

A intencionalidade vem de forma contrária à causalidade, não está indiferente ao resultado, mas direciona-se a um significado que indica a conformidade ao valor do objeto. JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>105</sup> Como já salientado, esta perspectiva se reflete no pensamento defendido por Welzel sobre o tratamento dado à conduta de aborto. As normas e o legislador não podem ordenar as mulheres que acelerem o parto e, muito menos, não pode proibi-las que sofram o aborto por causas naturais. Todavia, estão autorizados a exigir que elas que se comportem de modo a não ocasionar ou não provocar o aborto. WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, V. 26, n.2, p. 221-230. Maio/ago. 1973.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 30

De acordo com a leitura de Björn BURKBARDT, a intencionalidade, para Welzel, é uma específica relação entre experiência psíquica e o seu objeto. A finalidade foi conceituada como guia consciente e conforme o sentido das consequências da execução da ação.<sup>106</sup> Burkbardt defende que o conceito de ação humana como expressão de sentido, em Welzel, não conseguiu alcançar a constituição desta expressão de modo a restringir-se à concepção individual-antropológica, sem compreender efetivamente o estado comunicativo no campo social. Por conseguinte, a doutrina finalista da ação de Welzel seria uma variante da teoria intencional-causal da ação já que ambas as doutrinas partem do pressuposto de que os eventos mentais dotados de intencionalidade são responsáveis pelo movimento corporal dirigido a uma ação. BURKBARDT, Björn. Dottrina finalística dell'azione di Welzel e la teoria filosofica dell'azione. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 49.

objetiva de injusto penal.<sup>107</sup> Contudo, Welzel observa que apesar do reconhecimento de elementos subjetivos do injusto, estes se mantinham de forma excepcional sendo que a regra recaía sobre os elementos puramente objetivos do injusto penal. A doutrina finalista, portanto, ao apontar o dolo como um elemento constitutivo do tipo acaba por considerá-lo um elemento essencial do próprio conceito de injusto.

A vontade final é posta como o fator que configura objetivamente o acontecer real e, por isso, pertence à ação.<sup>108</sup> O dolo é parte integrante da ação típica. A colocação do dolo no tipo é responsável por conferir sentido e significação aos próprios elementos subjetivos do injusto reconhecidos pelos neokantianos.

Todavia, Welzel ressalta que a vontade final e o resultado produzido não são os únicos elementos constitutivos da doutrina da ação final. Deve-se observar a partir da antecipação mental do fim, da seleção dos meios e da consideração dos efeitos concomitantes o modo pelo qual o autor realiza a sua ação ao mundo real.

---

<sup>107</sup> De acordo com o pensamento de Mezger, a teoria dos elementos subjetivos do injusto é relevante tanto para a fundamentação típica do injusto quanto para as causas que a excluem no seguinte sentido: o injusto seria a contradição objetiva com as normas do Direito; as referências subjetivas do autor sobre o injusto por ele cometido que infringe o ordenamento jurídico e o conhecimento dos fundamentos fáticos da infração, a intenção de atuar contra o Direito, só importaria no que se refere à imputação pessoal do injusto, portanto, para Mezger, no âmbito da culpabilidade. Observa-se que com o Finalismo a dimensão pessoal do injusto é retirada do campo específico da culpabilidade e passa a integrar o próprio tipo penal. Entretanto, o próprio Mezger concorda que seria errôneo afirmar esta regra (total referência do injusto ao objetivo e da culpabilidade ao subjetivo) sem nenhuma exceção. A exceção estaria nos casos em que se pode referir o injusto aos momentos subjetivos: *“Una conducta que exteriormente es la misma puede una vez ser conforme al Derecho y outra antijurídica, según el sentido que el autor atribuya a su acto.”* MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 349.

A consideração dos elementos subjetivos do injusto só poderia ser realizada perante esta concepção apresentada nos casos em que o próprio ordenamento jurídico-penal o permita, até mesmo para que se mantenha a confiança na lei penal. Portanto, somente o Direito positivo, de maneira certa, poderia afirmar em que caso há os elementos subjetivos do injusto, seja como fundamentação do próprio tipo, seja como excludente do caráter antijurídico da conduta. Assim sendo, a determinação dos casos em que há os elementos subjetivos do injusto nos tipos fundadores do mesmo, no Direito positivo, exige uma demonstração especial. MEZGER, Edmund. Op. Cit., 1955. p. 356.

Welzel afirma que Mezger confunde o conceito de voluntariedade com finalidade. Um movimento corporal e suas consequências poderiam ser causados de forma voluntária e, ao mesmo tempo, ser não querido em seu conteúdo. Logo, o movimento corporal é causado pela vontade independente de seu conteúdo. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 33.

<sup>108</sup> Ibid., p. 31.

Björn Burkbart analisa a doutrina finalista da ação do ponto de vista filosófico e considera que esta doutrina representa somente uma variante da teoria causal. Burkbardt compreende que Welzel apropriou-se da doutrina da ação perante a ética de Nicolai Hartmann. A doutrina finalística da ação procura compreender a essência da ação humana. Em 1935, Welzel considera a ação como um ato da vontade cujo curso está sujeito à determinação intencional do sentido. Este ato da vontade apresenta-se conforme um fim. Já em 1939, não aparece mais a expressão ato da vontade, mas se refere à vontade somente como um fator causal conformativo da consciência. BURKBARDT, Björn. *Dottrina finalística dell'azione di Welzel e la teoria filosofica dell'azione*. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 49.

Acrescenta-se que, para a doutrina finalista, o injusto não se esgota na causação de um resultado de forma desligada, em seu conteúdo, dos aspectos pessoais referidos ao autor. O fim que o autor associou ao fato objetivo e os deveres que o obrigavam a esse respeito determinam o injusto do fato junto à eventual lesão do bem jurídico. A antijuridicidade é, assim, a reprovabilidade que recai à conduta referida a um autor determinado. O injusto penal é injusto da ação referido ao autor. É injusto pessoal.<sup>109</sup>

Constata-se que a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico não esgota o conceito de injusto penal. A lesão ao bem jurídico só tem relevância para o Direito Penal se referida a uma ação pessoalmente antijurídica, isto é, no contexto do *desvalor da ação*. Para a doutrina finalista, o desvalor pessoal da ação é o desvalor geral de todos os delitos.

Pois bem, posta a estrutura da ação final como uma limitação ontológica, cabe salientar que toda norma penal deve se orientar segundo esta estrutura. Welzel distingue três blocos de normas penais. Em primeiro lugar, há as normas proibitivas, ou seja, aquelas que proíbem as ações cuja vontade se orienta à realização de um resultado socialmente não desejado. O segundo grupo de normas se refere aos delitos culposos por comissão. Neste âmbito, as normas projetam-se à forma e à seleção dos meios para a consecução de um fim irrelevante para a valoração penal. Exigem, portanto, um cuidado necessário e objetivo na seleção dos meios para que se possa evitar um possível resultado socialmente não desejado. Por fim, o terceiro estrato de normas refere-se às condutas omissivas. As normas determinam a realização de uma ação com o objetivo de evitar um resultado socialmente não desejado.

Sobre cada camada da respectiva distinção normativa recai o fundamento central da doutrina da ação final: a análise do *desvalor da ação*<sup>110</sup> de modo a desenvolver uma coerência racional em toda a estruturação dogmática. A relevância conferida por Welzel à análise do desvalor da ação representa uma construção lógica a partir do sentido concebido

---

<sup>109</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 81.

De acordo com Jakobs, permanece o mérito de Welzel em ter substituído os conceitos causalistas de ação e de ilícito (próprios do naturalismo) pelo conceito de ação como expressão de sentido e ilícito como realização deste sentido, mesmo que Welzel não tenha ultrapassado o sentido instrumental. Todavia, o ilícito pessoal de Welzel reduz a pessoa à técnica de sua conduta, mas não se poderia negar que foi um passo necessário à dogmática penal. JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>110</sup> Claus Roxin reconhece como sendo mérito de Welzel a ênfase conferida à análise do desvalor da ação como sendo um elemento constitutivo do injusto penal. ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 60.

ao Direito Penal. Em suma: o sentido e significado conferidos à ação humana como fenômeno social estrutura toda a análise normativa de Welzel.

Nesse ponto, Welzel desenvolve uma crítica significativa à doutrina causal da ação, pois esta não conseguiu obter um conceito social a ser aplicado à ação no sentido de determinar o seu conteúdo. A doutrina causal não alcançou rendimentos para apreender o significado social de uma ação. Somente por meio de referenciar a ação à finalidade do autor em perseguir o resultado querido é que se pode definir o que é uma *ação de matar*. Welzel defende que o objetivo fundamental do finalismo é compreender a ação como fenômeno social.

No que tange aos efeitos concomitantes que não estavam compreendidos na vontade final ou que o autor não havia pensado de forma prévia, há um campo restrito à realização puramente causal. Welzel demonstra esta afirmação com a seguinte ilustração: “a enfermeira que aplica, sem suspeitar de nada, uma injeção demasiadamente forte de morfina cuja consequência seja mortal realiza uma ação final, mas não uma ação final de *matar*.”<sup>111</sup> A consequência produzida – a morte do paciente – foi produzida por meio de uma causalidade cega.

No campo dos injustos culposos, a sistemática da doutrina finalista não é abalada, ao contrário do que a crítica convencional afirma.<sup>112</sup> Nesta categoria normativa, é certo que o resultado não é produzido finalisticamente, mas isto não significa o fracasso da doutrina da ação final. Somente fracassaria se Welzel tivesse considerado o resultado como a premissa

---

<sup>111</sup> O mesmo ocorre com aquele que para treinar tiro ao alvo, dispara contra uma árvore atrás da qual se encontrava um homem. Há um disparo final, mas não uma ação final de matar. O ato da enfermeira é final somente em relação à aplicação da injeção. O mesmo no que tange ao atirador. Dessa forma, Welzel constata que a finalidade é essencial às consequências desejadas; sem ela resta apenas a voluntariedade que é incapaz de caracterizar uma ação de um conteúdo determinado. Acrescenta-se, ainda, que a ação final de matar se dá não apenas quando a morte seja o fim da conduta voluntária, mas também quando era o meio para um fim ulterior. Uma ação final pode ter, portanto, um múltiplo sentido. Ilustra-se com a conduta referente ao latrocínio: por sua relação com o fim perseguido, se configura uma lesão à propriedade; no que tange ao meio utilizado, há uma privação de liberdade; e em torno do efeito concomitante, produzido para alcançar o fim, uma ação de matar. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 34.

<sup>112</sup> Ilustra-se com o posicionamento de Claus Roxin. Para este, a doutrina finalista não confere rendimento para explicar a existência empírica da omissão, da culpa e da omissão culposa. ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58.



mais relevante na configuração do injusto e, se assim fosse, toda ação que causasse um resultado típico deveria ser considerada antijurídica.<sup>113</sup>

Todavia, como já salientado, Welzel coloca como premissa não o resultado em si, mas a própria ação em seu significado social. Encontra um elemento mediado pela causação objetiva e pela previsibilidade subjetiva do resultado que surge da não observância do cuidado externo devido. Desse modo, o elemento essencial – a premissa – dos delitos culposos não se refere ao resultado causal, mas na maneira pela qual se executou a ação: “o importante é se nesta foi observado ou não o cuidado necessário. Com o *desvalor* da ação fica completamente fundamentado o injusto material dos delitos culposos.”<sup>114</sup>

Para Welzel, a doutrina causal da ação apresenta um equívoco em relação aos delitos culposos, pois estes não são regidos pelo desvalor do resultado, mas pelo desvalor da ação. Apesar de tamanhas críticas que recaem sobre a doutrina finalista da ação perante a configuração dos delitos culposos, constata-se que o finalismo ao privilegiar aquele aspecto último – *o desvalor da ação* – mantém, de forma sistemática e racional, seus fundamentos projetados em todas as subdivisões normativas. Compreende-se que as leituras penais que conferem uma crítica à doutrina final da ação e apontam seu fracasso diante dos delitos culposos não conseguiram extrair a relevância dada, por Welzel, ao desvalor da ação como uma consequência lógica da funcionalidade do direito penal dirigida à manutenção dos valores ético-sociais e à atitude de fidelidade ao Direito. Percebe-se, assim, que a doutrina da ação final apresenta uma notável coerência também com os delitos culposos.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Sobre a distinção entre o conceito de antijuridicidade e o conceito de injusto penal, explica-se: A norma proíbe a realização das formas de conduta. Caso seja realizada a conduta descrita conceitualmente no tipo de uma norma proibitiva, essa conduta real entra em contradição com a exigência da norma. Contudo, isto não significa conduta antijurídica, pois o ordenamento jurídico não é composto somente por normas, mas também por autorizações (preceitos permissivos). Desse modo, antijuridicidade é, portanto, a contradição da realização de um tipo (a conduta realizada no mundo exterior) com o ordenamento jurídico em seu conjunto. A antijuridicidade não pode ser interpretada em relação à norma isolada. Ademais, não se pode confundir antijuridicidade com o conceito de injusto penal. De acordo com Welzel, o injusto é algo substancial e refere-se à conduta antijurídica em si. O conceito de antijuridicidade representa um predicado, enquanto o injusto representa um substantivo. Dessa forma, constata-se que a antijuridicidade é a qualidade de uma conduta injusta. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução** à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>114</sup> Ibid., p.15.

<sup>115</sup> Afirma Welzel que o desvalor da ação é o desvalor essencial do delito culposo, pois a causação do resultado é apenas antijurídica na hipótese de se produzir, como consequência, a falta de observância do cuidado devido. A doutrina causal da ação não apresenta rendimento para avaliar o valor ou desvalor da ação nos injustos culposos, pois são considerados meros processos causais cegos de sentido. Ibid.

É necessário realizar uma ponderação no que diz respeito ao sentido social da ação. Welzel afirma que este sentido não se determina somente segundo a vontade do agente, mas se reflete também no resultado produzido ou não produzido. O resultado representa um processo causal na realidade condicionado pelo fim do agente e pelos meios selecionados a partir de sua esfera do pensamento. Dessa forma, Welzel não retira a relevância da verificação do desvalor do resultado, apenas constata que o desvalor da ação independe deste.<sup>116</sup>

O desvalor da ação consiste, portanto, na divergência da direção real da ação do autor e a direção exigida pelo Direito.<sup>117</sup> Welzel explica que as condutas socialmente adequadas se referem às condutas que se mantêm dentro dos limites da liberdade de atuação social. Todavia, a problemática reside na fixação de tais limites. A doutrina da adequação social se relaciona com a vinculação da tutela penal à direção das ações ofensivas de forma intolerável a um sistema organizado eticamente pela comunidade. Apresenta o reforço à concepção do *desvalor* da ação.

Assim sendo, a concepção de Welzel sobre ação na condição de fenômeno social e a derivação a partir deste postulado da doutrina da adequação social reflete a tarefa primordial do direito penal: a tutela dos valores elementares da vida em comunidade de modo a conservar, por meio da pena, o valor positivo ético-social negado pelo desvalor da ação. O direito penal assegura os valores de agir conforme o ordenamento delimitado em uma comunidade ética. Portanto, o seu principal dever é garantir a validade inviolável de tais valores e transmitir a ética social positiva.<sup>118</sup>

A funcionalidade que Welzel conferiu ao direito penal também é evidenciada por Günther Jakobs no que se refere à avaliação sobre a conduta socialmente adequada. Neste

---

<sup>116</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 48.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 42.

A ação humana para ter relevância jurídico-penal deve infringir, de um modo determinado, a ordem da comunidade, isto é, a ação deve ser considerada típica e antijurídica e, além disso, culpável, ou seja, reprovável ao autor como pessoa responsável. Ressalta-se que na formulação dos tipos penais se destaca a natureza social e histórica do Direito Penal, pois os tipos selecionam as formas de conduta que supõem uma infração grave da ordem histórica da vida social. *Ibid.*, p. 64

<sup>118</sup> JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

Observa-se que, para Welzel, os valores relacionados à fidelidade ao Direito, à obediência ao ordenamento e ao respeito à pessoa responsável possuem um alcance mais significativo do que somente a tutela de bens jurídicos. PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

sentido, Welzel classificou a conduta de acordo com seu significado social eliminando do âmbito do comportamento penalmente relevante o que é socialmente adequado. Jakobs considera Welzel como um dos fundadores da teoria da imputação objetiva. Em sua época, denominava-se doutrina do comportamento não consentido. Refere-se a um caso particular de adequação social perante o risco permitido.<sup>119</sup>

Todavia, cumpre esclarecer que Welzel, em seus escritos iniciais, reconhece o desenvolvimento histórico do que é considerado socialmente adequado e o coloca como conceito de ordem conforme os valores no interior do ordenamento histórico. Este se forma e se aperfeiçoa diante das relações entre vida efetiva e valores por meio dos quais a comunidade responde à consistência da existência do momento. No entanto, os escritos de Welzel, no contexto pós-guerra, apresentam certo distanciamento no que tange à orientação da parte geral da teoria do delito à sociedade.

Agora, destacam-se as críticas à doutrina final da ação dirigidas ao método ontológico. Tais críticas apresentam uma lógica coerente. Neste sentido, compreende-se, por exemplo, que não é possível determinar o âmbito do objetivamente previsível e evitável no plano ontológico, pois tais elementos exigem uma valoração normativa.<sup>120</sup> Observa-se que, para conferir sentido social à ação, exige-se um elevado grau de valoração, o que pode abalar a fundamentação ontológica de Welzel.

Percebe-se uma contradição imanente à sua teoria. Alerta-se que a crítica deve se referir ao paradoxo metodológico extraído da ampla necessidade de valoração que Welzel exige e não, exclusivamente, de sua estrutura técnica que abarca a doutrina finalista. Em suma, Welzel trabalha – em toda a sua estruturação dogmática - com conceitos que supostamente partem de uma estrutura ontológica, mas, quando submetidos à análise sobre

---

<sup>119</sup> Além do mais, Welzel já salientava a relevância de se observar o risco permitido no contexto do nexo de causalidade. A transcendência do risco permitido à ação a transforma em ação jurídica permitida. O risco permitido, portanto, configura-se como uma valoração que recai à ação. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Sobre adequação social e direito penal: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Adequação social e direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>120</sup> WELZEL, Hans. Op. Cit., 2009. p. 46.

Welzel rebate a crítica que afirma que o conteúdo e sentido da ação devem ser determinados de forma objetiva e, portanto, o conceito de ação finalista representaria um conceito final subjetivo ao passo que apreende o sentido social de uma ação em razão da vontade individual. Welzel afirma que o sentido social de uma ação é determinado pela vontade final do autor não somente por meio do resultado, mas segundo a direção de vontade representada pela ação. Ilustra-se: nos casos de cirurgia que resulte em morte do paciente devido a um erro médico, o sentido da vontade não está dirigido à morte do paciente, mas à melhora do paciente. Portanto, dolo e culpa não são fundamentos da culpabilidade, mas sim da estrutura social da ação.

o *desvalor da ação*, torna-se evidente a exigência de um juízo de valor ético-social conferido por uma determinada ordem político-econômica. Ora bem, rompe-se com os postulados ontológicos, pois ocorre uma *ontologização* das ideias e uma *desontologização* do real.

#### 4.5.1.1 *Análise comparativa entre o conceito ontológico e o conceito geral concreto de pessoa*

Karl Larenz desenvolve uma crítica<sup>121</sup> à doutrina final da ação no que se refere, em específico, à consideração das estruturas lógico-objetivas. Apesar de pertencerem à esfera do ser, se destacam de um agrupamento de dados ônticos por serem consideradas como essenciais. Portanto, a seleção de tais dados ônticos comporta certa escolha valorativa de acordo com determinado ponto de vista. A estrutura final da ação é considerada como estrutura lógico-objetiva no contexto do conceito de *conduta humana*. Coloca-se como ponto de partida a concepção ética do conceito de pessoa como ser responsável capaz de reger-se pelos critérios do sentido e de valor.<sup>122</sup>

Percebe-se que resta um tanto quanto complexo afirmar que o conceito de ser humano na condição de pessoa (*ser responsável*) fixa-se por dados ônticos e não por uma valoração normativa. Tal valoração pode ser prévia à definição do ponto de partida do Direito e, portanto, recai sobre a própria construção dos conceitos jurídicos.

Explica-se que se o direito parte da concepção de homem como pessoa, destaca-se como essencial para a valoração jurídica a estrutura final da ação humana. Somente a conduta final pode ser considerada como *conduta humana* e, assim, ser objeto de valoração jurídica. Todavia, a crítica à doutrina finalista observa uma falha nesta perspectiva, pois a conduta não-final de um epilético ou de um sonâmbulo poderia não ser considerada como conduta humana. Nesses casos faltaria uma direção dos impulsos do estrato profundo, mas não a direção da ação externa.

Welzel analisa tais críticas em relação à doutrina finalista e afirma que se o Direito parte da concepção do homem como pessoa está vinculado também à estrutura final da ação no sentido de que a valoração jurídica deve recair necessariamente sobre a unidade final-causal da ação. Não pode recair exclusivamente sobre o lado causal, objetivo ou

---

<sup>121</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

<sup>122</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

externo da ação sem incorrer numa contradição lógico-objetiva. É o conteúdo da vontade de realização do autor que se torna objeto de valoração jurídica.<sup>123</sup>

Por fim, compreende-se que o critério da concepção do sujeito como ser responsável, adotado previamente, e a necessidade de inserção do dolo no injusto ou na culpabilidade depende da estrutura do próprio Código (existência de elementos subjetivos do injusto e punição da tentativa), ou seja, da concepção de antijuridicidade que inspira o Código.<sup>124</sup> Sendo assim, pressupõe-se, portanto, uma valoração do próprio legislador em escolher se colocará como ponto de partida o conceito ético de pessoa, bem como a consideração da conduta final.

#### 4.5.1.2 *Resposta de Welzel sobre a influência da ontologia de Hartmann em sua doutrina da ação final*

Pôde-se perceber que as análises relacionadas ao pensamento da ação final de Welzel apresentam certa crítica no que diz respeito a vincular o pensamento de Welzel à ontologia abstrata de Nicolai Hartmann. Entretanto, Welzel rebate de forma contundente esta referência sobre sua teoria. Em seu prólogo à 4ª edição da obra “O novo sistema jurídico-penal”, Welzel assevera que seu sistema de conhecimento não deriva, de modo algum, da ontologia e da doutrina dos valores de Hartmann.

[...] alguns críticos da minha doutrina se referem cada vez mais a sua origem e creêm poder interpretá-la em uma relação de dependência com um sistema filosófico determinado, a saber, o de Nicolai Hartmann. [...] Até o presente momento havia guardado silêncio em relação à origem de minha doutrina, visto que na ciência deveria ter importância apenas o conteúdo de verdade de uma afirmação e não a sua origem. Contudo, ao ver afetada a afirmação em si mesma, e vendo ser esta última, em parte, objeto de uma interpretação equivocada, creio que não posso continuar silente. [...] Não teria, sem dúvida, nenhum motivo para me envergonhar se a origem de minha doutrina estivesse na filosofia de Nicolai Hartmann – se isso fosse correto. Mas esse não é o caso. As sugestões para a formulação da teoria finalista da ação não procederam de N. Hartmann, mas da Psicologia do Pensamento, e a primeira delas, precisamente, da obra *Grundlagen der Denkpsychologie* Fundamentos da psicologia do pensamento, do filósofo Richard Hönigswald.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>124</sup> Ibid.

<sup>125</sup> Ibid., p. 8.

Welzel acrescenta outras referências: trabalhos dos psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters e dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexandre Pfänder, entre outros. Todos esses trabalhos, que apareceram entre 1920 e 1930, promoveram uma ruptura com a antiga psicologia mecanicista e evidenciaram uma forma de realização dos atos anímicos que não era causal-mecânica.

Neste sentido, Welzel assegura que Nicolai Hartmann não exerceu nenhuma influência nos autores utilizados como referências à Psicologia do Pensamento. Ao contrário, evidencia que, por volta de 1920, Hartmann era considerado um representante do neokantismo, apesar de sua aproximação com a fenomenologia e com o realismo crítico. Somente após 1930 que Hartmann desenvolveu a teoria dos estratos do ser de modo a comprovar que o filósofo não foi determinante ao sistema finalístico de Welzel.<sup>126</sup>

Welzel assevera que, em edições avançadas sobre a ação final, modificou-se o termo intencionalidade pela expressão finalidade. Apesar desta modificação conceitual, salienta que a lei estrutural da intencionalidade dos fins continua sendo a base fundamental da finalidade. A comprovação da tese da estrutura final da ação é obtida pelo modo de conhecimento das coisas, isto é, dos dados da experiência interna e externa e sua explicação racional (categorial).<sup>127</sup>

Sobre as críticas formuladas à observação dos elementos ontológicos no Direito, Welzel observa que tais críticas decorrem do fato de não se considerar, depois da ontologia de Hartmann, as obras filosóficas produzidas de 1920-1930. Destaca, por exemplo, a contribuição do neokantismo tardio (notadamente, Bruno Bauch e Richard Höningwald) no que se refere à colocação das condições da possibilidade de existência como condições da possibilidade dos objetos da experiência. “Disso se deduz que as categorias do conhecimento são também categorias do ser, isto é, que não são apenas categorias gnoseológicas, mas categorias ontológicas.”<sup>128</sup> Posta esta observação, Welzel assevera que a palavra ontologia utilizada em seu sistema não provém, portanto, da perspectiva de Hartmann.

---

“Em meu primeiro artigo denominei essa forma de realização intencional dos fins e a segui a partir da ação interna, dos atos do pensamento, até os atos voluntários e até a realização da vontade (por conseguinte, até a ação externa).” WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 8.

<sup>126</sup> O grande esquema sistemático de N. Hartmann na sua *Ontologie*, publicado após 1935, deformou-se – sobretudo na *Ciência do Direito*, afastada na maior parte das vezes da *Filosofia* – a visão da situação em que se encontrava a filosofia alemã na terceira década do século XX. *Ibid.*

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 9.

#### 4.5.2 Culpabilidade e sua relação com o conceito de liberdade humana

A culpabilidade confere sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver omitido a ação antijurídica.<sup>129</sup> Compreende-se que a ação do autor não segue os comandos do Direito, no âmbito das relações sociais, apesar do autor poder realizá-la de acordo com a exigência normativa. A reprovabilidade pessoal é o núcleo fundamental da culpabilidade e recai sobre a resolução da vontade frente à ação, pois o autor podia ter dirigido sua conduta de acordo com a norma. Lembre-se que a validade normativa independente da consciência individual. Assim, esta consciência não pode significar uma negação ao mandato ou proibição da norma nas situações em que se poderia preencher uma resolução de vontade à ação final.

Portanto, a culpabilidade é a reprovação que recai em torno da vontade exteriorizada na ação final. A culpabilidade é um conceito valorativo negativo da vontade de ação. A reprovabilidade da vontade típica e antijurídica relaciona-se à seguinte indagação: em que condições e em que medida pode ser a conduta reprovável ao autor como um fracasso pessoal ante o ordenamento jurídico? A resposta exige considerar a reprovabilidade como um critério normativo. Em suma, examina-se se a vontade da ação é culpável.

Cordoba Roda expõe a concepção normativa de culpabilidade para a qual o elemento normativo reside na categoria de poder atuar de modo distinto. A culpabilidade como reprovabilidade reflete a norma de dever conforme a qual o autor deve orientar sua conduta interna. A infração de normas de dever constitui a essência da culpabilidade, notadamente em relação à exigibilidade de adequação da conduta ao Direito.

A culpabilidade construída pelo positivismo apresentava o problema de confundir o aspecto psicológico com o aspecto valorativo/normativo. A consideração valorativa ou normativa de culpabilidade significa a configuração dela mesma como um juízo de reprovação. Dada à adoção metodológica de Welzel a respeito da conduta humana, houve a necessidade de se transferir o dolo e a culpa (isto é, os elementos psicológicos) para a categoria da tipicidade de maneira a resultar na separação entre valoração e objeto

---

<sup>129</sup> Welzel afirma que a atitude subjetiva do autor em relação ao fato é um elemento constitutivo também da reprovabilidade. Assim, rebate as críticas a respeito do esvaziamento do conceito de culpabilidade no sentido de que a doutrina finalista, na realidade, realiza uma depuração de elementos estranhos à culpabilidade. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 100.

Claus Roxin observa que a significativa contribuição de Welzel se refere à teoria da culpabilidade. ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58.

valorado apreendida no interior da culpabilidade. Em outras palavras, a culpabilidade passou a abarcar os elementos de valoração, e a tipicidade, o próprio objeto a ser valorado.

O conceito normativo de culpabilidade pautado pelo juízo de reprovação restringe-se à categoria de valor e, por isso, não cabe incluir nela elementos psicológicos. Cordoba Roda afirma que esta configuração da culpabilidade exige a expulsão do dolo e da culpa deste elemento do conceito de delito.<sup>130</sup>

Jakobs interpreta a concepção de culpabilidade em Welzel como a verificação de uma falha em torno do *dever ser* que abrange o campo do ordenamento jurídico. Esta falha demonstra um insuficiente emprego do controle do *ser* em uma situação patológica dos impulsos. A culpabilidade refere-se, portanto, ao campo de controle e governo dos próprios impulsos humanos.<sup>131</sup>

Cabe ressaltar, neste momento, que se a essência da culpabilidade está na reprovabilidade, o conceito de culpabilidade acaba por se assentar em um fundamento antropológico.<sup>132</sup> Pressupõe-se a liberdade do homem. Por conseguinte, a consideração sobre o livre-arbítrio é essencial à teoria de Welzel. A liberdade da pessoa se torna uma

<sup>130</sup> CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepcion del delito: la doctrina finalista**. Barcelona: Ed. Ariel, 1963.

<sup>131</sup> Jakobs critica, de certa forma, a separação entre culpabilidade e ação: campo do governo da ação separado do governo do impulso. JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

<sup>132</sup> DONNA, Edgardo Alberto. La crisis del pensamiento penal y su superación. Nuevo Pensamiento Penal: **Revista de derecho y ciencias penales**. Buenos Aires, v.3, p. 67-80, 1974.

Culpabilidade fundamentada sobre base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A culpabilidade e a perspectiva ontológica de liberdade. **Justitia**. São Paulo, v.4, n. 197, p. 65-71., jul./dez. 2007.

O *dever ser* conduz a interpretação do comportamento do acusado e é determinado, em primeiro lugar, no âmbito do injusto. No campo da culpabilidade estaria o poder concreto sob a ação, ou seja, é na culpabilidade que deveria ser verificado o poder concreto do autor em atuar conforme o Direito. Na ilicitude, o foco deveria ser o juízo de desvalor da ação: não se levam em conta as possibilidades concretas de agir conforme o Direito. Pawlik ressalta que, nesta perspectiva de Welzel, o injusto configura-se no momento em que o autor se comporta de forma distinta à exigida pelo ordenamento jurídico. Todavia, não haveria culpabilidade caso não lhe era possível, no momento da realização da conduta, cumprir com as exigências do Direito. Acrescenta-se que o injusto compreenderia a capacidade do homem de escolher suas ações. Na culpabilidade o que deveria ser ressaltado seria a conformação da vontade do autor. Destaca-se que o conceito de ação continua, ainda, reduzido a um âmbito naturalístico. O sentido da ação estaria em uma tomada de posição perante o ordenamento jurídico, o que engloba uma decisão “livre e responsável” sobre a obediência às normas. Assegurar-se-ia, assim, a vigência dos valores de comportamento por meio da ameaça penal frente àquele que age de forma contrária aos valores fundamentais colocados pelo Direito. Ao se decidir pela não adequação a uma norma, já se pressupor-se-ia que o agente tem o entendimento do conteúdo do *sentido normativo* da norma. Aponta-se que um conceito de ação e de injusto que não reflète esta capacidade é inadequado à proposição de Welzel ao Direito Penal. PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012. p.90.



estrutura lógico-objetiva de limitação ao legislador de forma distinta do positivismo naturalista para o qual o homem está determinado a delinquir e, por isso, a pena deve ser aplicada como proteção à sociedade e ao ordenamento jurídico. O positivismo renuncia a ideia de reprovabilidade como essência da culpabilidade e a metodologia adotada por Welzel rebate tal aspecto.

Percebe-se que a referência da culpabilidade ao conceito de liberdade humana representa a (re)orientação filosófica de Welzel à filosofia moderna de Kant e Hegel, conforme explicado no início deste capítulo, de maneira a evidenciar a imputação pela liberdade. Todavia, a leitura que Welzel expressa sobre o conceito de liberdade é um tanto quanto diferenciada no sentido de atribuir uma máxima ética como orientação de definição.

#### *4.5.2.1 Elementos da Culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigência de obediência ao Direito*

A partir da imputabilidade constitui-se o juízo sobre a capacidade geral de motivação do sujeito; a possibilidade de conhecimento do injusto extrai a análise segundo a qual o autor imputável podia, no caso concreto, conhecer o caráter antijurídico de seu ato; e, por fim, a exigibilidade de conduta diversa, adequada à norma, coloca em manifesto a falta de coação.<sup>133</sup>

A imputabilidade é pressuposto fundamental da reprovabilidade da culpabilidade. A reprovabilidade é reprovação à resolução de vontade antijurídica concretizada por meio de uma conduta. O pressuposto desta reprovabilidade, portanto, vincula-se à capacidade de livre autodeterminação conforme um fim. Esta capacidade denomina-se imputabilidade.

O conceito de imputabilidade, em Welzel, se relaciona essencialmente à noção de homem como ser determinado pela responsabilidade: é capaz de se autodeterminar conforme os fins. Welzel afirma que esta capacidade concreta de culpabilidade não pode ser deduzida do plano de experiência empírica. A subjetividade do sujeito não pode ser convertida em objeto de conhecimento, pois não é passível de objetivação.

---

<sup>133</sup> DONNA, Edgardo Alberto. La crisis del pensamiento penal y su superación. Nuevo Pensamiento Penal: **Revista de derecho y ciencias penales**. Buenos Aires, v.3, p. 67-80, 1974. p. 74.

Os referidos elementos correspondem à ideia de liberdade de vontade, ao fundamento empírico de tal liberdade e à intenção de, a partir da negação da existência da plena liberdade, negar-se também a possibilidade ou a legitimidade do juízo de culpabilidade. MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In.: **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. Organização de Luís GRECO, António Carvalho MARTINS. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 389-404. p. 390.

O juízo de culpabilidade não é um ato teórico, mas de caráter existencial e comunicativo: é o reconhecimento do outro como si mesmo suscetível de determinação plena de sentido. Exclui-se, portanto, todos os sujeitos que não são capazes da autodeterminação plena de sentido segundo o julgamento do sujeito responsável.

Desse modo, torna-se essencial à reprovabilidade que o autor deve ter conhecido o injusto do fato ou, ao menos, “deve tê-lo podido conhecer, e deve ter podido decidir-se por uma conduta conforme o direito em virtude deste conhecimento que recai sobre o injusto.”<sup>134</sup> A partir destes pressupostos de ordem psicológica, constata-se que não é o dolo propriamente que pertence à culpabilidade, mas sim a reprovabilidade ao dolo. Todavia, a doutrina finalista alcança todas as circunstâncias externas e internas que influenciam na decisão de realizar a conduta.<sup>135</sup>

Salienta-se que o conhecimento do injusto distingue-se do conhecimento no dolo, pois neste exige-se uma representação real e atual enquanto que naquele basta um saber não-atual, mas atualizável. Assim, ao autor é reprovável sua resolução de vontade antijurídica porque podia conhecer a antijuridicidade e, conseqüentemente, omiti-la.<sup>136</sup> Em outras palavras, reprova-se o dolo na medida pela qual podia conhecer a antijuridicidade.

Afirma Welzel que o sujeito tem responsabilidade de conformar sua decisão aos valores na medida de sua capacidade de conhecimento ético-social. O sujeito como membro da comunidade jurídica deve adotar decisões responsáveis conforme o Direito e evitar a realização de condutas injustas. É responsável pela antijuridicidade de suas decisões dentro dos limites de sua capacidade de conhecimento ético-social. Portanto, em decorrência deste dever ético-social questiona-se não somente se o sujeito tinha conhecimento da antijuridicidade, mas se podia tê-lo no momento de realização de sua conduta.

O princípio da responsabilidade transforma o sujeito em pessoa responsável devido ao conteúdo de sua resolução de vontade. Por conseguinte, constata-se que a teoria da culpabilidade estipula os limites da responsabilidade ético-social da pessoa.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 120.

<sup>135</sup> Ibid., p. 124.

<sup>136</sup> Ibid., p. 128.

<sup>137</sup> Neste ponto, observa-se a preocupação de Welzel em manter o direito penal como “*ultima ratio*” e de forma fragmentária. Tem-se que o ordenamento jurídico deve tolerar grande parte dos perigos e pode obrigar a observar o cuidado especial somente quando se trata de perigo para determinados bens jurídicos importantes – integridade física e vida. Da mesma forma, o homem só pode assumir responsabilidade pelo curso dos acontecimentos se o ordenamento jurídico não estende excessivamente seu dever de

Por fim, sobre a exigibilidade de obediência ao Direito, refere-se à possibilidade concreta de o autor, capaz de culpabilidade, poder tomar uma decisão de acordo com o conhecimento do injusto.<sup>138</sup> Analisa-se a possibilidade concreta de autodeterminação conforme os fins em favor da ordem jurídica.

Welzel considera que o estado de necessidade legal que abarca o conflito de vida contra vida representa uma causa de exclusão de culpabilidade, pois no conflito entre vidas humanas o sacrifício de uma delas não poderia, jamais, ser justificado pelo direito. Explica que o estado de necessidade se configura quando a vida ou a integridade física do autor ou de terceiro próximo se encontram em perigo, desde que não provocado voluntariamente, e só é possível serem salvos mediante a lesão de interesses alheios também tutelados pelo Direito Penal. Nesses casos, a ação não pode estar justificada pelo princípio jurídico geral do meio adequado para o fim reconhecido pelo Direito. “Nosso próximo nunca pode ser tratado como uma simples coisa, mas deve ser tratado como fim em si mesmo (Kant).”<sup>139</sup>

Por conseguinte, o Direito não pode justificar lesões à integridade corporal ou à vida de outros que não provocaram a situação de perigo, mesmo que a conduta seja realizada com a finalidade de salvar a própria vida. O Direito não pode deixar de exigir a fidelidade às normas nestes casos e, portanto, o estado de necessidade seria causa de exclusão da culpabilidade e não da antijuridicidade.

No que tange ao estado de necessidade supralegal, Welzel analisa a culpabilidade moral: há os casos nos quais médicos - em razão da eutanásia proposta por Hither - concretizam a morte aos doentes mentais; houve situações nas quais tais médicos só conseguiram salvar os enfermos que lhes estavam confiados entregando certo número deles à ação homicida e salvando uma parte considerável de modo secreto. Welzel, com um pensamento um tanto quanto utilitarista, calcula que se os médicos negassem, em absoluto, colaborar com tal prática, teriam sido substituídos por outros médicos condescendentes que teriam dado a morte a todos os enfermos afetados pela ordem.<sup>140</sup>

---

responder por todo e qualquer perigo possível na vida social. Por isso, a comissão culposa se refere a poucos delitos. A inflação penal afeta a eficácia da sanção e, assim, a punição das condutas torna-se injusta na hipótese de se verificar uma escassa gravidade da ordem ético-social. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>138</sup> Ibid., p. 151.

<sup>139</sup> Ibid., p. 154.

<sup>140</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 155.

Nesse contexto, aponta que a decisão é eticamente correta, mas esta lhe faz incorrer no injusto penal porque utiliza homens inocentes como meio para salvar a vida de outros.<sup>141</sup>

Todavia, o ordenamento jurídico não lhe dirige a reprovabilidade perante a comunidade jurídica. Falta a reprovabilidade jurídica como reprovabilidade social pelo fato. A culpabilidade moral para ser também considerada como culpabilidade jurídica deve ser medida em relação ao respeito aos deveres sociais na busca de se evitar um mal maior. Nesse caso, não configura situação de conflito quando o autor não pôde evitar um mal maior, de modo que sua atuação apenas desviaria o perigo, mais ou menos igual, de uma pessoa para outra.<sup>142</sup>

#### 4.5.2.2 *Essência da reprovabilidade: Livre-arbítrio*

A liberdade da pessoa ocupa um lugar significativo no sistema de Welzel e se fundamenta em três aspectos: 1. **Aspecto antropológico**, segundo o qual não há imposição de uma ordem natural de comportamento, pois é o próprio ser humano quem a cria de acordo com a sua compreensão e valor; 2. **Aspecto caracterológico**, de acordo com o qual os instintos e os impulsos vitais são regulados pelo próprio homem e representam uma autoconservação deste e de sua espécie. Aqui reside o ponto central para o conceito de vontade em Welzel: a vontade abarca todos os impulsos dirigidos à realização de um fim. Esses impulsos podem ser dirigidos por critérios de sentido e valor. O homem domina a causalidade por meio da direção orientada pelo sentido. Portanto, o sujeito responsável apresenta a vontade livre em relação ao ato de conhecimento; 3. **Aspecto categorial**, para o qual a liberdade é a liberdade frente à coação causal, cega e indiferente, para autodeterminar-se conforme o sentido. Assim, a vontade livre é a autodeterminação

---

<sup>141</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 157.

WELZEL, Hans. La inexigibilidad de la conducta conforme a derecho. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 115-120., jun./jul. 2006. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=59946](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=59946)>. Acesso em: 17 nov. 2018.

<sup>142</sup> WELZEL, Hans. Op. Cit., 2009. p. 158.

Antonio Martins defende que a culpabilidade penal não pode ser pensada senão no contexto da atribuição social de responsabilidade. Afirma que depreender-se a culpabilidade penal de uma culpa moral ou ética, em relação de derivação, significa uma provável violência na história dos conceitos. Mais plausível é imaginar uma relação de coexistência e influências recíprocas de juízos de reprovação moral e jurídica que consolidaram historicamente aquilo que hoje entendemos por prática social de atribuição de responsabilidade. MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In.: **Direito Penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Organização de Luís GRECO, António Carvalho MARTINS. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 389-404. p. 392.

conforme o sentido enquanto a má vontade é determinada pelos impulsos. A liberdade não é uma situação, mas um ato: o ato de libertação da coação causal dos impulsos para uma autodeterminação valorativa. A culpabilidade não é um ato livre de autodeterminação, mas a falta de uma decisão conforme o sentido por parte do sujeito responsável.<sup>143</sup>

No que tange ao *aspecto antropológico*, Welzel critica as teorias evolucionistas que influenciaram a escola positiva italiana, bem como o positivismo naturalista de Liszt. O aspecto antropológico do homem não evidencia uma maior especialização dos instintos animais; mas, ao contrário, um retrocesso das formas inatas, instintivas, de conduta. O homem apresenta uma liberdade frente aos instintos. Caracteriza-se negativamente por uma grande liberdade de formas inatas e instintivas de conduta e positivamente pela capacidade de realizar por si mesmo a conduta correta mediante atos inteligentes.<sup>144</sup>

Nesta linha de pensamento, pode-se compreender que quando o sujeito concretiza o *impulso de morte* demonstra uma vontade não livre, ou seja, a liberdade não é efetivada diante dos instintos inatos. A conduta dirigida pelos instintos naturais e contrária aos sentidos dos valores ético-sociais representa a resolução de vontade não livre. Nessa perspectiva, o sujeito que segue o impulso de morte como fuga à realidade de sofrimento e agonia na qual se encontra empiricamente não age por meio de uma vontade livre, pois não bloqueou seus instintos; ao contrário, ao segui-los nega a sua própria liberdade. Logo, a conduta orientada aos instintos inatos representa uma atitude não responsável e, assim, não racional.

Welzel afirma que o homem, por si mesmo, é um ser responsável. Em outras palavras, é um ser com disposição à responsabilidade. Esse é o critério decisivo que distingue existencialmente o ser humano de todo o mundo animal. “Apenas o homem, como pessoa, tem entre todos os seres vivos o privilégio de romper com sua vontade o anel da necessidade, que é indestrutível para os meros seres naturais, e de dar início por si a uma série completamente nova de fenômenos.”<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, V. 26, n.2, p. 221-230. Maio/ago. 1973.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

<sup>144</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 103.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 104.

Ora bem, Welzel vincula o conceito de liberdade - interpretado a partir do aspecto antropológico - ao conceito de ser responsável e transfere esta relação a uma questão existencial. Entretanto, o que se pondera é que tal perspectiva se apresenta como um juízo valorativo, portanto, não existencial. A questão valorativa orienta-se pela classificação de pessoa como ser responsável, o que, por si só já demonstra um ponto de vista – primordialmente – normativo e não existencial. Ademais, indaga-se frente à consideração de Welzel a respeito do ser humano, na qualidade de pessoa, como que esta possui o privilégio de conseguir romper, por meio da vontade livre, as mais essenciais necessidades humanas. Se Welzel compreendesse o conceito de liberdade a partir de uma perspectiva concreta, poderia apreender que diante dos mais inatos instintos humanos (como, por exemplo, a fome), este privilégio do ser responsável em romper com os impulsos vitais se transforma em um juízo exclusivamente valorativo, não existencial em termos empíricos.

Compreende-se que o aspecto antropológico é o elo mais frágil da concepção de liberdade em Welzel, pois ao mesmo tempo em que reconhece a relevância do sujeito empírico em torno da problemática referente ao livre-arbítrio, no campo da culpabilidade, acaba por transcendê-lo à esfera puramente abstrata de pessoa moral responsável.

Sobre o *aspecto caracterológico*, Welzel considera o estrato psíquico alusivo ao *Eu* como centro responsável perante a estrutura anímica do homem, a qual se divide em uma pluralidade de estratos. A partir desta divisão, Welzel constrói o conceito de vontade em *sentido estrito*. Refere-se ao estrato profundo da estrutura anímica do homem como aquele que conserva os impulsos vitais de conservação da espécie e de autoconservação. Este estrato engloba as inclinações, as paixões, os desejos os quais apresentam uma afetação à esfera do *Eu*, assim como impulsionam à ação. Todavia, sobre este estrato profundo tem-se o *Eu* responsável por regular e dirigir as ações conforme a finalidade e o valor: “os atos do pensamento se apoiam em razões lógico-objetivas e a vontade se orienta segundo finalidade e valor.”<sup>146</sup>

A vontade, em sentido amplo, compreende todos os impulsos dirigidos à realização de um fim. A direção final da ação se refere à forma específica de realização dos fins pretendidos pelos impulsos no mundo exterior. Alerta-se que os impulsos não são determinados exclusivamente pelo estrato profundo, mas podem ser dirigidos pelo *Eu* segundo o conteúdo de finalidade de valor para uma dada configuração social de vida.

---

<sup>146</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Nesse sentido, a direção dos impulsos a partir do conteúdo apreendido pela finalidade e pelo valor conferido aos fins embasa o conceito de vontade em sentido estrito.<sup>147</sup>

A decisão da ação é o resultado do impulso que dominou. A seleção dos impulsos no estrato referente ao *Eu* é compreendida em seu conteúdo e finalidade e em sua significação valorativa de acordo com a configuração de vida (isto é, controle e regulação dos impulsos de acordo com a ordem de valores da existência). Assim, a seleção do impulso segundo o conteúdo de finalidade se converte em motivo. Dessa forma, a decisão da vontade se relaciona com razões lógico-objetivas ao se apoiar na motivação. Os motivos e as decisões da vontade são razões objetivas e, portanto, não causais desde que se conformem à finalidade, aos atos de pensamento e à vontade em sentido estrito. Neste processo valorativo, os impulsos que seguem o valor são permitidos pelo *Eu*, enquanto os impulsos contrários ao valor são eliminados.<sup>148</sup>

Portanto, a direção da vontade orientada a fins consiste na possibilidade de uma configuração de vida humana de acordo com a verdade a partir da finalidade e do valor e, assim, permite ao homem a regulação e controle de seus impulsos de forma responsável.<sup>149</sup>

Por fim, o *aspecto categorial* é posto como o aspecto funcional para encontrar a resposta ao seguinte questionamento: “como é possível ao homem o domínio da coação causal de seus impulsos, por meio de uma direção orientada finalisticamente, em virtude da qual pode se fazer *responsável* por ter adotado uma decisão errada em lugar da correta?”<sup>150</sup>

A resposta se relaciona à defesa por uma concorrência de várias formas de determinação. Para alcançar essa defesa, Welzel transfere a análise da *liberdade de ação* para a *liberdade da vontade*. Em tal transferência, não se nega a existência de um determinismo, mas se afirma que este não se configura por meio de um processo causal, mecânico, cego. Ao contrário, o resultado se refere às conexões associadas ao conteúdo final a que se propõe realizar o autor. Logo, a finalidade é o elemento determinante da ação.<sup>151</sup>

---

<sup>147</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 105.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>149</sup> *Ibid.*

A noção de reprovabilidade se relaciona, para Welzel, não ao sentido abstrato de um homem qualquer no lugar do autor, mas no sentido concreto de que esse homem, nessa situação, teria podido adotar uma resolução de vontade de acordo com a norma. Portanto, tem-se neste ponto a consideração do sujeito empírico.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p.107.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 108.

A compreensão da estrutura interna do objeto não é resultante de conexões causais cegas; o pensamento determina a si mesmo de acordo com o conteúdo lógico-objetivo do estado de coisas que tem em vista. Desta afirmação não se exclui a existência de uma infraestrutura causal, mas esta se reduz a pressupostos da existência de atos de pensamento e não à forma de exteriorização.<sup>152</sup>

Neste contexto, fixa-se o conceito de liberdade de vontade. Esta é a capacidade de poder se reger conforme os fins. É a liberdade da coação causal, cega, indiferente aos fins, para a autodeterminação conforme os fins. Compreende-se que a liberdade de vontade não se refere à possibilidade de poder atuar de outro modo, mas ao poder atuar conforme os fins e valores. A liberdade não é poder escolher entre valor e desvalor, se o fosse seria aniquilado o sujeito da responsabilidade. Se o impulso contrário ao valor determina o homem, há um sujeito não livre. “Má vontade é dependência causal do impulso contrário ao valor e, portanto, vontade não-livre.”<sup>153</sup>

A liberdade posta como ato de libertação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação conforme fins fundamenta o fenômeno da culpabilidade: esta é a falta de autodeterminação conforme os fins perante o sujeito que era capaz de determinar-se. Não é a decisão conforme os fins em favor do mal, mas o ficar dependente dos impulsos contrários ao valor.<sup>154</sup> Em outras palavras: a culpabilidade não é um ato de livre

---

<sup>152</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 109.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 110.

Interessante a projeção que Torío Lopez realiza do conceito de ser humano desenvolvido por Karl Marx à noção de culpabilidade. A liberdade de vontade é reconhecida, por Karl Marx, como uma das qualidades que constituem o ser humano. Ao mesmo tempo, reconhece-se que o ser humano é um ser social. Desse modo, somente pode-se alcançar um juízo de culpabilidade se houver vinculação às relações materiais e sociais a que o indivíduo concreto estava submetido. TORÍO LÓPEZ, Ángel. El sustrato antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense**: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua, Madrid, n. 11, p. 667-678., jun. 1986. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=57047](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57047)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

<sup>154</sup> Rodrigo Fuziger, em sua tese doutoral, analisa a complexidade que envolve o conceito de livre-arbítrio e o considera insuficiente para legitimar o Direito Penal uma vez que sua comprovação e refutação exorbita o âmbito daquilo que é humanamente cognoscível. Dessa forma, propõe substituir a noção de livre-arbítrio como fundamento da culpabilidade pelo conceito de autodeterminação, pois este é dotado de gradações no sentido de que o sujeito pode ter seu âmbito de autodeterminação restringido em razão de condicionantes físicas, biológicas e sociais. Afirma que o indivíduo não é absolutamente livre em suas deliberações, pois se trata de um ator “situado”. Por conseguinte, Fuziger propõe uma estruturação de culpabilidade pensada a partir da noção de autodeterminação e analisa situações nas quais se evidencia uma atitude omissiva, por parte do Estado, de forma a contribuir para a realização do injusto. Nestes casos, defende-se a diminuição de reprovabilidade como um mecanismo de conter a seletividade penal contra as classes subalternas, bem como propiciar uma aplicação do Direito Penal em consonância com os princípios de proporcionalidade e intervenção mínima. FUZIGER, Rodrigo José. **Ao arbítrio de Ananke**: Por uma revisão do conceito de autodeterminação no Direito Penal. 403 páginas. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.



determinação, mas a falta de uma determinação conforme a finalidade e valor segundo o sujeito responsável.

#### 4.5.2.2.1 Culpabilidade e Personalidade

Welzel, em sua obra *Personalidade e culpabilidade*, expõe que não deve existir uma liberdade em relação ao valor, mas tão-somente uma liberdade de acordo com o valor de modo a compreender o conceito de valor orientado ao sentido objetivo da situação concreta.<sup>155</sup> Assim sendo, a liberdade não é colocada como possibilidade de escolha entre *valor* e *desvalor*, ao contrário, é considerada livre somente a ação conforme o sentido. Jakobs questiona como o *Eu* consegue se opor aos seus próprios instintos para se realizar conforme um valor ético-social. A resposta a tal indagação não é esclarecida por Welzel.

O caráter moralista da teoria de Welzel resta evidente diante de sua consideração acerca da imputabilidade. Parte-se do pressuposto que o julgador é sujeito responsável porque se determina conforme uma esfera de valores ético-sociais. E, por sê-lo, pode conferir o juízo a outro sujeito que não se encontra na mesma esfera de igualdade de responsabilidade. Nas hipóteses de reconhecimento sobre a capacidade de autodeterminação, o caráter moralista continua a ser demonstrado pelo pressuposto de que o julgador é sujeito responsável e determinado conforme os “valores corretos” de uma sociedade, enquanto o sujeito a ser julgado é reprovável por não ter se determinado conforme estes valores.

Em suma, a capacidade de culpabilidade, a *imputabilidade*, se refere à capacidade de compreender o injusto do fato e decidir de acordo com esta compreensão. Comunica a sua vontade contrária à orientação estipulada pela ordem jurídica da existência. Percebe-se o aspecto moralista que recai sobre a estruturação teórica de Welzel notadamente diante de sua análise acerca da personalidade e o controle que esta exerce sobre a capacidade de

---

<sup>155</sup> “[...]. *Fino all’ultima edizione del suo manuale Welzel há ribadito: libertà non come possibilità di scelta tra valore e disvalore, al contrario come libertà rispetto all’azione conforme al senso (oggettivamente).*” JAKOBS, Günther. L’importanza di Welzel per l’attuale scienza del diritto penale. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 387. Sobre a relação entre personalidade e culpabilidade na visão de Jorge Figueiredo Dias: DIAS, Jorge de Figueiredo. Culpa y personalidad: para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en derecho penal. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 31, p. 5-38., 1987. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=33410](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=33410)>. Acesso em: 17 nov. 2018.

autodeterminação. Assim, na relação entre culpabilidade e personalidade sobressai o determinismo moral que Welzel proporciona à sua estruturação dogmática.

O terceiro estrato – o *estrato da personalidade* – encontra-se entre o *estrato profundo* e o *estrato do “Eu”* no contexto da pluralidade da estrutura anímica do ser humano. O estrato do *Eu* concentra as decisões adotadas de forma mecânica devido à repetição que ocorre no estrato profundo e que se converteram na atitude interna inconsciente da personalidade. A partir deste estrato da personalidade, Welzel define o caráter como o resultado das ações anteriores e como base determinante para as ações futuras.<sup>156</sup>

A atitude estrutural inconsciente é desenvolvida quando o homem se insere na vida social por meio da educação e da experiência. Dessa forma, a conduta da pessoa é controlada desde o inconsciente. A culpabilidade analisa também a estrutura defeituosa desse estrato da personalidade. Inserem-se, neste caso, os delinquentes habituais que não assimilaram as normas de conduta social no estrato inconsciente, assim como os delinquentes passionais os quais não desenvolveram as inibições necessárias aos impulsos primitivos. A culpabilidade, nesses casos, se refere a um elemento permanente: a estrutura defeituosa do estrato da personalidade. A reprovação, portanto, recai sobre o caráter do autor.<sup>157</sup>

Welzel distingue dois grupos de criminalidade. Há a criminalidade ocasional frente a qual o direito penal deve apresentar uma repressão por meio da análise que recai sobre o *desvalor da ação* proibida, bem como atribuir uma pena retributiva na medida da culpabilidade do autor reconhecido em sua qualidade de *pessoa*. A outra classe de criminalidade se refere aos *indivíduos* que estão fora da capacidade de vinculação às normas ético-sociais. Retira-se a qualidade de pessoa moral destes indivíduos. Welzel os classifica como *delinquentes por estado* que, independentemente de suas condições

---

<sup>156</sup> Esclarece que a ordem de atitudes e regras de conduta, incorporada pelas decisões e pelas ações realizadas anteriormente e que passaram para o inconsciente, é o que se denomina caráter adquirido, isto é, aquele estrato da personalidade no qual as qualidades e aptidões inatas do homem, de tipo linguístico, intelectual, artístico e religioso chegam ao mais variável desenvolvimento. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 115.

<sup>157</sup> Tem-se a explicação da culpabilidade nos casos de culpa inconsciente.

sociais, se encontram sempre determinados a delinquir, pois o delito está enraizado em sua personalidade (*estrato do caráter*).<sup>158</sup>

Os *delinquentes por estado* se distinguem dos *delinquentes por ocasião* no que tange à origem, às condições de vida e à estrutura de caráter. Considera-se que as famílias com graves degenerações caracterológicas ou que apresentam um histórico de antecedentes criminais - cujas condições educacionais são deficientes - representam uma propensão à classe dos delinquentes por estado, os quais, devido à degeneração do caráter, são instáveis e insensíveis. A conduta social destes indivíduos reflete a incapacidade para o trabalho e os fracassos escolares relacionados à ampla carência de vinculação aos valores éticos elementares que recaem sobre a família e o trabalho.

A classe de delinquentes por estado é subdividida, por Welzel, em dois grupos. O primeiro deles relaciona-se aos indivíduos “*associais*”, em sentido estrito, os quais são responsáveis pela criminalidade de rua leve. Refere-se aos mendigos, aos vagabundos, aos ociosos e às prostitutas.<sup>159</sup> Em relação a este grupo, Welzel defende a aplicação de medida

<sup>158</sup> Nesta análise de Welzel a respeito da distinção entre delinquentes ocasionais e delinquentes habituais, pode-se perceber uma semelhança ao pensamento de Liszt embora os fundamentos sejam distintos. Esta relação de similaridade também foi apreendida por Pawlik em: PAWLIK, Michael. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

Evidencia-se esta relação de semelhança no que concerne a negativa da pena retributiva aos delinquentes habituais. De acordo com Liszt, a mais severa punição, reservada ao delinquente habitual, não pode ser justificada somente perante a ideia de pena retributiva. Nesta análise, Liszt remonta à Kant para o qual: “*La moralità intrínseca delle azioni ci rimane per questo del tutto oculata, che quella del nostro stesso comportamento. Le nostre responsabilità possono solo essere riportate al carattere, visto in forma empírica. Ma quanto in ciò sia da attribuirsi a vera efficacia della libertà, quanto invece alla pura e semplice natura ed all’incolpevole difetto del carattere, oppure al fortunato modo di essere dello stesso, nessuno può dire; nessuno può, di conseguenza, giudicare secondo un principio di giustizia assoluta.*” LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 54.

Assevera-se que a ressocialização, a intimidação e a neutralização são consequências dos efeitos imediatos da pena a qual é a força que tutela os bens jurídicos. Neste contexto, “[...] *il valore di un concreto sistema penale dipende dalla sicurezza e dalla utilità com la quale esso rende possibile il raggiungimento di tutti e tre gli scopi della pena.*” Ibid.

<sup>159</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

Para Liszt, a delinquência habitual seria como uma praga na sociedade. “[...] *la lotta contro la delinquenza abituale presuppone una esatta conscenza della medesima.*” LISZT, Franz von. Op. cit., 1962. p. 54. Considera a delinquência habitual como uma manifestação patológica da sociedade e a classifica sob a denominação de proletariado: “[...] *manifestazioni patologiche della società che noi siamo soliti raggruppare sotto la comprensiva denominazione di proletariato [...] mendicanti e vagabondi, individui d’ambo i sessi dediti alla prostituzione ed alcoolizzati, mariuoli e soggetti dalla vita equivoca, degenerati nel físico e nello spirito – tutti costoro concorrono a formare l’esercito dei nemici capitali dell’ordine sociale, esercito il cui stato maggiore appare formato proprio dai delinquente abituali.*” Ibid., p. 54.

de segurança em casas de trabalho,<sup>160</sup> pois a pena em sua finalidade retributiva medida pela culpabilidade somente pode ser aplicada às pessoas morais com capacidade de orientação aos valores ético-sociais.

O segundo grupo de delinquentes por estado se refere aos delinquentes habituais considerados como perigosos. São responsáveis pela criminalidade grave e devem receber como resposta à conduta injusta a medida de segurança em estabelecimento de custódia.<sup>161</sup>

Welzel afirma que a profunda carência de vinculação ética impede que o direito penal exerça sua força de inibição e conformação ética. A pena retributiva medida pela culpabilidade não afeta a periculosidade do autor. Tais autores delitivos deveriam ser encaminhados a outro campo de medida assecuratória que, em conjunto com a pena, possa proteger os bens jurídicos de um modo preventivo. Verifica-se, portanto, que por meio da culpabilidade, aplica-se a pena retributiva, ao passo que, por meio da periculosidade, fundamenta-se a medida de segurança. Tanto a pena quanto a medida de segurança, para aplicação, exigem a realização de um injusto penal e só podem ser efetivadas por meio de uma sentença judicial.<sup>162</sup>

Assim sendo, o juízo ético-negativo compete ao juiz criminal e a aplicação de pena ou medida de segurança deve ser pautada de acordo com a classe de autores delitivos. Em

---

<sup>160</sup> Liszt já apontava a necessidade de aplicação de pena que neutralizasse os delinquentes considerados irrecuperáveis. Nestes casos, a pena deveria consistir em um isolamento por tempo indeterminado, pelo trabalho obrigatório e pela maior exploração possível da força de trabalho de modo a demonstrar uma influência da filosofia utilitarista como sendo um controle moral dos indivíduos na comunidade. LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962.

<sup>161</sup> *“La società deve proteggersi contro gli irrecuperabili; e dal momento che noi non vogliamo né decapitare né impiccare, né possiamo usar la deportazione, l’única possibilità che ci rimane è l’isolamento perpetuo, oppure a tempo indeterminato.”* Ibid., p. 56.

Liszt coloca nesta categoria de delinquentes irrecuperáveis, habituais, ou melhor, na categoria da criminalidade habitual, os crimes contra a propriedade. Elenca os seguintes crimes típicos desta classe de delinquentes: furto, receptação, extorsão e roubo. *“Già sulla base dei risultati oggi acquisiti possiamo però, con una certa sicurezza, individuare il gruppo di questi reati. Si tratta, in primo luogo, dei delitti contro la proprietà ed il buon costume, di quei delitti cioè che trovano la loro origine negli istinti più violenti e primordiali dell’umana natura. Più precisamente, potremmo già qui elencare i seguenti delitti: furto, ricettazione, rapina, estorsione, truffa, incendio doloso, danneggiamento doloso, violenza carnale e corruzione di minorenni.”* Ibid., p. 56.

Liszt ponderava que para os indivíduos que se encontravam no início da carreira criminosa ainda seria possível a aplicação de pena com a finalidade de ressocialização: *“[...] alla prima ed alla seconda condanna per una delle azioni criminoso che sopra abbiamo menzionate, il giudice dovrebbe ordinare l’internamento in uno stabilimento correzionale. [...] Il lavoro e l’istruzione elementare dovrebbero essere impiegati come mezzi per il potenziamento della forza di resistenza agli stimoli a delinquere. Le pene corporali come sanzioni disciplinare sarebbero da escludersi in via assoluta [...]. Cinque anni dopo da carcerazione, la liberazione dovrebbe aver luogo in ogni caso; il liberato sarebbe però sottoposto per altri cinque anni alla sorveglianza della polizia.* Ibid., p. 56.

<sup>162</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

suma, para os delinquentes ocasionais,<sup>163</sup> mantém-se a capacidade de orientação conforme os valores ético-sociais e, portanto, a função do direito penal reside em sua natureza de proteção ético-social vinculada à consciência jurídica. Nesse campo de aplicação de pena, deve-se estipular tipos penais claros, definidos, de forma a não eliminar a liberdade de ação do indivíduo. Por isso, aplica-se uma pena fixa delimitada por meio da lei penal. Agora, em relação aos delinquentes por estado, a função do direito penal é de caráter preventivo aos bens jurídicos. Trabalha-se com a noção de periculosidade social aplicada aos “elementos” associativos. Não se pode fixar uma pena delimitada, pois esta depende da duração da periculosidade do indivíduo.<sup>164</sup>

#### 4.6 Considerações críticas à concepção de Hans Welzel

Resta notável que frente à tentativa de delimitação do conteúdo valorativo conferido às normas, não se pode confirmar que os valores éticos reais que Welzel pretendia estabelecer se distanciaram efetivamente dos conceitos gerais e abstratos os quais foram pontos de crítica à filosofia neokantiana. Os valores de uma sociedade permaneceram, na teoria de Welzel, abstratos e dependentes de concretizações. As valorações continuam a ser orientadas pela ordem política, social e econômica de determinada época histórica.<sup>165</sup> Pois bem, ao se partir dessa crítica central que recai sobre o aspecto metodológico de Hans Welzel, dividir-se-ão as demais críticas em tópicos específicos para melhor compreensão do leitor.

---

<sup>163</sup> Liszt compreende que a ação delitiva dos delinquentes ocasionais representa um episódio isolado influenciado pelo ambiente social, e, portanto, com escassa possibilidade de repetição. Nestes casos a pena deveria somente restabelecer a autoridade da lei violada: “[...] essa dovrebbe essere intimidazione, una lesione per gli istinti egoistici del malfattore.” Veja-se, neste ponto, como que a perspectiva de Welzel não se distingue de sobremaneira ao posicionamento de Liszt apesar da fundamentação metodológica ser distinta. LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 56.

<sup>164</sup> “Un Derecho Penal de gran eficacia es de doble vía: por una parte, respecto al autor ocasional es un Derecho Penal retributivo de fundamento ético-social y delimitado por tipos estrictos, y, por la otra, respecto al delincuente por estado, un derecho de seguridad que combate peligros sociales de gravedad.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 10.

<sup>165</sup> KUBICIEL, Michael. “Welzel e gli altri”: Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 203.

#### 4.6.1 Crítica de Karl Engisch a Welzel em relação aos conceitos de autonomia e de liberdade humana

A primeira controvérsia a ser apontada é o debate realizado entre Engisch e Welzel sobre a teoria do conhecimento. Engisch parte da ideia de que a personalidade própria do sujeito cognoscente determina o processo de conhecimento enquanto que Welzel defende que esta determinação se dá a partir da estrutura do próprio objeto, para além do sujeito em questão.

Engisch se opõe à abstração da individualidade do próprio autor no sentido de se considerar, no lugar do sujeito concreto, uma hipótese de sujeito genérico. Essa abstração deve ser deslocada, na concepção de Engisch, à análise das qualidades pessoais do autor em questão.<sup>166</sup> Dessa forma, no que se refere à exigibilidade de conduta diversa, deve-se verificar se o autor concreto podia atuar de outra maneira na efetiva situação em que se encontrava e, conseqüentemente, em correspondência com suas disposições gerais de aplicar a força de vontade e o cuidado cuja ausência é reprovada.<sup>167</sup>

Parte-se, portanto, de um conceito de consciência da liberdade como consciência de ter atuado de acordo com sua própria personalidade, ou seja, a resposta a um comportamento representaria uma resposta pelo agente ter atuado por sua própria maneira de ser, por seu próprio ser.<sup>168</sup> Welzel rechaça essa ideia de Engisch com a afirmação de que se a liberdade entendida de um modo determinista consiste em atuar de acordo com nossa própria personalidade, isto valeria tanto para o autor quanto para o legislador na questão de decidir o que é lícito ou ilícito.<sup>169</sup>

Engisch reconhece que o legislador e o juiz orientam suas reflexões e decisões segundo o conteúdo de sentido. Porém, esta orientação não exclui uma determinação

---

<sup>166</sup> ENGISCH, Karl. **La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2008. 78.

*“Y sólo me opongo a que ahora se haga abstracción precisamente del propio autor y de su individualidad, pasándose de un salto a otro hombre o al hombre genérico. La abstracción debe moverse siempre dentro del margen de las cualidades personales del autor mismo.”*

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 79.

*“El autor concreto hubiera podido actuar de otra manera en la concreta situación en que se halló, en el sentido, y sólo en el sentido, de que él, en correspondencia con sus disposiciones generales, de aplicar aquella fuerza de voluntad o aquel cuidado cuya ausencia le reprochamos, habría podido actuar de otra forma en la situación concreta.”*

<sup>168</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 33.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 33.

causal no ato de conhecimento.<sup>170</sup> A personalidade própria do sujeito se sobrepõe à estrutura do objeto a ser conhecido.

Diante da análise de Engisch sobre a concepção de Welzel, o autor expõe que a construção metodológica deste é influenciada pela teoria de Hartmann principalmente no que tange aos conceitos de liberdade positiva e negativa.

A *liberdade positiva* é deixar-se determinar pelas exigências do dever ser, ou seja, das exigências que emanam dos valores dirigidas à realização destes mesmos valores. A liberdade moral está além dessa liberdade positiva e alcança a ideia de liberdade frente ao próprio princípio moral. “Somente o acatamento dos valores, por um ser livre, é a moralidade”.<sup>171</sup> A vontade que não pode escolher o bem, deixa de ser uma vontade moral.

No que se refere à *liberdade negativa* esta representa o não se deixar determinar pelas exigências do dever ser. Os fenômenos éticos relacionam-se com a consciência da autodeterminação, com a evidência da responsabilidade, com a consciência de culpa e com a pretensão a responder. A liberdade da pessoa moral é necessária (pois somente assim há existência do conjunto de fatos da vida moral) e ontologicamente possível.<sup>172</sup>

Para Engisch, Welzel assemelha-se ao pensamento de Hartmann no sentido de considerar estratos psíquicos encontrados em níveis distintos: um mais profundo que guarda os impulsos e outro que se orienta pelo sentido e pelo valor. Entretanto, apesar da suposta adesão ao pensamento de Hartmann, Welzel não concorda com a tese que compreende a liberdade tanto orientada para o ‘bem’ quanto para o ‘mal’. A liberdade, na perspectiva de Welzel, somente é existente nos momentos em que o homem segue o princípio moral, ou seja, quando o sujeito, por meio de seu agir, se decide pelo sentido e valor.<sup>173</sup> Resta evidente a conotação moralista da teoria de Welzel.

Engisch elabora diversas críticas ao pensamento de Welzel e, dentre elas, cabe ressaltar, neste momento, às seguintes: Welzel confunde o problema ontológico da liberdade com o problema axiológico de valioso e contrário ao valor. A partir desta confusão de conceitos, Engisch questiona se, realmente, se pode qualificar a autodeterminação conforme o sentido como liberdade? Para este crítico de Welzel, a esfera da personalidade governante é um campo psíquico diferenciado como estrutura do mundo

<sup>170</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 35.

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> ENGISCH, Karl. **La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2008. p. 82.

<sup>173</sup> Ibid., p. 87.

pessoal do sentimento e do valor que foi construído pelas disposições individuais, sua biografia e destino corpóreo, especialmente cerebral.<sup>174</sup>

Nesse sentido, a liberdade como autodeterminação conforme o sentido pode se apresentar na análise da ação conforme o valor, mas não comparece à ação culpável cujo propósito necessita da própria consideração da liberdade como fundamento da reprovação na culpabilidade. E, dessa forma, vontade má é vontade culpável. Portanto, vontade não livre.<sup>175</sup> Se se considera não livre, como ficaria a questão da reprovação? Percebe-se a contradição na construção de Welzel pela confusão entre o conceito de liberdade e questões de ordem moral.

A liberdade relevante para o direito penal, na compreensão de Engisch, é a liberdade para a liberdade, ou seja, para a capacidade de autodeterminação. Welzel, assim, não supera os problemas da teoria de Hatmann sobre a liberdade e ainda introduz uma problemática intensa, pois, enquanto para Hartmann ainda se considerava a liberdade moral como a liberdade de escolher entre sentido e contrasentido, entre valor e desvalor, Welzel acaba por jogar o conceito de liberdade às determinações moralistas de uma dada sociedade.

A liberdade fundamentada a partir do ponto de vista ontológico não apresenta rendimento necessário como fundamento da responsabilidade jurídico-penal. Para Engisch, o posicionamento de Welzel renuncia, de certo modo, a ideia de culpabilidade pelo caráter ao submetê-la à condução da vida, à decisão vital, dentre outras. Aqui a culpabilidade se enraiza na manifestação do fato e segue, ainda, um caráter determinista. O homem é colocado acima de seu caráter.<sup>176</sup>

Na concepção de Engisch, somente o caráter manifestado em atos singulares que resulta em responsabilidade. O direito penal, como direito de punir, teria a tarefa de ocupar-se da luta contra o delito por meio da pena, a qual é considerada pela teoria da culpabilidade do caráter uma particular reação ao delito.<sup>177</sup> As disposições do caráter, favoráveis ao cumprimento da norma, poderiam e deveriam ser fortalecidas.<sup>178</sup> Desse modo, em contrapartida à ideia de Welzel sobre culpabilidade, a responsabilidade pela

---

<sup>174</sup> ENGISCH, Karl. **La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2008.

<sup>175</sup> Ibid., p. 91.

<sup>176</sup> Ibid., p. 108.

<sup>177</sup> Ibid., p. 110.

<sup>178</sup> Ibid., p. 111.



culpabilidade do caráter implica, de certa forma, na ideia de retribuição sobre bases deterministas.

Sublinha-se, novamente, que para Engisch deve-se analisar se o autor concreto, na concreta situação, poderia agir de outra maneira com arranjo de suas disposições gerais ao aplicar a força de vontade e o cuidado necessário. Logo, se a análise for positiva, é razoável proceder criminalmente contra ele através de uma pena que ofereça alguma chance de influenciar em suas disposições.<sup>179</sup>

Sobre a dificuldade em separar a categoria da imputabilidade e da inimputabilidade se adotada a concepção de Engisch, há o esclarecimento de que a conduta é a expressão da personalidade somente nos casos dos imputáveis. Para os inimputáveis, a conduta representa uma consequência da enfermidade e não da personalidade. Com ressalva aos menores, apesar do fato ser uma expressão de personalidade, a pena é inapropriada, pois não causa o efeito desejado. Por fim, afirma-se que a pena deve ser a medida escolhida naqueles casos em que possa apresentar uma força formadora de caráter ou, pelo menos, uma reação a este.<sup>180</sup>

#### 4.6.1.2 *Embate entre Engisch e Welzel a respeito da consciência da liberdade*

Para Engisch, a consciência da liberdade existe, mas não pode ser generalizada para a totalidade dos casos. Para Welzel, a liberdade é representada somente no contexto das boas ações. Desse modo, há consequências distintas a respeito da consciência da liberdade.

De acordo com Welzel, a consciência da liberdade e o sentimento de liberdade enfrentam uma questão ambígua: a consciência da liberdade se apresenta como consciência da liberdade de ação, isto é, a consciência de se poder fazer o que se quer. Entretanto, isso nada prova para o problema da liberdade de vontade. Tampouco se apresenta conclusivo de que a consciência pode decidir de outra maneira, de escolher motivos contrapostos, porque não podemos saber se poderíamos, na realidade, resolver contra aquele motivo que foi determinante ao agir. Se o sentimento da liberdade comparece, de novo, onde o homem

---

<sup>179</sup> ENGISCH, Karl. **La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2008. p. 113.

<sup>180</sup> A pena tem força formadora de personalidade ao juízo de quem considera possível um caráter adquirido e tem uma força que apela à personalidade em opinião de quem está convencido da inalterabilidade do caráter. WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, V. 26, n.2, p. 221-230. Maio/ago. 1973.

domina seus baixos impulsos para obedecer à norma moral, também se perde a força probatória.<sup>181</sup>

Como se verificou, Engisch partiu de um modo hipotético de determinismo ao examinar o sentido conferido à responsabilidade penal. Entende a consciência da liberdade como consciência de ter atuado de acordo com a própria personalidade o que é compatível com a responsabilidade em responder pela sua maneira de ser.<sup>182</sup> Perante este pensamento, como já apontado, Welzel o contestou da seguinte forma: se a liberdade entendida de um modo determinista consiste em atuar de acordo com nossa personalidade, então isto valeria tanto para o autor quanto para o legislador (para decidir sobre o que é lícito ou ilícito) e, em última instância, para o próprio juiz.<sup>183</sup>

Welzel concorda com Engisch em um único ponto. Ressalta que o ponto de dificuldade em comum é compreender que a subjetividade do sujeito não é um objeto comprovável. Mas ao ponto em que Engisch acredita que a liberdade de poder agir de outro modo significa somente a possibilidade de sofrer a pena ou a capacidade de ser influenciado por ela, Welzel coloca a liberdade como a possibilidade ou capacidade de poder se orientar e decidir conforme o sentido da configuração da vida.<sup>184</sup>

Em conclusão, compreende-se que Welzel combate que a liberdade de vontade seja determinada por elementos causais (como as emoções) e fixa o conceito de liberdade a partir de seu entendimento sobre a própria teoria do conhecimento. A liberdade de vontade estaria, portanto, relacionada à autodeterminação conforme sentido de acordo com o próprio objeto. Todavia, àquela vontade distanciada dos bons valores morais não é considerada como autodeterminação plena de sentido e, por conseguinte, representa o ato não livre.

---

<sup>181</sup> ENGISCH, Karl. **La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2008. p. 123.

<sup>182</sup> WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, V. 26, n.2, p. 221-230. Maio/ago. 1973. p. 222.

<sup>183</sup> Ibid., p. 222.

<sup>184</sup> Ibid., p. 223.

Sobre o giro fundamental do conceito de culpabilidade embasado na noção de reprovabilidade para a perspectiva de culpabilidade do caráter, recomenda-se a leitura: TORÍO LÓPEZ, Ángel. El sustrato antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense**: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua, Madrid, n. 11, p. 667-678., jun. 1986.

Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=57047](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57047)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

### 4.6.3 Considerações finais à perspectiva moralizante de Hans Welzel

Os modelos de argumentação dogmática são determinados pelas condições históricas de uma dada sociedade, bem como apresentam variações de conteúdo a depender do modelo político adotado. Monika Frommel defende que Welzel, devido ao seu contexto histórico, não pretendia resolver questões estruturais ou problemas jurídico-penais, mas desenvolver uma nova fundamentação metadogmática, em termos ideológicos.

Como já exposto, a teoria final da ação de Welzel se desenvolveu como uma contraposição ao modelo monista do Direito Penal de vontade, notadamente, representado pela Escola de Kiel e, para atingir este objetivo, Welzel separou o injusto da culpabilidade. Todavia, para Frommel, a crítica se refere muito mais ao naturalismo e ao positivismo tradicional de Liszt, pois Welzel restaurou o conceito de ação vinculado à ideia de vontade e não, propriamente, dirigido ao resultado externo (campo naturalístico). Na perspectiva da autora, Welzel, mesmo com sua reestruturação, manteve o aspecto moralizante e etizante ao direito penal devido à influência do momento político histórico, apesar de sua teoria ganhar força após a década de 50.

A retórica acerca da eficácia da luta contra o delito, por meio da antecipação, subjetivação e ampliação do direito penal, tão utilizada como fundamento jurídico-penal do nacional-socialismo se apoiava em uma etização do Direito Penal a qual se manteve no pensamento filosófico de Welzel, também de uma maneira cega e desconectada de circunstâncias reais, devido a seu apego à ontologia fenomênica abstrata.<sup>185</sup>

Nas palavras de Frommel, “o Direito Penal sempre reflete a imagem da sociedade a que serve e não pode prescindir das necessidades pré-jurídicas que reclamam pelo castigo.”<sup>186</sup> Dessa forma, o direito penal dirigido pela vontade do agente e a fundamentação filosófico-valorativa que Welzel defendia em 1935 representam a influência da política criminal selecionada em tal momento histórico, sem se ater as consequências das teorias desenvolvidas. Até mesmo porque acreditava-se que tais consequências não configurariam problemas de responsabilidade ao mundo dos juristas. Verifica-se uma tendência que apresenta efeitos negativos para a política criminal, pois

---

<sup>185</sup> FROMMEL, Monika. Los Orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 2, n.2, p. 621-632., maio/ago. 1989. p. 631.

<sup>186</sup> Ibid.

parte-se de uma especial inclinação por valorar de maneira exagerada as filosofias metafísicas e por desvalorar, de sobremaneira, os dados empíricos.<sup>187</sup>

Juan Cordoba Roda, em sua obra “*Una nueva concepcion del delito: la doctrina finalista*”, também apresenta uma crítica à concepção filosófica de Welzel no que concerne ao seu aspecto metodológico e, por conseguinte, ao aspecto moralizante no sentido de que sua estrutura dogmática não conseguiu ultrapassar o determinismo ético e moral oriundo do modelo político-social.

De acordo com a compreensão de Cordoba Roda, o método da doutrina finalista parte de uma nova consideração sobre a realidade e os conceitos. Tal método pretende transcender ao tipo e descender a esfera previamente dada. Neste sentido, todo imperativo encerra uma valoração e toda valoração supõe um objeto ontológico. A finalidade como conteúdo da ação e esta como esfera ontológica previamente dada à lei - apesar da tentativa de vincular o legislador com o intuito de evitar que este efetive transformações no objeto dado previamente - não alcançam, em termos concretos, tal objetivo, pois o papel atribuído à ação como integrante da esfera ontológica não parece ser sempre o mesmo.<sup>188</sup>

A adoção metodológica de Welzel resulta na compreensão de que o conhecimento da esfera ontologicamente dada é a forma de se alcançar a essência da própria estrutura ontológica do objeto. Todavia, como bem salienta Cordoba Roda, ao mesmo tempo em que Welzel defende que a lei está vinculada à estrutura da ação, ressalta que só assim está na medida em que o legislador escolheu tal estrutura como pressuposto da reação penal.

Portanto, a vinculação do legislador à ação final não se mostra de forma absoluta. Ora bem, se o ponto de partida da imputação penal não se referir à ação humana, mas a própria pessoa os resultados seriam bem diversos. Por conseguinte, concorda-se que a submissão da lei à ação como esfera ontológica é relativa e não absoluta. O legislador é livre para decidir qual é o pressuposto que lhe servirá de ponto de partida. Compreende-se que a razão cultural confere maior determinação em comparação com a lógico-material.

---

<sup>187</sup> FROMMEL, Monika. Los Orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 2, n.2, p. 621-632., maio/ago. 1989. p. 632.

De acordo com Claus Roxin, a estrutura lógico-objetiva da ação humana em nada contribui para impedir a introjeção ideológica à teoria geral do direito penal; ao contrário, acredita que a relevância conferida ao elemento volitivo pode resultar em perigos à configuração do Direito Penal nos moldes do Estado de Direito. ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudios de Derecho Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 57.

<sup>188</sup> CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepcion del delito: la doctrina finalista**. Barcelona: Ed. Ariel, 1963.

Desse modo, não resta superada a problemática neokantiana referente à relativização valorativa ao conteúdo das normas penais.

Günther Jakobs desenvolve uma análise crítica sobre a estrutura lógica da coisa. Evidencia que uma determinada decisão baseada em valores pressupõe que seu enraizamento na sociedade seja compatível com a solução dos problemas sociais organizacionais: se trata da lógica da sociedade, não da lógica da coisa em si.<sup>189</sup> Por conseguinte, a marca comunicativa-social das instituições do direito penal nada tem a ver com uma discriminação dos indivíduos no campo do ordenamento jurídico. A pessoa e a sociabilidade pressupõem e necessitam de uma sociedade, independente do modelo social, e de um Estado, independente do modelo político-econômico, os quais se organizam em torno da garantia das condições de reconhecimento da personalidade.<sup>190</sup>

No que tange à apropriação do método fenomenológico com o intuito de separar o ato de conhecer - esfera conceitual - e o objeto de conhecimento - realidade -, Welzel também não logrou superar a perspectiva moralizante e etizante das correntes filosóficas precedentes<sup>191</sup> Córdoba Roda, em sua crítica à adoção do método fenomenológico, salienta que o objeto a conhecer não é propriamente a conduta, mas sim a conduta a partir de uma específica lei penal.

A essência do objeto se apresenta de forma relativa, ou seja, o que para um observador pode aparecer como essência do objeto para outro pode haver uma essência distinta de acordo com o ponto de vista a ser adotado. Tudo depende da significação que os indivíduos conferem ao objeto. Apesar dessa relatividade, o objeto apresenta qualidades essenciais. Demonstrar a relatividade da essência não significa negá-la. Apesar das diferentes designações conferidas pelos observadores, a estrutura do objeto não se modificará.

A ação contém uma estrutura independente da designação que o observador confere. Mas no campo do conhecimento, Córdoba Roda enfatiza a necessidade de se ater à natureza simbólica do objeto. No caso, a conduta humana parte do texto legal e de sua

---

<sup>189</sup> JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 396.

<sup>190</sup> Ibid. p. 397.

*"Il concetto di azione di Welzel fu ai suoi uno strumento eccellente per dare inizio alla soluzione dei problemi del tempo. Il concetto decisivo al giorno d'oggi, com'è il suo, diventerà anche antiquato."*

<sup>191</sup> CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepcion del delito**: la doctrina finalista. Barcelona: Ed. Ariel, 1963. p. 59.

linguagem, mas isto não significa que haja uma modificação de sua essência.<sup>192</sup> Referenciar o objeto do conhecimento – a conduta – ao texto positivo não significa negar sua essência. Perante este dado, Córdoba Roda indaga: se o conhecimento da ação é um conhecimento indireto (a partir do texto legal), pode-se aplicar o método fenomenológico?<sup>193</sup>

Para o autor, o método fenomenológico isolado se demonstra insuficiente e, assim, deve ser complementado com outros elementos. Concorde que a expressão legal de ação se refere à realidade (ação como supradeterminação final da causalidade) e esta construção só se pode derivar do método fenomenológico. O problema reside na constatação de que para esta construção só se considera um lado da realidade do objeto.

A averiguação da essência da ação não resulta a partir de um ponto de vista fenomenológico correto. Tal método exige uma absoluta separação entre o sujeito e a existência do objeto. Há uma série de condutas na lei penal cuja inclusão na estrutura final mostra-se forçada.<sup>194</sup> Portanto, o finalismo não contemplaria o modo essencial da ação, mas tão somente a examina em sua existência restrita à lei penal.

A lei quando se refere a uma ação se refere a uma realidade que pode ser essencialmente contemplada. A regulação penal é contraditória e, por isso, não se pode ter um conceito único e superior de ação. O conceito jurídico-penal de ação necessita da relação entre o conceito ontológico e o conceito normativo. O que está proibido ao direito penal é uma restrição de conceito que subtraia a ação das características determinantes de sua essência.

Pois bem, para além da problemática axiológica apontada e da questão metodológica de Welzel, pode-se salientar que seu aspecto moralizante recai sobre certa seletividade social. Há que se questionar se tal seletividade contraria a formulação do conceito de

---

<sup>192</sup> CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepcion del delito: la doctrina finalista**. Barcelona: Ed. Ariel, 1963. p. 61.

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> Por meio das relações das palavras entre si (*relações sintáticas*), das palavras com o pensamento (*relação semântica*) e entre palavras e sujeitos (*relações pragmáticas*), Córdoba Roda questiona a estrutura da ação posta pelo método fenomenológico. Observa-se a problemática referente à omissão. Esta não constitui uma ação no sentido ontológico, mas resulta em um tratamento similar frente à imputação penal. Outra contradição metodológica estaria na estrutura dos delitos formais os quais se consomem por uma simples manifestação de vontade ou atuação volitiva, sem necessidade de que se produza resultado. A finalidade da ação pressupõe a existência de causalidade. A finalidade é a categoria definidora da ação e esta é a supradeterminação da causalidade. Portanto, pressupõe-se a existência desta causalidade. Desse modo, Córdoba Roda demonstra certos tipos de ação previstos na lei penal que não derivam do sentido ontológico de ação, como os crimes omissivos, formais e delitos qualificados pelo resultado perante os quais a lei nada exige em relação à configuração da manifestação volitiva originadora da causalidade. Ibid.

pessoa autônoma ou não. Como Welzel vincula a autonomia à aceitação voluntária das normas morais na consciência individual, pode-se compreender que aqueles indivíduos que não aceitam tais normas não poderiam ser coagidos a internalizar os valores de determinada concepção de mundo.

Todavia, Direito pode coagir no sentido de adequar seus comportamentos externos a tais valores. Trata-se, nesse ponto, do conceito de liberdade humana. Ao restringir o conceito ao campo dos comportamentos autodeterminados conforme o sentido dos valores ético-sociais, Welzel nega a qualidade de ser livre àqueles que não efetivam suas ações de forma orientada à determinada concepção de sociedade, apreendida pelo Direito Penal, em uma dada época histórica.

Pawlik aponta que Welzel transfere para o campo da medida de segurança, o discurso de tutela de bens jurídicos, de forma direta, de modo que se reservam a esta medida os argumentos que foram refutados e considerados como incompatíveis frente à estruturação do direito penal. Os indivíduos que não se conformam aos valores de referência de um determinado modo de vida ético-social, notadamente em relação ao trabalho e à família, apresentam-se como perigosos aos bens jurídicos. Considera-se que o que há de comum entre estes sujeitos é a ampla falta de ligação com a estrutura ético-social e, portanto, demarcam uma existência antissocial.

Welzel, no contexto pós-guerra, afirma que somente a referencia utilitarista para a comunidade não bastaria para justificar a medida de segurança. Deve-se identificar sua admissibilidade ética no confronto com o singular. Neste momento, constata-se a defesa de Welzel à correlação entre liberdade de ação e autodisciplina.<sup>195</sup>

---

<sup>195</sup> PAWLIK, Michael. Introdução: Welzel – Um clássico? In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 95.

Para Roxin, Welzel confundiu, em sua análise acerca da culpabilidade, a diferença de aspectos valorativos com a oposição entre o objeto da valoração e a valoração do objeto. A culpabilidade, sob o aspecto de "reprovabilidade", deveria ser puramente normativa, mera valoração, cujo objeto seria o injusto. Com isso esquece-se que tanto no injusto, quanto na culpabilidade, trata-se de uma dupla valoração independente, e que os pressupostos fáticos do injusto e da culpabilidade, ou seja, os objetos da valoração, são componentes do respectivo elemento do delito. E tampouco a valoração que decide sobre a responsabilidade se esgota na reprovabilidade, tendo muito mais que englobar toda a teoria dos fins da pena em seu bojo. ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Como forma de solucionar a problemática valorativa no campo da culpabilidade, Roxin propõe alterar o conceito de culpabilidade pelo conceito de responsabilidade levando em consideração a distinção entre esta última categoria e o injusto penal. Assevera que o injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal. Já a responsabilidade (como assim denomina a categoria da culpabilidade) decide quais dentre os comportamentos ilícitos necessitam de pena e em quais deles a pena pode ou deve ser dispensada.

A liberdade exterior ou social só se justifica sobre a base da posse da liberdade interior vinculada moralmente. Quem não for dotado desta liberdade interior, não pode reivindicar a liberdade social total. Pawlik observa que entre uma liberdade não total e uma liberdade reduzida a nada - referente a uma pessoa que se encontra sob medida de segurança - há uma grande diferença. Nesse contexto, o posicionamento de Welzel necessita de uma concretização desde o ponto de vista quantitativo. Se Welzel constrói seu conceito de autonomia de forma a exigir considerar o singular não somente segundo sua contribuição ao bem da comunidade, mas como fim em si mesmo, não poderia simplificar - como o fez Liszt - e afirmar que a valoração da vida de uma pessoa se demonstra de acordo com sua compatibilidade aos valores ético-sociais conformadores da família e do trabalho. Assim, Pawlik constata que deve existir uma relação adequada entre a consequência do temor à liberdade interior que falta à pessoa e a extensão do dano causado pela liberdade exterior.

Todavia, na hipótese de se compreender que Welzel constrói seu conceito de autonomia de forma restrita à pessoa moral, não se violaria sua consideração ao retirar a valoração da vida em torno de certos indivíduos (dos quais se subtraiu a qualidade de pessoa moral ou de sujeito responsável). Neste ponto, o aspecto moralizante de Welzel é notável.

#### **4.6.4      Projeção das construções conceituais referentes ao desvalor da ação e da liberdade humana à proteção penal da vida humana**

A problemática não se encontra perante a valoração da vida humana na condição de bem jurídico, mas em sua posição como valor ético-social de uma dada comunidade, em determinada época histórica. A doutrina finalista retira este valor do âmbito de organização individual e o refere à ideia de comunidade/coletividade. Assim, constata-se que a criminalização de condutas como homicídio a pedido, eutanásia, participação no suicídio e aborto consentido não se sustenta, em termos de racionalidade jurídico-penal, na ideia de proteção absoluta ao bem jurídico vida, muito menos em sua ‘inviolabilidade ou indisponibilidade.’ A fundamentação se encontra na valoração ético-social ao se colocar a vida como valor elementar de uma comunidade e, portanto, de controle ‘coletivo’. No contexto histórico brasileiro, observa-se que esses valores, em certa medida, se orientam por um determinismo moral-religioso, o que dificulta a libertação do sistema jurídico-penal frente a certos *tabus* sociais.



No campo da antijuridicidade, a análise determinante não recai sobre o desvalor do resultado da *ação de matar* alguém, ou seja, não se refere à lesão efetiva ao bem jurídico vida humana, até mesmo porque no caso de homicídio a pedido e eutanásia ativa o resultado morte ocorreu como uma expressão de vontade do próprio sujeito empírico. O fundamento da proteção penal da vida reside no *desvalor da ação de matar alguém* como violação de deveres segundo uma ordem de valor ético-social. Ocorreria uma inversão de valores morais ao se priorizar a liberdade de vontade do sujeito sensível sobre sua própria vida em detrimento das normas morais que visam reprimir, a qualquer custo, as manifestações reais de liberdade em torno da vida individual.

Nesse sentido, constata-se que enquanto a sociedade civil fortificar os valores morais-religiosos em torno do medo da liberdade concreta, bem como atribuir sentido à dor e ao sofrimento humano, a vida humana será compreendida em contraposição à liberdade pessoal. Os valores ético-sociais não se apresentam de forma independente do modelo político-econômico estabelecido; assim, no contexto perante o qual a gerência da vida individual é retirada no círculo das liberdades pessoais e controlada, em absoluto, pelo Estado, a vida humana será apreendida somente em um plano ideal, metafísico em completa oposição à vida concreta extraída da verificação do sujeito sensível, real.

No plano do *dever ser*, as condutas referentes ao homicídio a pedido e à eutanásia ativa, analisadas diante dos contextos nos quais o sujeito sensível está submetido à intensa dor e agonia, apresentam um significativo *desvalor* frente à configuração ético-social. A modificação desses valores em torno do significado da dor, do sofrimento e da agonia humana, por consequência, eliminaria o desvalor da ação de modo a retirar a antijuridicidade das condutas elencadas.

No que tange à conduta de aborto consentido e à participação no suicídio, ao passo que ambas as condutas possuem tipo penal próprio que descreve o comportamento proibido, pode-se considerar que somente a modificação dos valores ético-sociais retiraria tais condutas do leque de normas proibitivas sendo que não apresentariam descrições em tipos penais.

Todavia, pondera-se que os valores ético-sociais não se constroem de forma separada dos interesses de determinada ordem econômica que solidifica as relações sociais e políticas. Em certas situações, nas quais tais valores éticos estagnam ou prejudicam interesses desta ordem econômica, relativizam-se alguns deles e retira-se a proibição normativa no campo jurídico-penal. Ilustra-se com o caso da *ortotanásia*, no contexto brasileiro, que por trás dos discursos sobre a ponderação entre valoração da vida humana e

dignidade humana, no sentido de se conferir um valor à qualidade da vida, foram fatores empíricos que determinaram a relativização dos valores ético-sociais e, por conseguinte, da normativa penal. Tais fatores empíricos são evidenciados pelo interesse econômico no desligamento dos aparelhos como forma de redução dos custos hospitalares, notadamente no âmbito público, e da desocupação de leitos.

Dessa forma, o sistema de Welzel não oculta as reais missões do Direito Penal (como o faz a teoria do bem jurídico) em torno da manutenção de uma dada ordem social, sob determinados valores ético-sociais. Ocorre que sua estrutura dogmática ao vincular, essencialmente, o direito penal aos valores ético-morais o aprisiona ao campo de um moralismo excessivo. Ao se considerar que não haverá mudança radical na consciência da sociedade civil sobre a valoração da vida humana na condição de uma liberdade pessoal, defender um Direito Penal que em sua própria estruturação dogmática proporciona uma dependência essencial entre as normas e a estrutura moral dificulta a modificação da racionalidade jurídico-penal que proporcione uma compreensão de vida humana na condição de liberdade, pensada a partir da vontade do sujeito sensível.

Em tópico específico, será apresentada a estruturação normativa a partir da concepção de Günther Jakobs de um modo que se possa atenuar este aprisionamento do direito penal à ordem valorativa ético-social sem, no entanto, negar o reflexo da configuração social na configuração do Direito Penal. Até mesmo porque as ideias de vinculação do agir de acordo com a fidelidade ao Direito e aos deveres do cidadão permanecem na perspectiva funcionalista. Apesar desta aproximação ao pensamento penal de Welzel, Jakobs propicia um maior rendimento à estrutura complexa da sociedade atual organizada em termos de liberdade individual.

Pode-se concluir que a orientação dada ao direito penal à tutela dos valores ético-sociais não se distancia tanto dos problemas ocasionados pelo relativismo axiológico do neokantismo. O aprisionamento da estrutura dogmática ao campo moral dificulta, de sobremaneira, pensar a vida humana a partir do sujeito sensível e compreender a liberdade como plena satisfação das necessidades humanas (e, portanto, uma satisfação também dos impulsos naturais), desde que não se verifique uma violação no círculo de organização da liberdade alheia.

Se o ordenamento penal visa proteger os valores ético-sociais de uma determinada comunidade e se esta reflete em suas normas éticas uma repressão máxima e um temor às manifestações concretas de liberdade, tal configuração e repreensão serão transpostas à racionalidade jurídico-penal de modo a restringi-la e aprisioná-la às doutrinas morais.

O que não se pode negar é que a filosofia do direito penal de Hans Welzel e sua projeção à estrutura dogmática é a doutrina que demonstra de uma forma notável os fundamentos reais e concretos que pautam a proteção penal da vida humana, pois desde a perspectiva da teoria do bem jurídico somente se consegue ocultar tal fundamentação.

A valoração suprema da vida humana não é verificada em termos empíricos na configuração da sociedade moderna estruturada pelas relações sociais capitalistas de produção. O último capítulo desta pesquisa tratará sobre a valoração real conferida à vida pela sociedade que a transforma em uma vida estranhada de sua essência humana e reduzida à mais miserável configuração material e espiritual. Dessa forma, acreditar que o fundamento que legitima a proteção penal da vida humana, no contexto brasileiro, é a proteção do bem jurídico mais sagrado e inviolável do ordenamento jurídico-social torna-se uma argumentação meramente metafísica, irreal.

Em contrapartida, a filosofia do direito penal desenvolvida por Hans Welzel a partir dos conceitos de autonomia ética e liberdade humana restritos à pessoa moral (ao sujeito responsável) e aos valores ético-morais, quando projetados à estrutura técnica da dogmática e sua interpretação e aplicação pelos tribunais, propiciam uma elucidação das reais fundamentações que embasam a proteção penal da vida: não se trata de proteger a vida humana em si mesma, mas os valores ético-sociais que procuram controlá-la dentro de um determinado modelo moral o qual pretende reprimir ao máximo as liberdades individuais.

A filosofia do direito penal de Welzel projetada à prática penal, no contexto brasileiro, evidencia a negativa valoração à vida, à autonomia - devido a não aceitação, na consciência individual, dos valores morais dominantes - e à liberdade - devido a não verificação da autodeterminação conforme o sentido -, dos indivíduos excluídos do conceito de pessoa moral. Portanto, se a vida humana é o bem jurídico de maior relevância à “sociedade brasileira”, assim o é em relação a poucas *pessoas*.



## CAPÍTULO 5 PROJEÇÃO DA ORIENTAÇÃO METAFÍSICA DE KANT E DA PERSPECTIVA ONTOLÓGICO-ABSTRATA NA FUNDAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DA VIDA HUMANA

O vínculo entre filosofia moral, filosofia política e filosofia do direito penal se tornou notável na análise realizada sobre a estrutura dogmática de Hans Welzel a qual continua a ser o ponto de partida para as teorias pós-finalistas da atualidade. As interações entre filosofia política e filosofia moral se refletem nos modelos de filosofia do direito penal.<sup>1</sup> Partiu-se dessas interações, com delimitação no pensamento de Kant, Hegel e Marx, para se alcançar os distintos fundamentos que embasam as interpretações normativas no campo jurídico-penal acerca da vida humana, da liberdade de vontade e da liberdade de ação no que concerne às projeções típicas dos crimes contra a vida, em específico, as condutas de homicídio a pedido, eutanásia ativa, participação no suicídio e aborto consentido.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Sobre a relação entre Filosofia do Direito Penal, Filosofia Política e Filosofia Moral, Gómes Lanz esclarece que a Filosofia do Direito Penal compreende a reflexão normativa acerca dos fundamentos do direito penal e sua legitimação, além de analisar suas características formais e critérios de imputação de responsabilidade penal. Verifica-se uma aproximação deste conjunto de reflexões com o pensamento político e moral de uma dada comunidade. Percebe-se, portanto, uma relação entre Direito, Política e Moral que resulta em uma vinculação entre os estudos de filosofia política e filosofia do direito penal. Há um vínculo material entre a esfera política e a penal. Este vínculo se reflete na necessidade de análise conjunta entre filosofia política e filosofia do direito penal. Os estudos de Filosofia Política abarcam, de forma notável, os processos de aquisição de poder por parte do Estado e a extensão de sua intervenção na organização social. Vincula-se à ciência política como ciência social de caráter empírico. A ciência política preocupa-se com a esfera real (*ser*) do âmbito político e a partir desta realidade desenvolve teorias descritivas sobre o Estado e sua organização real. De acordo com Gómez Lanz, o mesmo ocorre com o direito penal. A filosofia do direito penal parte do questionamento acerca da necessidade de sua existência e de sua legitimidade como instrumento político do Estado sendo que esta legitimidade é construída a partir da função que se atribui ao direito penal na esfera política. Ao mesmo tempo, coexiste com a filosofia do direito penal uma ciência social empírica que se preocupa com a realidade da aplicação das normas penais e que por meio da constatação desta realidade produz teorias descritivas sobre a função efetiva (*real*) daquele. Esta ciência é a criminologia. Dessa forma, se a relação entre filosofia do direito penal e filosofia política é reconhecida, compreende-se haver uma conexão entre aquela e a filosofia moral para se discutir, notadamente, os critérios materiais à utilização da força do Estado. GÓMEZ LANZ, Javier. La filosofía del derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. **InDret**: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, julio/2018.

<sup>2</sup> O pensamento liberal da Filosofia Política quando refletido à Filosofia do Direito Penal representa a prevalência valorativa da liberdade a qual se ramifica em, pelo menos, dois polos principais: a liberdade concebida como direito natural do cidadão e a liberdade concebida ao lado da propriedade privada dos meios de produção. O conceito de liberdade divide-se em um *conceito negativo* referido à liberdade de desenvolver a própria atividade sem obstáculos externos (a necessidade de prevenir a afetação na esfera de liberdade alheia) e um *conceito positivo* orientado pela ideia de autonomia política e capacitação para a ação política. *Ibid.*, p. 8.

Constatou-se que o estudo sobre o pensamento de Kant, Hegel e Marx acerca do sujeito e da liberdade humana e as respectivas interações com o ordenamento jurídico de dada comunidade é o caminho para se evidenciar o fundamento real que embasa o setor dos crimes contra a vida para além de uma percepção estritamente metafísica, orientada por uma dogmática do bem jurídico que não confere rendimento para as situações elencadas acima. O fundamento metafísico da proteção penal da humana só pode ser desmistificado por meio da análise que recai sobre o conceito de liberdade humana. O pensamento sobre vida e liberdade, em Karl Marx, possibilitou apresentar críticas à racionalidade jurídico-penal metafísica que embasa a proteção penal da vida humana e encontrar o fundamento real que sustenta a interpretação normativa convencional.

De acordo com Ricardo Robles Planas, o principal objetivo da dogmática jurídico-penal é refletir sobre o direito penal em termos abstratos independente da lei positiva, mas não da realidade na qual esta se desenvolve. A interpretação, a valoração e a sistematização de conceitos legais dependem do paradigma de legitimidade que se assinala.<sup>3</sup> A função da dogmática jurídico-penal é fixar sentido aos conceitos. O objeto fundamental da dogmática não é o Direito positivo, mas o Direito do ponto de vista abstrato.

---

O princípio da legalidade é colocado como um meio de separação entre o legal e o moralmente bom. O Direito penal de matriz liberal parte do conceito negativo de liberdade: a liberdade de desenvolver a própria atividade sem interferência por parte do Estado e dos demais concidadãos. Postula-se a máxima do conceito de liberdade negativa para a qual cada indivíduo pode perseguir os fins que ele mesmo deseja de modo a priorizar seus critérios de valores e os ajustar ao seu comportamento, desde que não interfira no círculo de liberdade alheia. Neste contexto, é exigível que o Estado se separe das convicções morais. Assim, o liberalismo postula a garantia do máximo âmbito possível de exercício de liberdade individual como fundamento de legitimidade do Estado. A política criminal deve garantir o desenvolvimento mais livre possível do cidadão na persecução de seus fins e o processo de criminalização, apesar de poder refletir valorações morais, não pode se fundamentar exclusivamente na imoralidade de uma conduta. GÓMEZ LANZ, Javier. La filosofía del derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. **InDret**: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, julio/2018. p. 21.

<sup>3</sup> Para Ricardo Robles Planas, a análise sistemática da dogmática jurídico-penal é particular porque se projeta sobre enunciados de dever que afetam as relações entre cidadãos ou as relações entre os cidadãos e a comunidade, tendo a pena como consequência jurídica. A sistemática a que se devem submeter estes enunciados fica condicionada, novamente, pela pretensão de legitimidade e pelo caráter qualificadamente coativo destes enunciados no Direito Penal. A sistematização axiológica ou teleológica não é incompatível com a sistematização lógico-estrutural. A primeira parte de princípios legitimadores do direito penal e trata de desenvolvê-los em um sistema articulado no qual estes princípios possam ser verificados no caso concreto. A segunda parte da agrupação de casos em estruturas relevantes. A sistematização realizada pela dogmática penal pressupõe uma determinada concepção acerca da legitimidade do Direito Penal. ROBLES PLANAS, Ricardo. A identidade da dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 20, n. 98, p. 149-167., set./out. 2012. p. 157-160.

As normas constituem a essência do Direito Penal<sup>4</sup> enquanto que a pena representa a consequência jurídica dirigida às condutas que comunicam uma negação ao ordenamento jurídico como exteriorização da liberdade. Todavia, norma e pena dependem de fundamentos que pautem a própria legitimidade de atuação do Direito Penal. Pois bem, se a fundamentação, a justificação e a legitimação do Direito Penal são inerentes à reflexão dogmática, esta se vincula essencialmente à filosofia política e à filosofia moral.

Robles Planas constata que as diferenças entre filosofia e dogmática jurídica são escassas, porém cumpre destacar que, enquanto a primeira se detém diante de concepções fundamentais em um elevado nível de abstração, a segunda inicia suas análises a partir de tal ponto abstrato e procura extrair consequências.<sup>5</sup> Desse modo, é notável a relevância de se partir do estudo filosófico para se alcançar os fundamentos e a legitimidade de normas penais.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Robles Planas afirma que a essência do Direito Penal se encontra na coação mediante a pena. Como a coação de um *dever ser* se impõe mediante pena e é exercida sobre pessoas individuais, todo sistema dogmático deve buscar responder a pergunta sobre a legitimidade do Direito Penal. Buscam-se as razões que legitimem a imposição de coação. Que se trata de uma coação por parte de uma vontade alheia – Estado – é precisamente o que torna tão difícil o trabalho de justificar a operação básica do Direito Penal. ROBLES PLANAS, Ricardo. A identidade da dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 20, n. 98, p. 149-167., set./out. 2012. p. 162.

<sup>5</sup> Ibid., p. 164.

Robles Planas afirma que, por meio da vinculação entre Filosofia Política e Direito Penal, a dogmática constrói a teoria do Direito Penal correto para âmbitos corretos da vida e para a solução de determinados problemas. Considera-se problemática esta afirmação de Robles Planas que procura, a partir da filosofia, um fundamento para se construir um Direito *correto*. Este conteúdo valorativo que aparece de forma explícita no posicionamento do autor acaba por ultrapassar as barreiras entre filosofia moral e filosofia do direito penal.

<sup>6</sup> Pode-se ilustrar, para melhor compreensão, a introjeção filosófica à dogmática jurídico-penal por meio dos ensinamentos de Polaino-Orts. Este classifica a teoria funcional normativista de Jakobs como neohegeliana e as doutrinas de Köhler, Zaczyk, Kahlo e Wolff como neokantianas, pois partem do normativismo fundamentado no conceito kantiano de liberdade. Em específico, sobre estas correntes neokantianas, Polaino-Orts ressalta que o pensamento de Ernst-Amadeus Wolff defende uma construção kantiana, de corte normativista e personalista que situa o conceito de pessoa em Kant como centro de discussão. A partir da concepção de pessoa – *ser livre* – considera-se o conceito de delito como um atentado a esta liberdade de maneira que nega o direito à autodeterminação. De acordo com Polaino-Orts, atualmente, o conceito de retribuição de Kant perdeu sua vinculação com o conceito de castigo e, progressivamente, vinculou-se à ideia de Justiça no sentido de retribucionismo ético baseado no conceito de proporcionalidade. POLAINO-ORTS, Miguel. Las cuatro caras de la imputación penal. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs**. Lima: Ara, 2010. p. 58.

Outra ilustração que pode ser salientada a respeito da introjeção filosófica à dogmática jurídico-penal se refere ao pensamento de Claus Roxin. Este propõe uma estruturação dogmática que procura unir normativismo, política criminal e dados empíricos:

“Parto da ideia de que todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à “matéria jurídica”, aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade. À luz de tal procedimento — de uma perspectiva político-criminal —, uma estrutura ontológica como a da ação finalista parece em parte relevante, em parte irrelevante e em parte necessitada de complementação por outros dados empíricos. [...] a ideia

Em suma, o presente capítulo procura demonstrar as projeções da racionalidade metafísica à fundamentação da proteção penal da vida humana enquanto o capítulo subsequente pretende contrapor a tais projeções a racionalidade funcional a qual parte do sujeito empírico e alcança a compreensão da subjetividade de maneira a prevalecer o modelo social estruturado pelas liberdades pessoais.

### 5.1 A fundamentação moral-religiosa de autores clássicos no contexto brasileiro

Nelson Hungria, em “*Comentários ao Código Penal*”, estabelece que “a pessoa humana, sob o duplo ponto de vista material e moral, é um dos mais relevantes objetos de

---

reitora normativa deve ser desenvolvida com base na matéria jurídica. A idéia serve de guia, por meio da qual a totalidade do material empírico é revistada em sua relevância segundo os parâmetros da diretriz normativa de decisão. [...] O sistema do direito penal não deve fornecer uma dedução a partir de conceitos normativos abstratos ou um reflexo de regularidades ontológicas. Ele é, muito mais, uma combinação de idéias reitoras político-criminais, que penetram na matéria jurídica, a estruturam e possibilitam resultados adequados às peculiaridades desta. [...] Com isso se pode chegar a uma conclusão intermediária a respeito da relação entre normativismo e dados empíricos: eu não tenho aversão ao empírico, algo que se atribui, p. ex., à teoria de Jakobs. Eu proponho, pelo contrário, uma dogmática plena de dados empíricos, que se ocupa das realidades da vida de modo muito mais cuidadoso que um finalismo concentrado em estruturas lógico-objetivas um tanto abstratas. Mas é verdade que o parâmetro de decisão político-criminal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídicos penalmente relevantes, tem preponderância. Normativismo e referência empírica não são métodos que se excluem mutuamente, mas eles se complementam.” ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61-64.

Pode-se exemplificar esse pensamento de Roxin por meio da distinção entre risco permitido e não permitido. Tal distinção é, em última instância, uma decisão normativa que só pode ser realizada com base em amplos conhecimentos empíricos. “[...] A imputação objetiva, que compõe a espinha dorsal do injusto jurídico-penal, é portanto uma política criminal traduzida em conceitos jurídicos, que se fundamenta numa base empírica e pondera interesses de liberdade e segurança.” Ibid., p. 71-72.

A partir da análise dessas ponderações de Roxin, compreende-se, nesta pesquisa, que este parte do campo ideal - de uma ideia abstrata - para tentar enquadrá-la em dados empíricos, e não o contrário como alega. Isto se deve à confusão de fundamentação filosófica que Roxin realiza para fundamentar e legitimar sua teoria do delito. O próprio Roxin explica que as raízes de seu pensamento se encontram tanto em princípios hegelianos quanto no pensamento neokantiano de referir o direito penal a valores, além de incluir em sua fundamentação influências fenomenológicas. Se Roxin pretende alcançar à realidade concreta deveria, portanto, ocorrer uma inversão em seu modo de pensar: tem-se primeiramente a verificação do campo real para, posteriormente, construir a ideia sobre tal realidade como uma forma de resolução de problemas. Parece que essa inversão foi melhor apreendida pelo pensamento de Günther Jakobs o qual, a partir da análise e da descrição da configuração social moderna - o que não se confunde com empirismo - constrói as ideias jurídico-penais.

Em relação à determinação dos valores político-criminais, Claus Roxin demonstra, claramente, a influência neokantiana em sua doutrina. Salienta que a tarefa do aplicador da norma é trazer à tona as intenções político-criminais, do legislador, a serem extraídas do ordenamento jurídico e, assim, aproveitá-las no trabalho interpretativo. A forma de limitar o arbítrio subjetivo e a indeterminação dos valores político-criminais seria o reconhecimento dos direitos humanos e de liberdade invioláveis de modo que o seu respeito e sua realização efetiva são cogentes para qualquer dogmática penal que argumente político-criminalmente.



tutela penal.”<sup>7</sup> O interesse na proteção absoluta da vida humana ultrapassa a pessoa em seu significado individual. “Não a protege o Estado apenas por obséquio ao indivíduo, mas, principalmente, por exigência de indeclinável interesse público ou atinente a elementares condições de vida em sociedade.”<sup>8</sup> Essa concepção de Hungria se apresenta influenciada pela ideia de que a finalidade do Estado é assegurar a existência humana em sociedade. As críticas em torno dessa perspectiva foram efetivadas na análise sobre os posicionamentos de Günther Jakobs para a qual remetemos o leitor.

A vida humana é posta na condição de um pressuposto da personalidade e, por conseguinte, é o supremo bem individual. A lei penal, ao proteger a vida de forma absoluta, serve ao próprio interesse do Estado, pois este tem como elemento a população. A vitalidade de cada um dos membros do corpo social é um bem inalienável, indisponível e irrenunciável por parte do indivíduo: “a vitalidade representa o conteúdo dos direitos subjetivos que a lei penal considera intangíveis, ainda quando preceda, para o seu ataque, o consentimento subjetivo.”<sup>9</sup>

Neste sentido, Nelson Hungria posiciona-se, radicalmente, contra as ideias de consentimento do ofendido como causa objetiva de exclusão dos crimes contra a vida. O consentimento somente poderia ser observado para excluir o crime se o titular do bem tivesse a possibilidade de disposição deste. “O Direito Penal não protege interesses individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidente com o interesse público e social.”<sup>10</sup> A totalidade das condutas que afetam a vida humana não mereceriam a consideração de consentimento, pois a vida humana, como bem indisponível, representa um interesse social acima do individual.

O Código Penal de 1940 é radical no tratamento dos crimes contra a vida e recusa qualquer consideração referente ao consentimento, além de tipificar a participação no

---

<sup>7</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 15

<sup>8</sup> Ibid.

Desde o ponto de vista de religiões monoteístas, a vida humana é sagrada e, por isso, a agressão orientada a uma única pessoa representa, ao mesmo tempo, uma agressão a toda a humanidade. A mesma análise é transferida à conduta de suicídio. A vida do homem não é sua propriedade posto que o ser humano é criação divina. “Prescrevemos aos filhos de Deus aquele que matar uma pessoa que não matou outrem nem corrompeu a Terra é como se tivesse matado a toda a humanidade.” Alcorão. 5;32. BAKRY, Riay Tatary. Islam, bioética e y final de la vida. In: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones**: el final de la vida. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000. p. 82.

<sup>9</sup> Hungria, em um tom irônico, finaliza: “E dizer-se que foi para isto que o mundo viveu vinte séculos de cristianismo.” HUNGRIA, Nelson. Op. Cit., 1958.

Esta perspectiva permanece sendo a dominante no contexto jurídico brasileiro atual. Cita-se: André Ramos Tavares, Alexandre de Moraes, César Roberto Bittencourt, Miguel Reale Jr, dentre outros.

<sup>10</sup> HUNGRIA, Nelson. Op. Cit., 1958.

suicídio. O tratamento ao homicídio eutanásico condicionado à súplica da vítima pode ser enquadrado na previsão do §1º do Art. 121, Código Penal. Entretanto, ressalta Hungria que esse tratamento de diminuição de pena não é pela consideração do consentimento do ofendido; mas, sim, por motivo de nobreza.<sup>11</sup>

No mesmo sentido, Olavo Oliveira interpreta o homicídio como um delito independente do consentimento do sujeito passivo. Para Oliveira, argumentos contrários são vazios de conteúdo.

O matar é um acontecimento em conflito com as exigências da vida social: é sempre crime, mesmo permitido pela pessoa, que sucumbe, face à sua autorização ou anuência. São de ordem pública as leis protetoras da existência dos cidadãos, ditadas pelos supremos interesses da estabilidade da ordem coletiva. A vontade do indivíduo não derroga o cânon geral para converter em inocente o procedimento que elas declaram criminosos.<sup>12</sup>

Oliveira defende que o homem não tem o direito de dispor de sua vida, pois a função desta é eminentemente social. O direito à vida não pertence ao indivíduo, mas à ordem coletiva. O homicídio eutanásico só foi considerado privilegiado, não em função do consentimento do sujeito passivo, mas em homenagem à nobreza do motivo determinante. Será sempre um delito, na visão de Oliveira, mesmo que não seja punido por interesse político-criminal.

A justificação com base no consentimento do ofendido parece ser perigosa ao olhar de Hungria. O autor discorre sobre a questão do “*duelo*” o qual pode resultar em morte ou graves lesões. Para Alcântara Machado<sup>13</sup> esta situação poderia ser considerada lítica se vista pela ótica do consentimento mútuo e da livre exposição ao risco pela vítima. Em contraposição, Hungria não acredita ser possível defender o consentimento como causa de exclusão, pois envolve bens indisponíveis e irrenunciáveis. Além do mais, Hungria assevera que a cultura de *duelo* nada se assemelha aos costumes do país, não sendo justificativa plausível de consideração.

<sup>11</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 17.

Complementa Hungria que o consentimento do ofendido não tem jamais o prestígio de excluir a ilicitude da lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal, senão quando esta assim o disponha e isso em razão de interesse público, sempre direto e imediato, que a lastreia. *Ibid.*, p. 17.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959.

“Falta razão aos defensores da impunidade. São inoperantes todos os seus argumentos. O indivíduo não dispõe da sua própria vida, bem pertencente à coletividade, de que participa.” *Ibid.*, p. 157.

<sup>13</sup> Sobre a ideia de Alcântara Machado, cita-se a leitura: ASÚA. Luis Jiménez. **Libertad de amar y derecho a morir**. Buenos Aires: Editorial Losada As, 1946.

Afirma-se que “a destruição da vida não pode merecer transigência alguma do direito penal. Pouco importa o consentimento recíproco dos duelistas porque quando estão em jogo direitos inalienáveis, o *mutuus consensus*, não é causa de excludente ou sequer minorante da pena.”<sup>14</sup> A defesa em sentido contrário seria culminar no espírito do Nacional-Socialismo de Hitler contexto no qual se acreditava que “o Direito Penal não poderia submeter à pena um fato profundamente radicado no seio do povo e que, como expressão de virilidade e bravura, depara crescentemente reconhecimento e apoio por parte da coletividade”<sup>15</sup> A violação da vida humana, para Hungria, em hipótese alguma poderia ser excluída da proteção jurídico-penal, sob o perigo de até mesmo se recair em regimes totalitários, como o caso do Nazismo, na Alemanha.

O tipo penal do homicídio é considerado como o tipo central dos crimes contra a vida e como o ponto culminante na orografia dos crimes.<sup>16</sup> O homicídio é colocado como o “padrão da delinquência violenta e sanguinária, uma reversão atávica às eras primitivas: o homicídio é a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.”<sup>17</sup> A centralidade na figura do homicídio é explicada no sentido de que todos os direitos do homem partem do direito de viver, em uma ordem lógica. Por isso, a vida humana é o bem supremo.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid. p. 25.

Sobre a relevância do tipo penal de homicídio: “[...] *el delito de resultado lesivo con bien jurídico individual que há servido de modelo al legislador para crear muchas otras infracciones penales, y también el tipo penal desde cuyo estudio teórico y aplicación práctica han surgido algunas de las construcciones dogmáticas que, después, se han aplicado a casi todos los demás delitos.*” MIRÓ LLINARES, Fernando. El delito de homicidio: aproximación a su aplicación jurisprudencial en la actualidad. **La ley penal**: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Madrid, v.5, n.50, p. 19-42., jun. 2008. p. 19.

<sup>17</sup> Percebe-se a influência da antropologia criminal em Hungria: “Segundo o postulado da escola antropológica criminal, a gênese da criminalidade está no atavismo, de modo que há perfeita identidade entre a delinquência e a infância da humanidade, não passando o crime de um fenômeno de retrocesso anormal do homem aos tipos primitivos.” HUNGRIA, Nelson. Op. Cit., 1958. Ibid., p. 25.

<sup>18</sup> O problema central, para Kaufmann, reside nas exceções à proteção absoluta da vida humana que abrangem a discussão sobre o começo (o qual atinge desde o tema do aborto até as modernas técnicas de reprodução artificial e clonagem) e o final desta. A vida humana se protege desde o nascimento até a morte. A dificuldade resta em relação às teses que acreditam que a vida começa a partir da fecundação (concepção) ou da nidação. Sobre as técnicas de reprodução artificial da vida humana, Kaufmann pondera que tais técnicas não representariam uma relativização da proteção jurídica da vida, pois não se dirigem à destruição, mas sim a criação e conservação da vida humana. A problematização se dirige aos casos de embriões sobrando das técnicas de reprodução artificial. Tais embriões, na visão de Kaufmann, seriam seres humanos destruídos. KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987. P. 45.

No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Proteção penal da vida humana através do Direito Penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Olavo Oliveira ressalta o sentido ontológico do homicídio para o qual só não é homicídio o aniquilamento natural do homem. Toda a destruição provocada ao corpo humano constitui o homicídio. Em contraposição ao sentido ontológico, há o sentido jurídico do homicídio: “em sentido estrito ou jurídico, entende-se como homicídio apenas o homicídio criminoso.”<sup>19</sup>

Nelson Hungria trabalha com a definição de homicídio desenvolvida por Carmignani: “Homicídio é a violenta *hominis caedes ab homine injuste patrata* (ocisão violenta de um homem injustamente praticada por outro homem).”<sup>20</sup> Em uma análise histórica, Hungria demonstra que o homicídio, no primitivo direito germânico (em oposição ao direito romano), não era considerado como um crime de ordem pública. Tratava-se de direito de vingança por parte da família da vítima; além de carregar uma punição respaldada em pecúnia. A prestação pecuniária, que deveria ser feita pelo criminoso à família da vítima, transformou-se em uma verdadeira multa dirigida, em parte, ao Estado, como preço da paz, e à família do morto.<sup>21</sup> Explica-se que com o “ressurgir do direito romano e a influência do direito canônico, perdeu o homicídio o caráter de ofensa privada, exasperando-se a pena, que passou a ser, de regra, a de morte.”<sup>22</sup>

No direito moderno (reflexo da configuração do Estado Moderno), todo ser humano com vida pode ser sujeito passivo do crime de homicídio. O discurso de igualdade formal e sujeito de direito, essencial para a estruturação do Estado Moderno, se reflete na configuração do direito Penal frente aos crimes contra a vida. Compreende-se a partir

Jesús-Maria Silva Sanchez, em seu texto “La dimensión temporal del delito y los cambios de status jurídico-penal del objeto de la acción”, propõe proteção jurídico-penal até mesmo para possíveis lesões ao feto e que só apresentam resultado material (como a morte) após o nascimento. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La dimensión temporal del delito y los cambios de status jurídico-penal del objeto de la acción. In.: **Estudios de derecho penal**. Lima: Grijlj: 2000.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959.

<sup>20</sup> Outros conceitos de homicídio apontados por Nelson Hungria referem-se à violenta destruição da vida humana ou à violenta eliminação da vida humana. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

O tipo penal do homicídio oferece um vasto capítulo de estudos criminológicos em relação aos “criminosos violentos”, dentre os quais o homicida se destaca. Nesta linha de pensamento, o problema da criminalidade torna-se o problema de prevenção e repressão ao homicídio, não só no âmbito da dogmática penal, mas, também, no que se refere aos estudos de biologia, antropologia, psicologia e sociologia criminais. Em suma, na concepção clássica de Hungria, a conduta tipificada como homicídio é o molde para a lei penal. Ibid.

Homicídio - do latim *homicidium*, proveniente da junção das palavras *hominis*, “homem”, e *excidium*, “matar” – consiste no ato de uma pessoa matar outra. Em outras palavras, é morte, destruição, eliminação ou ocisão da vida de um ser humano, por parte de outro. De forma mais precisa, cuida-se da injusta eliminação da vida humana extra-uterina. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Questões atuais dos crimes contra a vida**. 1ª edição. São Paulo: LiberArs: 2016. p. 20.

<sup>21</sup> HUNGRIA, Nelson. Op. Cit., p. 29.

<sup>22</sup> Ibid., p. 29.

destes comentários acerca da historicidade do tratamento jurídico em torno da vida humana que a valoração desta não parte de um dado ontológico.

Em termos dogmático-penais, Pedro Vergara, em sua obra “*O delito de homicídio*” comenta sobre a concepção formal de homicídio adotada pelo Código Penal de 1940.

Segundo da tradição do nosso direito, o Código, de fato, só se refere a uma parte da definição legal; com a expressão do artigo 121, “Matar alguém”, dá como subentendido o elemento moral e se atém apenas aos dados que constituem a materialidade do crime. Essa fórmula é, aliás, de uma técnica rigorosa, porque apenas foram enumerados os elementos indispensáveis, do ponto de vista jurídico, à diferenciação da espécie criminosa; o legislador, pois, nos deu uma definição conceitual do homicídio: não nos deu uma definição do seu conteúdo.<sup>23</sup>

Defini-se homicídio como a morte de alguém a que se deu causa, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, dolosa ou culposa.<sup>24</sup> O conteúdo do crime é o conjunto daqueles elementos positivos e relativos, subjetivos e objetivos, necessários para constituir abstratamente um fato individual, violador de uma norma penal. O conceito se obtém mediante um processo sintético, o conteúdo se apresenta mediante o exame analítico dos elementos constitutivos do crime. A partir desta leitura, constata-se que o elemento injustiça não deve estar expresso em cada norma como seu conteúdo. A injustiça ligada à vontade consciente de praticar o ato de matar alguém constituiria o malefício em si mesmo.

Vergara expõe que nenhum delito é capaz “de produzir maior alarme, ou pavor social, para os neoclássicos, do que a morte dolosa de um homem. A razão de colocar a conduta de homicídio como a primeira na classificação dos crimes vem a ser o dano mediato.”<sup>25</sup>

Preocupação, com base no classismo, pelo dano ou resultado da ação delituosa e pela prevenção dos crimes, teria de levar, necessariamente, à prioridade dos delitos contra a pessoa e, dentre esses, ao homicídio, na classificação dos crimes. De todos os crimes chamados de naturais, os que produzem maior dano ao

<sup>23</sup> Acrescenta-se: “Mas, se o legislador não tivesse agido assim, teria tido necessidade de repetir a exigência do dolo a respeito do homicídio, quando é certo que esse elemento é presumido, em todos os crimes, e só se impõe a sua referência nas hipóteses de dolo específico; por outro lado, não se compreenderia que o legislador fizesse menção taxativa ao dolo e à culpa, no texto principal, quando, logo depois, num de seus parágrafos, dispõe sobre o homicídio culposos.” VERGARA, Pedro. **Delito de Homicídio**. O Dolo no homicídio. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943. p. 25.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

homem, são, sem dúvida, o que suprime a sua existência, o que atenta contra a pessoa, o que ofende os seus direitos essenciais.<sup>26</sup>

Percebe-se que a intenção do legislador, no contexto de 1940, foi a de manifestar a preocupação que inspira o Estado Moderno à pessoa humana. “As nossas instituições, ao mesmo tempo em que repelem o individualismo anárquico, meramente político, procuram valorizar o homem, como força social, moral e econômica.”<sup>27</sup> O interesse pela pessoa humana projetou-se na legislação penal no sentido de considerá-la como um fator de riqueza e civilização para além de seu *status* de cidadão relacionado com o direito de votar e de ser votado ou, ainda, de gozar todas as liberdades.

Entretanto, a classificação dos crimes contra a vida, na Parte Especial do Código Penal, como o primeiro Título, não representa que tais delitos abarcam a maior reação da sociedade até mesmo porque há certa desproporção em relação à deliberação das penas a estes crimes se comparados com outros setores do Código Penal, como os crimes patrimoniais. Portanto, a classificação não significa a reação ou reprovação social ao delito, mas tão somente um reflexo da configuração social moderna no Direito Penal em torno da pessoa humana. Nas palavras de Pedro Vergara:

Não quer isso dizer que só o fato de colocarmos os delitos contra a pessoa no ápice da classificação das espécies criminosas, signifique a maior reação da sociedade contra os crimes dessa natureza; porque, então, seria preciso admitir a reciprocidade que é menos intensa para segundo plano, na parte especial, àquelas infrações; o que seria absurdo; e a verdade é que o nosso legislador, como os demais, que adotaram o mesmo critério preferencial, quis ser coerente e fixou na sua classificação e na respectiva ordem, um propósito que numerosas disposições da parte geral denunciam.<sup>28</sup>

Ademais, o homicídio é considerado, pela literatura clássica, como o atentado não somente à vida humana individual, mas notadamente à fonte da ordem e da segurança geral, ou seja, à existência dos indivíduos que compõem o agregado social.<sup>29</sup> Em última

---

<sup>26</sup> Pedro Vergara aponta a distinção entre crimes naturais e crimes sociais. Nesta distinção, o homicídio é considerado um crime natural. Um crime social seria, por exemplo, uma revolução que atentasse contra a ordem social – o comunismo – o qual aniquilaria todo o direito objetivo da propriedade imobiliária, privada. Esse crime seria muito mais grave do que o crime natural, ou seja, o atentado contra direito subjetivo de um indivíduo a uma propriedade determinada. A defesa pela supressão do Estado, no comunismo, por meio de uma revolução armada, poria em perigo ou pelo menos deixaria sem garantias e sujeita a todos as ameaças do arbítrio individual, a vida humana e a liberdade do homem. Todavia, essa discussão, para Pedro Vergara, é inútil para o Código Penal Brasileiro, já que o crime natural fora classificado em um capítulo anterior aos crimes contra o Estado e à sociedade. VERGARA, Pedro. **Delito de Homicídio**. O Dolo no homicídio. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.

<sup>27</sup> Ibid. p. 14.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959. p. 27.

instância, pode-se entender que o homicídio ataca os interesses do próprio Estado em sua finalidade de assegurar a coexistência social.

Na interpretação de Olavo Oliveira, a essência da incriminação do homicídio é a sua injustiça, “seu choque com o direito, visto importar na ocasião de um ser humano, não permitida pela lei, injustiça é ínsita a todo delito.”<sup>30</sup> O autor define homicídio não como uma afetação à vida humana em si, mas como um atentado ao direito, um desrespeito às leis da coexistência social, uma injustiça ôntica. Em termos dogmáticos, Oliveira conceitua homicídio como a morte de alguém por outrem, penalmente responsável e sem fundamento em lei.<sup>31</sup>

### 5.1.2 Homicídio privilegiado – Art. 121, §1º, Código Penal

A *Exposição de motivos do Código Penal* aponta, como exemplo clássico de homicídio privilegiado, o eutanásico. “O legislador brasileiro não se deixou convencer pelos argumentos que defendem, no tocante ao homicídio piedoso, a radical impunibilidade ou a faculdade do perdão judicial.”<sup>32</sup> Hungria trabalha com o seguinte conceito genérico de eutanásia: “aquele homicídio praticado para abreviar, piedosamente, o irremediável sofrimento da vítima, e a pedido ou com o assentimento desta.”<sup>33</sup>

Na definição de Olavo Oliveira, homicídio eutanásico é o cometido pelo motivo de subtrair enfermo a padecimentos cruéis de doença provocada de dores tenebrantes e tida

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

<sup>33</sup> Ibid., p. 127.

Para combater a impunidade da eutanásia, Hungria fundamenta sua convicção: “A Tese de Binding e Hoche, que patrocinavam a extensiva permissão da eutanásia, não teve ressonância alguma no direito positivo, representando apenas um culminante paradoxo de exasperado e cru materialismo. Segundo os citados autores alemães, deveria ser oficialmente reconhecido o direito de matar os indivíduos desprovidos de valor vital ou mental. Os enfermos incuráveis, de corpo ou espírito, deveriam ser eliminados em nome da sociedade, para que esta se aliviasse de um peso-morto. Seria o calculado sacrifício dos desgraçados em holocausto ao maior comodismo dos felizes. Seria o regime do egoísmo brutal da jungle transplantado para o seio da sociedade civilizada.” Ibid. p. 128.

Jiménez de Asúa explica que: “*El principio de la defensa social, aceptada por muchos como fundamento del derecho punitivo, puede llevar, con sólo extraer las últimas conclusiones, a hacer del derecho penal un derecho seleccionador, que realizaría su misión, en el aspecto individual, con la pena de muerte, el encerramiento perpetuo e el suicidio, y en su aspecto social, mediante la segregación; y su aspecto social, mediante la segregación, la prohibición de contraer matrimonio a los seres tarados, y en caso preciso, para evitar descendencia degenerada, mediante el empleo de la esterilización y de la castración de delincuentes y defectuosos. La eutanasia para los enfermos incurables figura también en este cuadro.*” ASÚA. Luis Jiménez de. **Liberdad de amar y derecho a morir**. Buenos Aires: Editorial Losada As, 1946. p. 501.

como incurável ou vítima de grandes traumatismos crânio-medulares dos seus pungentes sofrimentos, agindo-se sob os impulsos de um exacerbado sentimento de comiseração e humanidade.<sup>34</sup>

Na perspectiva de Hungria, é inegável o acerto de decisão do Código Penal Brasileiro ao rejeitar a completa isenção de pena ao caso do homicídio eutanásico ou por piedade, ainda que sem remédio o sofrimento da vítima e mesmo que preceda a súplica ou aprovação desta. O consentimento da vítima retiraria o caráter alarmante e antissocial do homicídio, mas a impunidade da eutanásia seria apenas uma liberdade intelectual da época. “O homem, ainda que irremediavelmente acuado pela dor ou minado por um mal físico, não é precisamente a rês estropiada, que o campeiro abate”.<sup>35</sup> Ora bem, se se exclui o caráter antissocial da conduta, retira-se a danosidade social que fundamenta e materializa as respectivas interpretações.

As fundamentações de Nelson Hungria e da Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro, no que tange à consideração das condutas de eutanásia como verdadeiros

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959. p. 151.

Carmen Lamarca Pérez explica que eutanásia englobaria a discussão acerca do direito que todo ser humano tem, não somente a morte como parte do direito a livre disposição sobre a vida, mas, sobretudo, o direito a uma morte digna. Distingue-se a eutanásia ativa da eutanásia passiva. O tratamento médico que se realiza com a finalidade de evitar ou diminuir o sofrimento e as dores do paciente é reconhecido como eutanásia ativa indireta e considerado como conduta atípica. No contexto atual espanhol e alemão, os casos de eutanásia passiva estão despenalizados, ou seja, são tidos como conformes ao direito. Somente a eutanásia ativa direta resultaria punível, desde que com uma pena atenuada em comparação ao homicídio ou à participação no suicídio. A eutanásia passiva consiste em uma omissão, ou seja, na supressão dos meios de prolongação artificial da vida humana, de medicações a aparelhos respiratórios. A conduta de desconectar tais aparelhos recai sobre uma omissão do médico. No contexto brasileiro, a problemática se torna ainda mais intensa; pois, tais atitudes podem recair no enquadramento de homicídio por omissão. A eutanásia ativa direta ainda apresenta o merecimento e a necessidade de pena, no contexto da doutrina alemã e espanhola, já que abarca uma intervenção comissiva, ou seja, uma ação positiva que alcança, diretamente, a morte do paciente, em estado terminal. LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. **La ley penal**: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Madrid, v.6, n.60, p. 20-31, maio, 2009.

Neste contexto, aponta-se a problemática que envolve os casos de desconectar os aparelhos que permitem a uma pessoa viver de maneira artificial em estado vegetativo, bem como a possibilidade de eutanásia para pessoas que apresentam uma enfermidade incurável ou degenerativa e que expressam, claramente, o desejo de morrer. No âmbito teológico, este ‘desejo de morrer’ é considerado um impulso interior consciente, mas não racional. A análise sobre a angústia humana recai, em última instância, à angústia da morte. Em busca pelo sentido da vida, recai-se também na procura pelo sentido da morte. Dessa forma, o sentido da morte é um problema religioso por excelência. TARQUIS ALFONSO, Pedro. Bases teológicas de la ética protestante. In.: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones**: el final de la vida. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000.

<sup>35</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

De acordo com Miró Llinares, a vida não é um bem jurídico disponível e, por isso, o homicídio consentido é equiparado ao homicídio que ocorre de forma arbitrária. MIRÓ LLINARES, Fernando. El delito de homicidio: aproximación a su aplicación jurisprudencial en la actualidad. **La ley penal**: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Madrid, v.5, n.50, p. 19-42., jun. 2008.



homicídios, se mostram embasadas em fundamentações teológicas e ontológico-substanciais:

Repugna à razão e à consciência humanas que se possa confundir com a prática deliberada de um homicídio o nobre sentimento de solidariedade e abnegação que manda acudir os enfermos e os desgraçados. Além disso, não se pode olvidar que o sofrimento é um fator de elevação moral. **Não nos arreecemos, nesta época de retorno ao espiritualismo, de formular também o argumento religioso: eliminar o sofrimento com a morte é ato de estreito materialismo, é desconhecer que uma alma sobrevive ao perecimento do corpo e que a dor é o criso em que essa alma se purifica e se redime para a sua progressiva ascensão às claridades eternas.** Os brados, os gemidos da dor humana ecoam, retumbam no seio infinito de Deus. O sofrimento é o preço da perfeição moral, é o tributo de peagem na peregrinação do homem pelo mundo.<sup>36</sup>

Apoia-se na literatura religiosa para afirmar que é raro o homem que sabe suportar, nobremente, a dor. “Mas, se devemos chorar sobre a dor alheia, quando sem cura e sem alívio, a lágrima da nossa compaixão e do nosso desespero, não podemos jamais interceptar uma existência humana na sua função finalística, que se projeta além das coisas terrenas.”<sup>37</sup>

Hungria critica, radicalmente, o posicionamento de Enrico Ferri, representante da Escola Positiva Italiana, para o qual a vida não seria um direito inalienável. A vítima poderia proclamar seu direito de morrer:

Se o direito à vida é tangível e anulável em certos casos, quer por parte do Estado (pena de morte) quer por parte do particular (como nos casos de legítima defesa e estado de necessidade), tal direito também poder ser abdicado ou renunciado por parte de seu titular. Nem a família nem a sociedade têm um verdadeiro e próprio direito à vida de cada um de seus membros. Que a sociedade e a família tenham, em regra, interesse na existência de cada um dos seus membros é inegável; mas interesse não é direito, pois que um deriva da simples utilidade, outro da imprescindível necessidade: faltando esta, inexistente direito.<sup>38</sup>

Este posicionamento da Escola Positiva, na vertente de Enrico Ferri, foi combatido de forma a não influenciar nas interpretações referentes aos tipos penais dos crimes contra

<sup>36</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal:** decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 130. (Grifo nosso)

<sup>37</sup> Ibid., p. 129.

Para a comunidade cristã dominante o sofrimento é fértil e a eutanásia ativa corrompe suas valorações éticas. Deus é considerado o único criador e portanto soberano da vida. A vida do homem pertenceria a Deus. Sendo a vida um dom divino, o homem não tem direito a dispor livremente dela. Aliviar a dor é uma coisa, facilitar a morte ou não prolongar o sofrimento também, mas retirar a vida unicamente para evitar a dor e o sofrimento é inadmissível. TARQUIS ALFONSO, Pedro. Bases teológicas de la ética protestante. In.: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones:** el final de la vida. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000. p. 63.

<sup>38</sup> HUNGRIA, Nelson. Op. Cit., 1958. p. 130.

a vida, no contexto brasileiro. Considerou-se o pensamento de Ferri como um simples formalismo a respeito do direito à vida. Acredita-se que: “juridicamente, é imponderável o consentimento de quem sob a coação de uma dor cruciante, despede-se do *tenerimus affectus* da própria conservação.”<sup>39</sup>

Além desta desconfiança frente ao formalismo, Hungria questiona o próprio consentimento da vítima em renunciar ao direito à vida. “O indivíduo que autoriza a própria morte não está, não pode estar na integridade de seu entendimento. O apego à vida é um sentimento tão forte que o homem, no seu estado psíquico normal, prefere todas as dores e todos os calvários à mais suave morte.”<sup>40</sup>

Ainda que a vida se transforme numa tortura de cada instante, há uma força imperiosa que nos traz chumbados a ela: é o instinto medo da morte. Não há religião ou filosofia que faça o homem conciliar-se com a ideia do próprio inevitável exílio. O homem, enquanto lhe resta o senso normal dos fatos e das coisas, não troca o sofrimento de mil agonias pelo sono de que não se acorda. E não é somente a morte, em si mesma, que apavora: é o vago sentimento do desconhecido, o incoercível medo do além-túmulo. Maeterlink, ao reputar absurdo que o horror da morte exija a prolongação da agonia, não atendeu a que o instinto só admite uma lógica: a que o identifica consigo mesmo.<sup>41</sup>

Em nome do Direito e em defesa deste, Hungria considera a eutanásia enquanto um verdadeiro homicídio que *merece e necessita* de pena:

Defender a eutanásia é fazer apologia ao crime de homicídio. Não desmoralizemos a civilização contemporânea com o preconício do homicídio. Uma existência humana, embora irremissivelmente empolgada pela dor e socialmente inútil, é sagrada. A vida de cada homem, até o seu último momento, é uma contribuição para a harmonia suprema do Universo e nenhum artifício humano deve truncá-la. Não acumplicie-nos a Morte.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

<sup>40</sup> Ibid.

A religião católica explora o temor natural à morte com o intuito de assegurar seu domínio sobre os indivíduos. O que se pretende com a relação entre Bioética e Religião é diminuir esta carga valorativa negativa em relação à morte e compreendê-la como um fenômeno natural. TARQUIS ALFONSO, Pedro. Bases teológicas de la ética protestante. In.: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones**: el final de la vida. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000.

A convivência pacífica em sociedade objetiva a preservação da espécie humana. Para isso, articulam-se normas jurídicas, morais, religiosas e sociais. No âmbito moral-religioso acerca da vida humana, tem-se que Deus é o titular deste direito subjetivo e delega à autoridade humana o poder de punir aquele que matar o outro em nome da manutenção da convivência social pacífica. FALCÓN Y TELLA, María José. El mandato "no matarás" como norma jurídica, norma moral, norma religiosa y uso social. **Direito e Democracia**: Revista do Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Luterana do Brasil, Canoas, v. 9, n. 1, p.39-58.,jan./jun.2008.

<sup>41</sup> HUNGRIA, Nelson. Op. Cit., p. 131.

<sup>42</sup> Ibid., p. 132.

No mesmo sentido defendido por Hungria, a leitura de Olavo Oliveira se expõe de forma ainda mais radical, com forte embasamento na moral religiosa. O autor parte do seguinte exemplo para fundamentar sua concepção.

Em virtude da colisão de um trem, um cadete ficou aprisionado entre os escombros, vendo avançar para a sua direção às chamas que o consumiam, e sem esperança nenhuma de ser libertado. Quando começava a sofrer as primeiras queimaduras, foi morto com um disparo por um de seus chefes, ante os seus pedidos insistentes.<sup>43</sup>

Para os defensores da exclusão da qualidade de crime ao homicídio eutanásico, não haveria configuração do tipo penal de homicídio uma vez que para este crime é essencial a vontade de matar, revestida de pravidade. Em tais ações o agente não teria o propósito preconcebido de destruir uma vida. Procura-se somente prestar um serviço, atendendo as súplicas e solicitações.<sup>44</sup> Todavia, cabe ressaltar que a justificativa da exclusão do crime estaria ao nível do injusto penal (para além da análise restrita à tipicidade), pois o homicídio eutanásico não incide em seu núcleo fundamental. Assim sendo, a resolução está na análise do injusto penal e não de categorias isoladas como a tipicidade e a punibilidade (merecimento e necessidade de pena).

Olavo Oliveira, para rebater os argumentos sobre o sofrimento e a dignidade humana, afirma que quem muito sofre acaba se adaptando aos seus males em cujo meio continua vivendo e apreciando a existência, apesar de tormentosa.<sup>45</sup> A resistência à dor dependeria, assim, da força moral da pessoa, da sua fé e da sua crença sobrenatural. A

---

A postura cristã, em termos gerais, assume que existe um direito moral, em certas circunstâncias, para se encerrar a vida humana. Em termos excepcionais, compreende-se que Deus concedeu esta faculdade à sociedade. Todavia, causar ou acelerar a morte de um indivíduo com a finalidade de evitar o sofrimento, para o ideal cristão, apresenta uma contradição imanente já que a própria morte é considerada como sofrimento. Ademais, compreende-se que eliminar o sofrimento interrompe a comunicação que Deus estabelece por meio dele. Em suma, em casos excepcionais a postura cristã (católica ou protestante) procura aceitar moralmente o desligamento de aparelhos que mantêm uma vida vegetativa. Entretanto, defende que o fim (evitar o sofrimento) não justifica o meio (causar a morte). Para o campo religioso há uma diferença entre provocar a morte e permiti-la de modo natural. Assim, a eutanásia passiva – no caso de desligamento de aparelhos - pode ter fundamentação moral, contudo a eutanásia ativa e o homicídio a pedido não apresentam esta permissão moral-religiosa. TARQUIS ALFONSO, Pedro. Bases teológicas de la ética protestante. In.: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones: el final de la vida**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000. p. 63.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 157.

O desligamento de aparelhos artificiais (conduta esta que não se confunde com o homicídio piedoso ou eutanásia ativa) é permitido desde o ponto de religiões monoteístas. Agora, qualquer outro tipo de *homicídio* abrangido pela modalidade de eutanásia ativa ou direta é, radicalmente, repreendido. BAKRY, Riay Tatary. Islam, bioética e y final de la vida. In: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones: el final de la vida**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000.

incurabilidade de qualquer moléstia representaria mero mito, já que a decisão final estaria nas mãos de Deus. “A vida é um dom de Deus: ele a dá. Ele a conserva. Ele a suprime.”<sup>46</sup>

Sobre as hipóteses de exceção ao princípio de proteção absoluta à vida humana, Oliveira esclarece que só excepcionalmente o Estado ou o indivíduo pode anulá-la: o “último para garantir a sua existência ou um seu direito essencial, procedendo ambos, em todas as conjunturas, em função das supremas convivências da harmonia social, e nunca para atender a um interesse privado do cidadão.”<sup>47</sup>

Pôde-se perceber que as concepções de Nelson Hungria e Ovalo Oliveira, expostas neste tópico, dependem da aplicação do fundamento metafísico embasado na manutenção da coexistência social. Ao projetar tal fundamento à criminalização de condutas como homicídio a pedido, eutanásia ativa e participação no suicídio constata-se que mesmo nos casos em que tais condutas são realizadas devido à liberdade de vontade do sujeito titular, o fundamento metafísico de proteção à coletividade (e, portanto, a não consideração da vontade livre do sujeito sensível) ilustra a adoção de uma concepção de sujeito de direito que transforma a coletividade – a humanidade em geral – como o sujeito do direito à vida em detrimento do sujeito concreto. Esse fundamento metafísico em torno da proteção penal da vida humana acaba por ultrapassar os limites entre Direito e moral.

Kurt Seelmann analisa esta possibilidade de estender a proteção da dignidade para além do indivíduo e alcançar a noção de coletividade. Notadamente no âmbito bioético, discute-se a ideia de que determinadas ações podem não lesionar a dignidade individual, mas a totalidade da espécie humana, ou seja, situações nas quais não se afeta a dignidade do indivíduo em concreto, mas resulta em uma possível lesão à dignidade da humanidade em geral, do gênero humano. Coloca-se como sujeito de direito a coletividade e não o sujeito efetivo.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959.

<sup>47</sup> Ninguém tem o direito de matar-se, fazer-se matar ou matar alguém, mediante súplica ou consentimento, com fins terapêuticos ou compassivos. *Ibid.*, p. 158.

Sobre o homicídio consentido, Jiménez de Asúa se posiciona da seguinte forma: “Nada más absurdo, a mi juicio, que tratar, en este caso, e dar significado justificante a la solicitud del sujeto passivo. Lo que constituye la esencia del delito es ser un acto antisocial e importar un ataque al orden jurídico; por tanto, la pena es cosa distinta de la reparacion, puesto que tinene un carácter social.” ASÚA. Luis Jiménez. **Libertad de amar y derecho a morir**. Buenos Aires: Editorial Losada As, 1946. No que se refere à eutanásia eliminadora e econômica: “Rechazo de pleno, repugnado y entristecido, la organización, con todo el aparato de legalidade, del exterminio de las personas aquejas de incurables males o de idiotiez irremediable.” ASÚA. Luis Jiménez. *Op. cit.*, 1946.

<sup>48</sup> SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofia del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 46.

Ora bem, Seelmann alerta que a compreensão da dignidade humana como dignidade da espécie coloca o Direito em permanente perigo no sentido de se evidenciar que posturas morais particulares são determinantes na interpretação de conceitos jurídicos vinculantes. Todavia, além desta constatação, a determinação moral sobre os conceitos jurídico-penais pode prejudicar o próprio indivíduo concreto em caso de conflito.

De acordo com a postura do individualismo normativo, as decisões políticas somente são legítimas se partiram dos interesses de seres humanos afetados diretamente pela decisão, pois o coletivo não pode ser tratado independente dos indivíduos concretos que sofreram diante de certa realidade e que exigem uma justificação jurídica. O conceito de dignidade da espécie em um patamar superior à dignidade humana do indivíduo concreto entra em contradição com esta postura do individualismo normativo quando passa a fundamentar determinadas posturas jurídicas, ainda mais no campo dos processos de criminalização no Direito Penal. Em suma, o conceito de proteção à dignidade da coletividade em contraposição ao sujeito concreto demonstra-se perigoso, pois exige uma homogeneidade e unidade, as quais em um Estado pluralista pautado pelas liberdades pessoais, não poderiam ser aceitas. A compreensão sobre o sujeito real exige considerar coletividade como um elemento da própria individualidade.<sup>49</sup>

Portanto, no âmbito da proteção penal da vida humana, dever-se-ia considerar o ser humano individual - o sujeito sensível, efetivo, concreto - como sujeito de proteção jurídica, seja na condição de sujeito de Direito (pessoa), seja como indivíduo, e não a coletividade posta em detrimento da individualidade ou da particularidade. Caso contrário, ocorreria um rompimento em torno do próprio conceito de coletividade.

### *5.1.3 Autonomia dos tipos penais no setor dos crimes contra a vida: determinismo ético-moral*

A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal expõe acerca dos “*Crimes contra a Vida*”, em específico sobre a conduta de homicídio (Art. 121, Código Penal), a diferenciação entre homicídio simples (Art. 121, *caput*), homicídio qualificado

---

<sup>49</sup> SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 48.

(Art. 121, §2º)<sup>50</sup>, homicídio culposo (Art. 121, §3º) e homicídio privilegiado (Art. 121, §1º). No que tange a esta última modalidade citada, transcreve-se:

Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado por motivo de relevante valor social, ou moral, ou sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Por motivo de relevante valor social ou moral, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria.<sup>51</sup>

A consideração do homicídio a pedido equiparado ao homicídio que subtrai a vida de modo arbitrário, bem como a eutanásia como homicídio privilegiado (Art. 121, §1º) apresenta uma intensa contradição diante da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal publicada em 1940. Ora bem, diz-se no Item 37 acerca “Dos Crimes contra a Pessoa” que a *honra* e a *liberdade* são interesses ou bens jurídicos inerentes à pessoa tanto quanto o direito à vida ou o direito à integridade física. Pretende-se justificar a inclusão dos capítulos referentes aos crimes contra a honra e crimes contra a liberdade individual no Título I, o qual abarca os crimes contra a pessoa. Com esta inclusão, compreende-se que a vida humana não poderia ser interpretada de forma contraposta à liberdade pessoal já que ambos os interesses pertencem à *pessoa, e, portanto, não à coletividade*. A afirmação contrária representa um significativo paradoxo, o qual evidencia o determinismo moral sobre as interpretações normativas e acaba por prejudicar a análise sistemática do próprio Código.

Todavia, a equiparação de condutas essencialmente distintas sobre uma mesma interpretação normativa determina a análise sistemática acerca do homicídio, bem como demonstra que a divisão do Capítulo sobre os Crimes contra a Vida é condicionada não por uma diferenciação acerca do conteúdo próprio do injusto penal, mas por uma ética-social determinante a qual fundamenta o direito à vida não na condição de manifestação concreta da liberdade pessoal a partir da consideração do sujeito sensível, mas como um bem

---

<sup>50</sup> As qualificadoras, segundo o texto da Exposição de Motivos, se dividem de acordo com a intensidade do dolo, o modo de ação ou a natureza dos meios empregados, sendo que todas elas destacam o valor sintomático das circunstâncias reveladoras do alto grau de periculosidade, assim como do extraordinário grau de perversidade do agente. Códigos 3 em 1 Saraiva: **Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 138.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 138.

jurídico de titularidade social que deve ser protegido acima da liberdade pessoal por representar a proteção da própria coexistência social.<sup>52</sup>

Pode-se afirmar acerca das considerações de Hungria, Vergara e Oliveira que não se realiza uma distinção ao nível de injusto penal na consideração das condutas que afetam a vida humana. O problema de que se parte é o da equiparação de condutas, essencialmente distintas, com o intuito de se manter o discurso jurídico sobre a concepção de vida humana como um bem jurídico sagrado.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Remete-se o leitor ao Capítulo 1 no que se refere à análise kantiana sobre os deveres de respeito na condição de deveres de virtude e a possibilidade, ou não, de transformá-los em deveres jurídicos. Neste momento, cumpre destacar que os tipos penais que comportam a dimensão objetiva da proteção do respeito representam normas jurídicas que proíbem uma conduta contrária aos modelos de valor e de comportamento enraizados na sociedade apesar de não violar, diretamente, um direito individual da pessoa. Neste campo, há uma confusão em torno dos limites entre Direito e Moral. Há delitos de comportamento que constituem uma parcela inadmissível de normatização de mantados puramente morais de modo a simbolizar um moralismo jurídico. Segundo Seelmann, a distinção entre Moral e Direito não é suficiente para contribuir à limitação da criminalização. Dever-se-ia fixar o limite dos deveres jurídicos e dos deveres puramente morais a partir da consideração acerca do juridicamente relevante em relação à lesão ao outro em sua personalidade, o que configuraria uma negociação unilateral do reconhecimento de outros em sua subjetividade jurídica. A pena somente seria necessária na condição de compensação que reestabelece o ordenamento jurídico nas situações nas quais o autor reduziu o *status* jurídico de outro. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Nos casos relativos ao homicídio a pedido, eutanásia ativa e à participação no suicídio não parece estar configurado este limite entre deveres jurídicos e deveres puramente morais de forma suficiente para se legitimar a aplicação da pena no sentido de compensação que reestabelece o ordenamento jurídico quando o autor reduz o *status* jurídico de outro. Há, portanto, uma normatização proibitiva de comportamentos que configuram, puramente, violações aos deveres morais.

<sup>53</sup> No que tange à consideração das tipologias de eutanásia como homicídio privilegiado (Art. 121, §1º, Código Penal), pode-se analisar o tipo penal descrito no projeto de lei nº 236/2012 - Senado Federal: “Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos.” Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: Out./2018.

Compreende-se que a proposta de tipificação da eutanásia ativa contém uma necessária diferenciação de injusto no que tange a distinguir a conduta de matar motivada pelo pedido do próprio sujeito titular da vida daquelas condutas em que se subtrai a vida de outrem por meio de uma afetação arbitrária e violenta no círculo de organização de liberdade. Todavia, apesar do suposto avanço em distinguir o conteúdo do injusto, de modo a não equiparar sob a mesma interpretação normativa condutas essencialmente distintas, o que se concluir é que a tipificação específica da eutanásia ativa reafirma o determinismo moral sob a análise do direito à vida no contexto brasileiro, assim como valoriza o discurso jurídico tradicional de proteção ao bem jurídico vida humana; discurso este que não apresenta rendimento frente à complexa organização social pautada pelas liberdades pessoais. A proposta de tipificação da eutanásia ativa se demonstra, portanto, como um meio de afirmação da repressão à consideração da vida como manifestação concreta da liberdade do sujeito empírico.

O art. 122, §1º do mencionado Projeto apresenta uma causa de extinção de punibilidade: “O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.” Apesar da possibilidade de aplicação desta causa de extinção de punibilidade (no sentido de não se considerar necessário ou merecedor de pena), a proposta de tipificação acaba por dificultar a exclusão do próprio injusto penal. Em suma, pode-se constatar que a tipificação da eutanásia ativa representa um retrocesso à afirmação da liberdade pessoal.

Sobre a autonomia dos tipos penais que compõem o título dos Crimes contra a vida, Díez Ripollés e Gracia Martín comentam que a doutrina espanhola majoritária não considera tais tipos como situações privilegiadas ou agravadas a partir do tipo de homicídio simples. A participação no suicídio e o infanticídio seriam tipos autônomos e independentes do homicídio, pois apresentam uma substancialidade própria.<sup>54</sup>

Em sentido contrário, no que tange às condutas de homicídio eutanásico, homicídio a pedido (seja na forma comissiva, seja na omissiva) e a participação no suicídio, como uma solução à equiparação de condutas essencialmente distintas, Hungria explica que:

Depois de incriminar determinado fato, a lei penal passa a ter em conta certas circunstâncias subjetivas ou objetivas de que êle pode revestir-se, assumindo um cunho especial de maior ou menor gravidade, e adota, então, um dúplice critério de decisão: ou configura um crime à parte, com título próprio e pena autônoma, superior ou inferior à do tipo fundamental; ou conserva o crime básico, com o seu nomen juris, mas cominando-lhe uma pena maior ou menor, dentro de novos limites, ou determina ou autoriza uma especial agravação ou atenuação da pena.<sup>55</sup>

O crime de infanticídio é considerado, por Hungria, como uma forma privilegiada de homicídio, colocada em tipo próprio. Já as hipóteses do Art. 121, §1º, CP são tipos privilegiados no interior do tipo fundamental. Privilegiam-se estas hipóteses devido aos motivos determinantes do crime. Segundo Hungria, é somente com a resposta do “porquê” do crime que se pode medir a personalidade do criminoso; bem como identificar seu grau de antissociabilidade. Percebe-se que as diferenciações realizadas baseiam-se, ainda, em concepções de Antropologia Criminal em detrimento dos critérios dogmático-penais de diferenciação do injusto penal.

Os valores sociais e morais são avaliados a partir de critérios ético-sociais gerais ou de senso comum. Exemplifica-se: “O motivo político, quando nobre ou altruístico, e não inspirado em credos subversivos do atual regime social, pode ser incluído entre os motivos de relevante valor social”.<sup>56</sup> Por motivo de valor moral, Hungria compreende que seria

<sup>54</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**: vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

*“Según la tesis de la autonomía, los elementos que han servido para la formación de los tipos autónomos de los delitos contra la vida humana independiente, no tienen el valor de circunstancias, sino de elementos constitutivos del delito correspondiente. Esto significa que tales elementos gozan del atributo de la tipicidad, a diferencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que son, meramente, elementos accidentales del delito.”*Ibid.

<sup>55</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

<sup>56</sup> Ibid., p.126.



todo aquele motivo que merece apoio da moralidade média. Interessante o exemplo que Hungria considera como um possível valor moral:

Outro crime extremamente repulsivo é o da mãe que mata conscientemente o próprio filho, e, no entanto, quem não teria um pouco de benevolência para com aquela mulher que, há tempos, em São Paulo, não podendo conformar-se com o hábito de furtar adquirido pelo filho adolescente, preferiu mata-lo a vê-lo, de futuro, arrastando a vida de um ladrão incorrigível?<sup>57</sup>

Resta evidente não somente o determinismo moral-religioso na separação dos tipos penais dos crimes contra a vida, perante a perspectiva da doutrina clássica, mas também certa seletividade social a qual se demonstrou de maneira explícita na última citação exposta de Nelson Hungria, em uma contradição – proposital - com seu discurso de proteção absoluta da vida humana a qualquer pessoa.

No que se refere à Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal referente, em específico, à participação no suicídio demonstra-se, de forma nítida, a orientação normativa aos valores ético-sociais quando se afirma que o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio configuram o crime tipificado no Art. 122, CP, sendo punível mesmo que se o suicídio se fruste desde que resulte em lesão corporal de natureza grave ao que tentou matar-se.

Carmen Lamarca Pérez, com o intuito de comprovar que na atualidade ainda reina a interpretação acerca da proteção penal da vida de acordo com os interesses do Estado e com a pretensão de manutenção dos valores ético-sociais acima dos indivíduos concretos, parte da observação de que, por mais que a tentativa de suicídio seja impunível, a participação de terceiros ainda recebe uma resposta criminal. Além do mais, a autora pondera que se impõe, muitas vezes, um dever específico de se evitar a morte daqueles que

---

Ainda hoje, cita-se o mesmo exemplo. Ilustra-se: “A primeira hipótese privilegiada diz respeito ao homicídio praticado por motivo de relevante valor social. Isso quer dizer, há a redução de pena quanto o crime é praticado para afirmação ou reafirmação de valores relevantes da vida em comunidade, como, por exemplo, por “patriotismo”, pela “busca da paz” em local assolado por altas taxas de criminalidade etc. Artur de Brito Gueiros. **Questões atuais dos crimes contra a vida**. 1ª edição. São Paulo: LiberArs: 2016.” p. 31.

<sup>57</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

Remete-se o leitor para a análise acerca da doutrina moral de Kant. Na obra *Metafísica dos Costumes*, o filósofo expõe sua defesa à exclusão da pena de morte para casos de infanticídio, pois não se poderia equiparar a conduta de infanticídio motivada como proteção à honra (contra a existência de uma criança proveniente fora do casamento) com qualquer outra conduta de assassinato. Ademais, afirma Kant que a criança concebida fora do casamento não receberia proteção do Direito. Percebe-se o determinismo moral na totalidade da estruturação normativa dos crimes contra a vida.

livre e voluntariamente se decidiram a acabar com a própria vida.<sup>58</sup> Nesse sentido, tem-se a discussão jurídica a respeito da disponibilidade da vida humana pelo titular deste direito em contraposição à legitimidade do Estado em impor, coativamente, a obrigação de se viver a qualquer custo.

Para compreender a discussão sobre a legitimidade do Estado, o foco se encontra na proteção, por parte deste, de forma absoluta à vida humana em torno da concepção de que esta proteção não se volta à pessoa concreta, mas sim ao interesse social de se assegurar a vida em comunidade. Cumpre salientar que as perspectivas de Nelson Hungria, Olavo Oliveira e Pedro Vergara apontam para a fundamentação à proteção absoluta da vida humana a partir da finalidade que se atribui ao Estado.

Manual de Rivocoba Y Rivocoba explica que, atualmente, ainda se sustenta que a vida humana é um bem jurídico de titularidade social, portanto, não individual. O direito penal protege os interesses da sociedade de forma independente dos interesses do titular. Nesse sentido, constata-se que a vontade do sujeito empírico se torna irrelevante em torno da disposição de sua vida humana.<sup>59</sup>

Por fim, salienta-se o posicionamento de Ángel Torío Lopes para o qual a interpretação normativa que confere uma absoluta proteção ao bem jurídico vida (ou seja, a proibição normativa absoluta em torno da conduta de ‘*matar alguém*’) e que desrespeita, por completo, a decisão do sujeito concreto corre o risco de se distanciar das relações sociais reais. Todavia, para Torío López, a excludente do injusto embasada na vontade do sujeito ainda não apresenta critérios convincentes. O problema lógico seria: o fato de alguém querer morrer não legitima a permissão de poder matar. Os argumentos que tentam defender esta excludente por meio do direito ao livre desenvolvimento da personalidade não convencem, pois a morte é o verdadeiro ato que exclui este direito. Desse modo, o

---

<sup>58</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. **La ley penal**: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Madrid, v.6, n.60, p. 20-31, maio, 2009.

<sup>59</sup> RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana. In: PIERANGELI, José Henrique. **Direito Criminal II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 43.

Na doutrina espanhola, destacam-se Jiménez de Asúa e Vives Anton, os quais apontam a vida humana enquanto um bem jurídico indisponível e irrenunciável que o Estado protege como interesse da comunidade. Apresentam-se como doutrinas de oposição, no contexto Espanhol, Casas Barquero para o qual a vida pode ser considerada como um bem jurídico disponível por parte de seu titular, de forma a se reconhecer a absoluta liberdade de disposição. O mesmo verifica-se nos pensamentos de Cobo del Rosal e Carbonell Mateu para os quais a vida humana é renunciável pelo titular, em nome do livre desenvolvimento da personalidade. Pode-se salientar o pensamento de González Rus que entende a vida como um bem jurídico disponível, ainda que tal disponibilidade seja limitada aos comportamentos do próprio titular sobre si mesmo; não estando autorizadas as lesões produzidas por terceiros. Manuel de Rivacoba y Rivacoba segue no sentido de defender a disposição da vida humana pelo próprio titular de maneira a reconhecer o consentimento do ofendido como exclusão do injusto. *Ibid.*

autor não defende que a vontade do sujeito empírico possa excluir a antijuridicidade da conduta, mas aponta a possibilidade de transferir a discussão para o plano da culpabilidade por se tratar de um problema de valoração da reprovação que recai sobre o autor da conduta proibida.<sup>60</sup>

## 5.2 Relativização do valor conferido à vida humana no âmbito jurídico-penal

De acordo com Maria Auxiliadora Minahim, frente à configuração da sociedade atual, o valor conferido à vida humana se encontra relativizado. Acredita-se que, em termos bioéticos, a liberdade e a autonomia do indivíduo são ideias cuja valoração deve se afirmar sobre o da existência, em seu aspecto puramente naturalístico-biológico.

A intangibilidade da vida deve ser entendida de forma relativa, porque, algumas vezes, há uma tolerância quanto a certos ataques que ela sofre, seja por motivos de política criminal, seja em razão de incertezas de natureza científica e axiológica. Por isso mesmo, algumas ofensas que lhe são dirigidas nem sequer são criminalizadas, sendo exemplo tradicional o suicídio e, mais recentemente, o descarte de embriões, a redução embrionária e o aborto de anencéfalos. Neste último caso, a destruição é permitida, casuisticamente, através de alvarás, em razão da fundamentação que lhe é dada, ou seja, de que não há vida.<sup>61</sup>

Problematiza-se a questão de se na história real do homem e da sociedade existem valores absolutos e normas sem exceções. Albin Eser elabora comentários a respeito da suposta perda de valores fundamentais na configuração da sociedade moderna. A vida era, tradicionalmente, considerada como inviolável e sagrada. Hoje, verificam-se concepções que apresentam uma valoração qualitativa e que confrontam ou ponderam a vida com outros valores.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> TORÍO LÓPEZ, Ángel. El sustrato antropológico de las teorías penales. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 14, p. 217-245., 1991. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=128509](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128509)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

<sup>61</sup> Na verdade, pode-se dizer, não só que se tem dado uma especial ênfase a outros aspectos da vida, como ao instrumental (o quanto ela pode ser socialmente útil), seu valor subjetivo (o quanto ela vale para seu titular, se ele quer estar vivo), mas também que outros valores, assim como o da dignidade, têm contribuído, não apenas para a relativização do conceito de vida, como direito absoluto, como também para o estabelecimento de conexões entre morte e capacidade para vida relacional. MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>62</sup> Fermin Roland Schram explica que o princípio da sacralidade da vida defende um dever de absoluta preservação da vida humana. Esta é indisponível e se refere a um finalismo da natureza ou de origem divina, sem oposição. A ética da sacralidade tangencia o conjunto coerente de deveres morais que pressupõem a presença de um dever moral absoluto e que tem sempre a prioridade sobre os outros deveres: não se admite, nunca, nenhuma exceção ou derrogação em nenhuma circunstância. Em contraposição, há a ética da qualidade da vida, para a qual não há um dever moral absoluto. Não haveria uma hierarquia, prefixada, de deveres. Em casos de conflitos, a prioridade se dá de acordo com a

As concepções de proteção à vida oscilam entre a sua santidade, no sentido de absoluta inviolabilidade, e sua qualidade referida a uma valoração relativa.<sup>63</sup> Como demonstrado nas passagens de Hungria e Oliveira, a contraposição entre a santidade da vida e a qualidade da vida aparecem de forma explícita. Diante do diagnóstico de uma vida dolorosa e incurável, a orientação pela santidade defende a manutenção desta a qualquer preço.<sup>64</sup>

---

qualidade da vida, em respeito à autonomia das pessoas envolvidas ou à minimização dos danos aos indivíduos envolvidos. SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito 'vida' em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, 2009, p. 377-389.

De acordo com Albin Eser: “[...] *la santidad es el rasgo distintivo de todas aquellas tendencias que pretenden proteger la vida humana como tal, sin atender a eventuales deficiencias físicas o mentales o a su utilidad social. Por orientación cualitativa se deben entender todos aquellos aspectos que no califican a la vida como inviolable y no susceptible de ponderación per se, sino como algo cualitativamente graduable o, no excluido a priori de toda ponderación con otros intereses.*” ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 37, n.3, p. 747-781, set./dez., 1984. p. 775.

<sup>63</sup> Acrescenta-se: “[...] *si la esencia del hombre se agota en su existencia físico-biológica o si en cambio se requieren además, ciertas cualidades espirituales [...] el requerimiento de los médicos de ser desligados de la obligación de tomar medidas de mantenimiento de la vida inútiles, podría basarse en gran medida en la idea de hombre como ser dotado de sentido.*” Ibid., 775.

<sup>64</sup> Ibid., p. 775.

Sobre eutanásia ativa, Arthur Kaufmann apresenta a seguinte divisão: “*Se habla de eutanasia directa activa cuando se aplican medios que, con seguridad, cuasarán la muerte, es decir, acortarán la vida – ayuda a morir. La llamada eutanasia indirecta activa – ayuda en el morir – se trata aquí de que el médico, con el consentimiento del paciente, le proporciona, a fin de aliviar sus dolores, medios analgésicos que, como ya sabe, posiblemente acortarán la vida.*” KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987. p. 47.

A eutanásia passiva configura-se quando o médico nada faz para prolongar a vida do paciente. Caso o enfermo insista ao médico que não lhe aplique nenhum tratamento para prolongar-lhe uma vida de sofrimento, configura-se o homicídio a pedido por omissão. Este é punível ao ponto de se autorizar, legalmente, um tratamento coativo por parte do médico. Em uma concepção de direito penal liberal, a lesão ao direito de autodeterminação seria intolerável. No contexto alemão, para o Projeto Alternativo de Eutanásia, exposto por Kaufmann, aquele que não prossegue ou que omite medidas de conservação da vida não atua antijuridicamente se o afetado o pede de modo expresso. O Projeto Alternativo previa a possibilidade das “Cartas do Paciente” nas quais o outorgante declara, expressamente, que não quer receber tratamento em uma futura situação na qual se encontra inconsciente de maneira irreversível. Tal projeto recebeu forte oposição na Alemanha devido ao medo do instituto que foi aplicado na ditadura de Hitler. Entretanto, o autor indaga se este medo é suficiente para manter uma vida que lhe parece insuportável. Essa pergunta se refere ao embate sobre a proibição de matar em contraposição ao direito de autodeterminação do sujeito. Discute-se, portanto, a fronteira entre o direito à vida e o direito à autodeterminação. KAUFMANN, Arthur. Op. Cit., 1987. p. 48.

De acordo com Claus Roxin, o caso de eutanásia mais difícil e controvertido internacionalmente refere-se à eutanásia ativa, na qual o médico não se contenta em suspender o ulterior tratamento a pedido do paciente, mas o mata de modo direto a pedido deste, por exemplo, através de uma injeção. No Direito Penal Brasileiro pune-se tanto o homicídio a pedido da vítima quanto a participação no suicídio. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O conflito se dá, portanto, na contraposição ou equilíbrio entre a conservação de uma vida puramente vegetativa ou no abandono da denominada vida indigna de ser vivida.<sup>65</sup> Este debate se refere, além de um plano antropológico, a um plano de valoração às liberdades pessoais com consequências no âmbito jurídico-penal.

A relação entre a proteção da vida humana e o direito de autodeterminação recai tanto nos casos de suicídio quanto nos que abarcam uma intervenção de terceiro desde que tal intervenção seja a pedido do sujeito efetivo. Consta-se, portanto, que a vida humana perante a perspectiva de sua santidade resulta na afirmação de que se trata de um bem jurídico merecedor de proteção penal com absoluta independência no que tange à vontade ou à valoração por parte do sujeito individual. Em contraposição, pela perspectiva qualitativa da vida humana torna-se possível reunir as valorações a partir da consideração do sujeito empírico no que se refere à vida indigna de ser vivida de modo a permitir – moralmente – condutas como o suicídio assistido e a eutanásia.<sup>66</sup>

Assim sendo, verifica-se que a orientação qualitativa de vida humana se relaciona com as considerações acerca da autodeterminação sobre a vida e sobre a morte. Já o caráter sagrado da vida não pondera o valor desta frente à liberdade pessoal ou à vontade da pessoa individual.<sup>67</sup> Todavia, a constatação dos aspectos controversos entre tais orientações interpretativas não apresenta maiores dificuldades de compreensão. A complexidade reflete-se na não elucidação, em ambas as orientações, sobre o *fundamento real* que está por trás da proteção penal. Em outras palavras, não se explica o porquê de tamanha repressão à liberdade pessoal no campo dos crimes contra a vida. Acerca deste fundamento, remete-se o leitor para o último Capítulo.

Albin Eser analisa, de forma contida, que a tutela do Estado à vida humana, por meio do preceito da santidade, pode apresentar certos problemas, como, por exemplo, a redução da pessoa a mero objeto. O dever de se manter com vida se fundamenta, exclusivamente, na vontade da sociedade, e não da pessoa. Portanto, o problema reside na questão de se o

---

<sup>65</sup> ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 37, n.3, p. 747-781, set./dez., 1984. p. 775.

<sup>66</sup> Ibid., p. 776.

<sup>67</sup> Sobre a morte, teologicamente, o ser humano somente é considerado morto quando sua alma abandona o corpo. Ainda que se possa falar da agonia como processo, o abandono definitivo da alma ocorre em um momento determinado que não pode ser observado ou fixado, em instante preciso, por meio de leis. Assim, contenta-se, desde o ponto de vista teológico, com características secundárias para a definição da morte segundo o juízo humano: 1. Parada cardiorrespiratória irreversível; 2. Encerramento irreversível da função cerebral. BAKRY, Riay Tatary. Islam, bioética e y final de la vida. In: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones: el final de la vida**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000. p. 79.

Estado e a sociedade têm o direito de manter com vida uma pessoa contra a sua vontade.<sup>68</sup> Albin Eser conclui que se deve buscar um equilíbrio entre ambas as posições para não recair na instrumentalização da pessoa humana.

O Estado e a sociedade não poderiam reprimir as exigências do sujeito empírico em torno da atribuição de sentido a sua própria vida. Todavia, alerta Albin Eser que a ambição acerca de uma vida qualitativamente valiosa também não poderia anular ou prejudicar o direito à existência. Assim, os discursos sobre a qualidade da vida não poderiam ocultar pretensões egoísticas: há casos nos quais o egoísmo transparece com roupagem de humanitarismo e contra tais situações torna-se válido defender o direito à vida.<sup>69</sup>

De acordo com Arthur Kaufmann, impera o princípio de que todos os seres humanos, desde o nascimento até a morte, têm o direito à vida por meio de uma proteção absoluta. O valor absoluto conferido à vida humana vigora mesmo com as evoluções das ciências biológica e médica.<sup>70</sup> Para Kaufmann, a medicina realiza todo o possível desde a perspectiva da técnica médica para a prolongação da vida, mesmo que tal prolongação resulte em sofrimento ao paciente.<sup>71</sup> Todavia, ao lado do ponto de vista biológico-naturalista, o autor explica que o aspecto ético-humanista vem sendo incluído.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 37, n.3, p. 747-781, set./dez., 1984. p. 780.

<sup>69</sup> Ibid., p. 781.

<sup>70</sup> Sobre a sociedade tecnológica, Riay Tatory Bakry considera ser evidente que a potencialidade econômica e política de uma nação dependem de sua capacidade de gestão em relação às novas tecnologias. A revolução científica e tecnológica não se configurou somente em torno do trabalho, mas atingiu o poder tecnológico civil e militar. Destacam-se as tecnologias da informação e da comunicação, bem como a revolução tecnológica no campo da medicina, da alimentação, da agricultura, da produção genética, do meio ambiente, entre outras. Estas revoluções tecnológicas resultaram na necessidade de desenvolvimento de novos âmbitos do Direito, notadamente no que se refere às questões de propriedade industrial e intelectual, direito da informática e da comunicação, direito do meio ambiente e o direito da bioética. Este último, em específico, apresenta como finalidade a avaliação do domínio do risco à proteção dos direitos individuais e à preservação da espécie humana. O poder tecnológico exige, por sua vez, a 'cooperação' e relação internacional entre os Estados. Assim, o direito internacional da bioética encontrou seu campo de atuação na mediação dos conflitos que envolvem normas éticas relacionadas à preservação da humanidade embasadas no princípio da dignidade humana. BAKRY, Riay Tatory. Islam, bioética e y final de la vida. In: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones: el final de la vida**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000. p. 66.

De acordo com o referencial teórico adotado, nesta tese, cabe discordar de tais posicionamentos acerca da bioética internacional. Seu desenvolvimento está interligado à revolução tecnológica, mas a determinação econômica sobre o modo de vida a ser preservado e a necessidade de preservação do indivíduo como mão-de-obra seriam fatores empíricos acima da pretensão de "proteção à dignidade humana".

<sup>71</sup> KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987. p.39.

<sup>72</sup> Acerca da relação entre bioética e religiões: as religiões de base monoteísta (Judia, Cristã, Muçumana) colocam como ponto de referência o ser humano para atribuírem um sentido à vida humana. A bioética não apresenta seus fundamentos a partir de tais religiões. Todavia, não se pode negar que se aproxima e mantém uma relação com elas. Bakry assume que a bioética recebe certa influência religiosa. Todavia,

Kaufmann se posiciona no sentido de que as exceções jurídico-penais que se apresentam ao princípio de proteção absoluta à vida humana não têm a potencialidade de relativizar tal princípio nem de o negar. A regra continua a ser a proteção absoluta à vida humana, mesmo que se apresentem exceções a ela.<sup>73</sup> As próprias causas de justificação, excludentes do elemento constitutivo do conceito de delito referido à antijuridicidade, seriam apenas exceções à proteção absoluta à vida e, portanto, não relativizações valorativas. O princípio da proteção absoluta rege sempre com a limitação tácita de que existem homicídios justificados como, por exemplo, a legítima defesa ou a pena de morte nos casos de guerra declarada.<sup>74</sup> As questões de inviolabilidade da vida humana, quando aceitas, seriam apenas exceções ao princípio da proteção absoluta sem a potencialidade de relativizar a valoração deste objeto da proteção penal.

Sobre a problemática da consideração da vida humana enquanto um bem jurídico disponível ou indisponível, Díez Ripollés e Gracia Martín apresentam um pensamento que tangencia a discussão, sem, no entanto, demonstrar o que está oculto por trás dela. Mais uma vez, modifica-se a linguagem, mas a essência do problema permanece protegida.

Díez Ripollés e Gracia Martín afirmam que a vida humana é posta, pelo Direito, como bem disponível; pois, os bens jurídicos, incluído a vida humana, somente podem receber um conteúdo social de modo referenciado à relação intersubjetiva. Desta afirmação se deduz que a punibilidade das condutas refere-se à intervenção de terceiros no ato de disposição sobre a vida que pertence ao titular deste direito, ou seja, o ordenamento jurídico estabelece a disponibilidade da vida limitada à não intervenção de terceiros na

---

essa influência seria insignificante. Procura-se aproximar as demandas das religiões ocidentais e das religiões orientais de modo a concentrar como centro de discussão o ser humano, sua dignidade e sociabilidade. Assim, um dos maiores desafios do direito internacional bioético transcultural reside na conciliação dos valores de uma ética democrática ocidental – *individualista* – com os valores de uma ética asiática – *comunitária*. Neste embate de valores, não se poderia negar que a bioética mantém uma comunicação com o âmbito religioso. BAKRY, Riay Tatary. Islam, bioética e y final de la vida. In: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones: el final de la vida**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000.

A bioética alega uma suposta neutralidade ideológica como ferramenta de negociação e resolução de conflitos em torno de uma demanda social por valores éticos. Entretanto, será debatido em momento oportuno que tal perspectiva não se apresenta de modo neutro, mas que a bioética possui sim um vínculo ideológico e que a suposta neutralidade e universalidade são falácias necessárias ao próprio sistema econômico mundial.

<sup>73</sup> Sobre a relativização do valor conferido à vida humana também no âmbito religioso, ilustra-se com uma passagem da Declaração Islâmica Universal de Direitos Humanos (1981): 1. A vida humana é sagrada e inviolável [...]. Ninguém deve ser exposto ao sofrimento ocasionado por lesões nem à morte salvo se assim a lei permitir. 2. O corpo do ser humano também é considerado inviolável. BAKRY, Riay Tatary. Op. Cit., 2000.

<sup>74</sup> KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987.p. 40.

tomada de decisão ou realização desta disposição. Por isso, a tentativa de suicídio não é punível, mas a participação nesta conduta o é. Há, assim, uma distinção dos termos *indisponibilidade* e *inviolabilidade*. Afirmar que o direito à vida é inviolável não apresenta o mesmo significado que considerar a vida humana bem jurídico indisponível.

No que se refere à participação no suicídio e ao homicídio consentido, os autores afirmam que a tipificação de tais condutas se demonstra diante de uma necessidade político-criminal da mesma forma que, por meio desta mesma necessidade fundamentada em valorações sociais e morais, não há merecimento de pena àquele que tentou suicídio. Contudo, há controvérsia sobre esse não merecimento político-criminal à tentativa de suicídio, pois tal conduta ainda seria antijurídica sob o viés do princípio de indisponibilidade da vida humana, assim como seu caráter imoral estaria mantido.

O direito à vida enquanto um direito fundamental, na concepção de Ripollés, apresenta um conteúdo garantista que estabelece, frente ao Estado, o dever de respeitar a vida de seus cidadãos e de protegê-la diante de ataques realizados por terceiros. Entretanto, não há uma previsão constitucional que se refira à renúncia, pelo próprio cidadão, a esse direito fundamental. Ripollés explica que, por meio de uma interpretação do direito à vida como direito fundamental, não se poderia ignorar a liberdade individual, pois esta representa o valor orientador de todo o ordenamento jurídico. Da mesma forma, não se poderia negar os fundamentos de ordem político-social e a paz social como constituintes da dignidade da pessoa humana, bem como o livre desenvolvimento da personalidade.

Compreender que a renúncia, por parte do cidadão, ao direito à vida é proibida infringe estes constituintes de maneira a concluir que a tentativa de suicídio não pode ser punida. Percebe-se que Ripollés enfatiza a concepção que reconhece, em um primeiro momento, a disponibilidade da própria vida por parte de seu titular; mas a limita em relação às intervenções de terceiros. Em outras palavras, o bem jurídico vida humana é disponível por parte de seu titular, mas o direito à vida é inviolável por parte do Estado e de terceiros.

Díez Ripollés aponta o posicionamento do Tribunal Constitucional da Espanha na afirmação de que o direito fundamental à vida tem um conteúdo de proteção positiva o qual estabelece a obrigação, por parte do Estado, de respeitar a vida de seus cidadãos e protegê-la frente aos ataques de terceiros. O direito a renunciar à própria vida não se



encontraria no conteúdo deste direito fundamental. Somente à margem do conteúdo do direito fundamental que se poderia reconhecer a disponibilidade da própria vida.<sup>75</sup>

Por conseguinte, não se assume uma vinculação ao ponto de vista moral-religioso ou às perspectivas que valoram a vida humana com fundamento em sua função social. Para Ripollés, este posicionamento representa um controle de possíveis condutas abusivas que levam, na prática, a negação de um bem jurídico tão sensível, como o é a vida humana. Portanto, seria essa postura, evidentemente paternalista, de asseguramento contra possíveis condutas abusivas que fundamenta as limitações acerca da disponibilidade por meio da intervenção de terceiros.<sup>76</sup>

Díez Ripollés se posiciona da seguinte forma: é a vida humana alheia ou própria o autêntico bem jurídico que deve ser protegido frente à intervenção de terceiros que, por exigência constitucional, sempre deve ser mantida, desde que não se suponha um tratamento desumano ou degradante ao sujeito concreto.<sup>77</sup> Dessa forma, as intervenções de terceiros não poderiam estar amparadas sob o argumento de disponibilidade da própria vida.

Ora bem, como já ressaltado, este pensamento não corrobora a elucidação do fundamento real que embasa a proteção penal da vida humana nem apresenta uma solução ao problema de repressão à manifestação da liberdade do sujeito sensível, pois defende a punibilidade em torno da intervenção de terceiros que concretizarem esta liberdade de vontade.

---

<sup>75</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**: vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 208.

No que se refere à constituição espanhola, Díez Ripollés assevera que o Art. 15 prevê a proibição de tratamentos desumanos ou degradantes à pessoa. Tais proibições seriam elementos constitutivos do direito fundamental à vida. A proteção constitucional à vida, na opinião de Ripollés, abrangeria desde a vida humana frente aos ataques de terceiros até não a manter, por meio de procedimentos ou condições desumanas/degradantes, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana. Não se trata de manter a vida contra a vontade do titular; mas de mantê-la de forma desumana/degradante.

<sup>76</sup> Ibid., p. 210.

<sup>77</sup> Ibid., p. 210.

Bernardo del Rosal Blasco, ao analisar a tipificação da participação no suicídio (instigação, induzimento e auxílio) afirma que a disposição da própria vida poderia ser reconhecida pelo Estado somente nos casos em que o próprio sujeito tenha consciência que sua conduta simboliza um ato grave e transcendente. Todavia, esta disponibilidade não poderia abranger a intervenção ou colaboração de terceiros, notadamente em torno do induzimento ao suicídio. Neste entendimento, o ato de suicídio de um menor ou incapaz não é reconhecido como ato livre. No modelo de Estado de Direito, para Rosal Blasco, não se poderia admitir a intervenção de terceiros no induzimento ou instigação ao suicídio devido à máxima valoração constitucional conferida ao bem jurídico vida humana. ROSAL BLASCO, Bernardo del. El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 11-33., out./dez. 1995. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=18174](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18174)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

Em sentido contrário ao carácter paternalista atribuído à proteção penal da vida humana, Manuel Rivacoba y Rivacoba salienta que a tutela penal da vida humana pensada a partir da sistematização de um direito penal de matriz liberal exigiria uma “liberalização” do direito punitivo em torno das condutas de homicídio a pedido, eutanásia e participação no suicídio. Reconhece-se que o bem jurídico vida humana pertence ao indivíduo e, portanto, não se pode negar a titularidade de sua própria morte, mesmo que por meio da intervenção de terceiros.<sup>78</sup>

### 5.3 A consideração da vida humana como bem jurídico

O presente tópico objetiva apresentar alguns obstáculos epistemológicos que a tradicional concepção de bem jurídico pode propiciar à possibilidade de racionalidade jurídico-penal que fundamente a proteção penal da vida humana a partir das liberdades pessoais e do sujeito sensível. Não se pretende retirar a importância da teoria do bem jurídico, muito menos negar a sua representatividade na evolução histórica e filosófica do Direito Penal. Todavia, apontar-se-ão determinados cuidados no que tange à percepção de vida humana estritamente vinculada à condição de bem jurídico como forma de não recair em argumentos que legitimem a intervenção penal nos casos em que envolve considerar a vida como forma de manifestação de liberdade do sujeito sensível.

Manuel de Rivacoba y Rivacoba observa que o conceito de vida humana, na atualidade, destaca-se de seu sentido naturalístico e enfrenta um processo de normatização, o qual afirma o direito à vida a partir da consideração das liberdades pessoais de modo a manter certa racionalidade ao sistema jurídico-penal.<sup>79</sup>

Diéz Ripollés e Gracia Martín consideram que a normatização do direito à vida não poderia prescindir de considerações sociais.<sup>80</sup> O estudo sobre o conceito de vida humana,

<sup>78</sup> RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana. In: PIERANGELI, José Henrique. **Direito Criminal II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>79</sup> Ibid.

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara observa que: “Ao lhe corresponder grande custo à liberdade individual, a intervenção penal padece de contínua justificação material que, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser presumida a partir da legitimidade formal do legislador. Afirma-se, assim, no âmbito democrático, que o indivíduo deve ser protegido não apenas por meio do Direito Penal mas também perante o Direito Penal, evitando-se sua subordinação a uma intervenção estatal arbitrária.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

<sup>80</sup> “Una concepción estrictamente normativa de la vida, sin embargo, carecería de todo límite si se prescindiera de toda realidad naturalística. Esta debe constituir, a mi juicio, un límite para la valoración.” DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

limitado por critérios de valoração normativa, possui uma dificuldade relacionada à adoção, imprescindível, de critérios naturalísticos, apriorísticos. Procura-se um substrato material para determinar a proteção à vida humana.<sup>81</sup>

A normatização, como bem coloca Eduardo Saad-Diniz, deve estar aberta às concepções que pensam a vida a partir das liberdades por meio de um debate que envolve filosofia da pena, filosofia política e filosofia do sujeito. “As consequências negativas para a concretização das liberdades pessoais na sociedade brasileira reduzem a legitimidade do Código Penal.”<sup>82</sup>

Todavia, a doutrina tradicional brasileira<sup>83</sup> insiste em se distanciar do processo de normatização que coloca como ponto de partida a afirmação das liberdades pessoais. A consideração da vida humana fica restrita à concepção técnica de bem jurídico a qual não apresenta rendimento significativo perante a complexidade de condutas que abarcam a liberdade de vontade do sujeito sensível. Assim, a análise da proteção penal da vida humana restrita à noção de bem jurídico não é suficiente para legitimar a aplicação de pena aos comportamentos de homicídio a pedido, eutanásia ativa, participação no suicídio e aborto consentido; pois, converge a vida sensível em mera aparência subjetiva. Acrescenta-se, ainda, que a teoria do bem jurídico como fundamento à proteção penal da vida humana corrobora a mistificação em torno do fundamento real que embasa a racionalidade jurídica no campo dos crimes contra a vida.

Em contraposição, a teoria funcional apresenta uma fundamentação à proteção penal da vida humana que se demonstra compatível com o nível de complexidade que tais condutas exigem, notadamente devido à colocação do sujeito empírico como ponto de

---

<sup>81</sup> “El alcance de la protección, estará sin duda condicionado por las concepciones sociales. Puesto que la vida es un proceso contínuo que pasa por diversas etapas, esa vida, cuya existencia es innegable, experimenta diversas transformaciones que determinan un cambio valorativo del objeto. Una de las modificaciones más trascendentes que experimenta la vida humana y que, en virtud de la modificación que se produce en la valoración social, determina un cambio en la protección penal es la relativa al paso del estado de vida dependiente al de vida independiente.” DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**: vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

<sup>82</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 263, p. 17-18, out. 2014.

<sup>83</sup> Renato de Mello Jorge Silveira questiona se o bem jurídico seria anteparo para o termo garantia e responde no seguinte sentido: “Ora, se em um passado pôde-se ter que sua criação era, mais do que uma limitação do poder punitivo, um fator legitimante de criminalizações, hoje seus defensores se postam de forma diversa. Ele seria, consoante opinião bem aceita no Brasil, um último bastião do Direito Penal.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In.: **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. Org., Eduardo SAAD-DINIZ, Miguel POLAINO-ORTS. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 136.

partida. A perspectiva funcional corrobora de forma mais notável a percepção de vida humana em uma racionalidade coerente com as liberdades pessoais.<sup>84</sup>

Como afirma Jakobs, não se trata de afirmar que o sujeito *deve ser* assim, mas que assim o *é*. Considera-se a realidade concreta e não uma sociedade idealizada.<sup>85</sup> O conceito funcional de Direito Penal é descritivo na medida em que a sociedade se encontre determinada: “[...] essa exclusão de utopia é o mais chocante na prática de toda a teoria funcional.”<sup>86</sup> Por assim sê-lo, a teoria funcional do Direito Penal favorece a desmistificação no que concerne aos fundamentos que embasam a proteção penal da vida humana. Sobre esta análise, remete-se o leitor para o tópico específico acerca do pensamento de Jakobs. Neste momento, é necessário destacar os obstáculos que a utilização da teoria do bem jurídico pode propiciar à consideração da vida humana pensada na condição de uma liberdade do sujeito sensível.

Kurt Seelmann considera que a teoria do bem jurídico não se demonstra suficiente para fundamentar a criminalização de certas condutas, pois apresenta uma conotação que proíbe determinados comportamentos devido aos seus efeitos desorientadores em termos valorativo-sociais. Ademais, a teoria do bem jurídico possibilita a normatização proibitiva de certas condutas com fundamento na produção do sentimento de medo heterogêneo que determinados comportamentos podem provocar.<sup>87</sup> No que tange à interpretação normativa que considera as modalidades de eutanásia e homicídio a pedido de modo equiparado ao

---

<sup>84</sup> Em sentido oposto ao defendido nesta tese, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara acredita que, no contexto brasileiro, a principal crítica à falta de racionalidade da intervenção penal não se dirige meramente à sua seletividade, mas sim à utilização do Direito Penal, a partir de uma concepção abstrata formalista, como pretexto para o abuso do poder e a redução dos espaços democráticos que permitem a crítica e o próprio desenvolvimento social. Portanto, há de se ter cuidado com a utilização de posições positivistas vinculadas à concepção hegeliana do Direito Penal. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Pois bem, avalia-se que a vinculação da racionalidade jurídico-penal à concepção hegeliana não resulta em uma concepção abstrata e formalista propícia ao abuso de poder; pois, pela leitura realizada sobre a obra *Princípios de Filosofia do Direito* de Hegel, a formulação dos conceitos jurídicos não se atém à concepção abstrata formalista, ao contrário, Hegel alcança a elaboração dos conceitos gerais concretos. Ademais, a perspectiva funcionalista de base neohegeliana apresenta como ponto de partida o processo de normatização que afirma como fundamento de toda a racionalidade jurídico-penal a consideração das liberdades pessoais. Assim, esta perspectiva confere caminhos mais propícios à limitação da intervenção penal perante as liberdades pessoais do que, propriamente, a teoria do bem jurídico. Destaca-se, ainda, que a perspectiva funcional de base hegeliana não defende um modelo social específico. Simplesmente descreve o sistema jurídico-penal a partir de uma dada configuração social. A teoria do bem jurídico restringe-se ao campo do *dever ser* enquanto que a teoria funcional neohegeliana parte do *mondo real*.

<sup>85</sup> JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 107.

<sup>86</sup> Id. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 45.

<sup>87</sup> SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofia del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

tipo de homicídio que comunica um ato de violação ao círculo de organização da liberdade alheia, assim como a tipificação da participação no suicídio justifica-se, notadamente, pelos efeitos desorientadores em termos de uma moral-religiosa e da suposta prevenção ao sentimento de medo heterogêneo que tais condutas poderiam representar.

Nesse sentido, a teoria do bem jurídico legitima criminalizações ao fundamentar orientações normativas a partir de regras cujo reconhecimento perante a comunidade de valores é tão importante que a sua lesão se torna merecedora de pena. Enfatiza-se que além da teoria do bem jurídico ser insuficiente no que tange à fundamentação de determinadas criminalizações que não afetam nem direta nem indiretamente o bem jurídico individual, ela proporciona um caminho sem volta ao moralismo jurídico.<sup>88</sup>

Como alternativa ao pensamento tradicional restrito à concepção técnica de bem jurídico, Seelmann propõe compreender o núcleo de diferenciação entre obrigações jurídicas e obrigações morais a partir da análise da lesão conferida ao outro em sua personalidade.<sup>89</sup> Projeta-se este pensamento ao campo dos crimes contra a vida: o comportamento do agente que subtrai a vida de outrem deve comunicar um rechaço unilateral da relação de reconhecimento do outro em sua subjetividade jurídica. Não se trata, portanto, da afetação ao bem jurídico *vida humana*, mas do rompimento da relação recíproca de reconhecimento embasado no conceito de subjetividade. As condutas de homicídio a pedido, eutanásia e participação no suicídio, na condição de expressão da

---

<sup>88</sup> SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. Renato de Mello Jorge Silveira acredita que ainda hoje a teoria do bem jurídico demonstra a sua capacidade de maior rendimento. “Nesse sentido e sempre em prol de uma contenção de onda criminalizante, parece, ainda, ser necessário o conceito basilar de bem jurídico. A explicação se dá, assim, a partir dele, e além, na própria estrutura do tecido penal. Ele se mostra, pois, em essência, mesmo que abalado sob o peso de tantas novas leituras, como alicerce de um Direito Penal racional, não devendo ser flexibilizado, sob pena da formatação de uma expansão penal tão ao gosto da modernidade.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In.: **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. Org., Eduardo SAAD-DINIZ, Miguel POLAINO-ORTS. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 147.

No mesmo sentido, Roland Hefendehl: “[...] *mi tesis es que el bien jurídico se encuentra bien, y ni está en su lecho de muerte ni está cansado, tal como se teme Roxin en su manual. A continuación quisiera darles algunos detalles sobre su salud. Mi colega médico en tal tarea será Schünemann. Para él, el principio de protección de bienes jurídicos representa el núcleo duro del pensamiento liberal y con él de la justicia, que no debe ser sacrificada sobre el altar de la europeización.*” HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. In.: GARCÍA VALDÉS, Carlos. **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II**. Madrid: Edisofer, 2008. p. 389.

<sup>89</sup> SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 64.

Kurt Seelmann remonta a diferença entre Direito e Moral na concepção kantiana. As obrigações jurídicas somente afetam o comportamento externo de uma pessoa diante de outra e, por isso, somente podem proibir interferências na liberdade do outro. Para Kant, as obrigações frente a si mesmo, assim como as obrigações de ajudar outras pessoas de maneira positiva, se referem, exclusivamente, ao campo das obrigações morais. *Ibid.*, p. 63.

liberdade de vontade do sujeito sensível, não parecem apresentar o sentido comunicativo descrito acima.

A teoria do bem jurídico acaba por camuflar a influência de doutrinas morais na configuração dogmático-penal. Para conter a determinação moral sobre o sistema normativo-penal, deve-se compreender o campo de competência da intervenção do Direito Penal. Logo, Seelmann constata que a tarefa de manter um determinado estado de orientação das pessoas ultrapassa este círculo competência. Todavia, o Direito Penal pode assegurar a capacidade de orientação das pessoas em casos extremos. Enquanto a proteção de uma determinada orientação é tarefa da moral, a proteção da capacidade de orientação é uma proteção do particular em sua competência de interação com os outros. Trata-se da competência de orientação do indivíduo na condição de sujeito de direito. Por conseguinte, a proteção desta competência de orientação incube ao Direito.

Alerta-se que a confusão entre Direito e Moral pode abalar a racionalidade jurídico-penal, pois a proteção de uma norma moral comporta sempre o perigo de que a legitimação da intervenção estatal se fundamente a partir de valores coletivos ou de bens individuais sem relevância ou interesse dos afetados diretamente, mas em consonância com os interesses provindos de grupos dominantes. Nesses casos, a intervenção não será legítima no que se refere ao indivíduo perante o qual o Estado intervém.<sup>90</sup> Como consequência desta elucidação, evidencia-se que a legitimação da intervenção penal só pode derivar da lesão à subjetividade jurídica.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Para o individualismo normativo, a proteção de bens jurídicos coletivos pode-se configurar desde que se vise à proteção de direitos individuais. A intervenção do Estado nos direitos individuais dos cidadãos com o fim de fortalecer o exercício da autonomia do particular ou de protegê-lo de limitações em sua autonomia é permitida. Em contraposição, tem-se a perspectiva normativo-coletivista para a qual a intervenção do poder estatal em uma comunidade é reconhecida de modo independente das pessoas. Neste campo, os valores coletivos devem ser reconhecidos pelo indivíduo afetado. Para Seelmann, a legitimação das intervenções penais só pode derivar da lesão à subjetividade jurídica. *Ibid.*, p.75.

<sup>91</sup> *Ibid.*

Claus Roxin analisa a crítica de Jakobs à teoria do bem jurídico no sentido de que não haveria um conteúdo liberal mínimo que embasaria tal concepção. Por exemplo, a punibilidade da homossexualidade em uma comunidade determinada pela hierarquia masculina, como assim se configurava o exército prussiano: protegia o bem jurídico referido às relações sexuais alheias à estrutura estabelecida e que apontassem efeitos negativos a esta estrutura. Do mesmo modo, em momentos históricos passados, o incesto lesionava o bem jurídico relacionado à estruturação familiar. Para Roxin, essa tese contra a teoria do bem jurídico se refere a um passado muito distante. Os bens jurídicos não apresentam uma eterna validade jusnaturalista, mas são afetados pelas mudanças provindas pela estrutura constitucional e pelas relações sociais. Hoje em dia, em qualquer caso, estes interesses que Jakobs selecionou já não são mais bem jurídicos. O direito penal contemporâneo da democracia parlamentar é o único que pode sustentar e fundamentar a noção de bem jurídico. ROXIN, Claus. **Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?** In.: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 458.

Benno Zabel, também com o intuito de construir uma crítica à teoria do bem jurídico, realiza uma análise sobre a evolução epistemológica do Direito Penal, notadamente para compreender a relevância da imputação a partir do conceito de responsabilidade pessoal. Nesse sentido, o enfrentamento do agente à norma deve ser considerado reprovável desde que seja culpável. Explica-se que o Direito Penal é estruturado a partir do modelo de Estado de Direito<sup>92</sup> de modo a apresentar uma sistematização que opera em favor da garantia de autonomia e dignidade do indivíduo, tanto em relação ao autor como à vítima.

Afirma-se que a imputação construída a partir do conceito de responsabilidade penal nunca se separou dos interesses em torno da proteção integral da sociedade. Todavia, hoje adverte-se a busca de uma proporção entre a culpabilidade individual – a lesão de normas que asseguram a liberdade – e as expectativas sociais. Nesse contexto, o maior dilema se encontra na teoria da proteção à sociedade por meio da proteção de bens jurídicos.

A tentativa clássica de isolar o Direito Penal, estruturado a partir do Estado de Direito, dos postulados metafísicos resultou em uma separação entre os conteúdos formais e materiais no campo jurídico. Entretanto, tal separação exige uma valoração concreta cujo fundamento depende do plano político no qual está inserida. Na configuração da sociedade atual, a vinculação entre o conteúdo formal e material ocupa o ponto central do legislador democraticamente organizado.<sup>93</sup>

Compreende-se que o conceito de bem jurídico interage com o contexto político-social. Contudo, na realidade, esta interação é percebida como uma real determinação do conceito pelo campo político. Isto significa que, quando a configuração social e seus fundamentos básicos se modificam, a estrutura e significado dos bens jurídicos serão alterados.

Para Benno Zabel, a lógica da teoria do bem jurídico acaba por exigir certa expansão das tendências normativas, as quais, a partir do conceito, não reconhecem limites e resultam em efeitos expansivos da punibilidade. Adota-se uma postura paternalista com o

---

<sup>92</sup> Os quatro elementos estruturantes do poder punitivo no contexto do Estado de Direito são: a efetividade, a confiabilidade, a previsibilidade e o reconhecimento. ZABEL, Benno. Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, 01/2018. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1364.pdf>>. Acesso: Out./2018.

A ênfase na autonomia e responsabilidade pessoal se associa com o pensamento retributivo de raiz kantiana que aponta o direito do sujeito racional a ser tratado racionalmente, isto é, receber uma pena como resposta a sua conduta realizada e não como meio para outro fim. GÓMEZ LANZ, Javier. La filosofía del derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. **InDret**: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, julio/2018. p. 8.

<sup>93</sup> ZABEL, Benno. Op. Cit., 2018.

objetivo de proteger os bens jurídicos, tanto de resultados lesivos, quanto da exposição a perigo.

O ponto decisivo é reconhecer que o conceito de bem jurídico recebe seu conteúdo material a partir das valorações externas a ele e, assim, vincula-se ora por postulados críticos ora conservadores, ora liberais ora autoritários a depender da valoração conferida a partir da estrutura social em que se insere e do momento histórico-político. Em suma, o direito penal e sua finalidade de proteção de bens jurídicos são essencialmente condicionados pelo momento histórico-político.<sup>94</sup>

A partir do estudo do modelo de proteção de bens jurídicos, influente na sociedade atual, pode ser analisado como a emancipação do direito positivo frente ao direito natural e à moral resultou na dependência das expectativas comunitárias e políticas da sociedade. Dessa separação advém a relação entre Direito, sociedade e política, que exige uma dinâmica permanente do movimento não somente de marcos teóricos como também da dogmática penal. Isto se reflete, notadamente, nos conceitos de fato e imputação: o fato deve determinar a concreta culpabilidade do autor em razão de um sistema de valoração contextual vinculado à norma e à ação.<sup>95</sup>

Zabel analisa que o modelo de direito penal orientado pelo conflito (e, portanto, não pela liberdade individual) procura uma superação do modelo funcional. Não se incrementam exceções ao modelo tradicional, mas transforma-se a própria estrutura e sua função. Procura-se uma legitimação do Direito Penal, ainda no contexto do Estado de Direito, às necessidades e às expectativas sociais modificadas. Todavia, a lei penal passa a representar um instrumento normativo pautado pelo domínio da insegurança. Como a teoria do bem jurídico é suscetível às valorações do contexto social e político, torna-se um meio que facilita a legitimação desta transformação da lei penal em controle do sentimento de insegurança.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> ZABEL, Benno. Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, 01/2018. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1364.pdf>>. Acesso: Out./2018.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Ilustra-se: a norma penal de dominação da insegurança se reflete no crescimento de tipos penais que retratam delitos de perigo abstrato. A partir da estruturação destes delitos, tem-se a comprovação de como o modelo de direito penal orientado pelo conflito se insere no campo normativo de forma a ser legitimado pela teoria do bem jurídico. Por delito de perigo abstrato deve-se entender um tipo de norma cujo comportamento proibido se introduz amplamente como primeiro passo para evitar a lesão ao bem jurídico. ZABEL, Benno. Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, 01/2018. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1364.pdf>>. Acesso: Out./2018.



Assevera-se que quando se prescinde das categorias do princípio do fato e da culpabilidade ocorre um prejuízo à legitimação normativa por afetar o âmbito de proteção à subjetividade do autor. A orientação normativa, portanto, para ser legítima deveria se pautar pela subjetividade e não pelo domínio ao sentimento de insegurança.

A teoria do bem jurídico contribui à análise acerca da periculosidade do ato no contexto de condições heterônomas de segurança e necessidade de prevenção. Contribui, assim, à fortificação do argumento que afirma a norma penal de modo vinculado à segurança social e transforma esta em ponto chave à valoração ético-social do injusto penal. A finalidade da norma passa a ser a segurança.

Observa-se, mais uma vez, que a dificuldade para o reconhecimento da não punibilidade de condutas como homicídio a pedido e eutanásia ativa, bem como a descriminalização da participação no suicídio é embasada neste sentimento de medo heterogêneo em torno da liberação de tais condutas. Mantém-se a punibilidade com fundamento na segurança social e na defesa de valores morais que recaem sobre a consideração da vida humana, mas, na realidade, há a pretensão de impedir o autogerenciamento dos círculos de organização de liberdade individual.

Os valores ético-sociais pautados pela segurança e pela necessidade de prevenção de condutas que lesionam ou que expõem o bem jurídico a perigo tornam-se racionais (portanto, devem ser afirmados como reais por meio da aplicação de pena) e a subjetividade do autor se transforma em algo irracional; por conseguinte, não suficiente para orientar o Direito Penal.<sup>97</sup> Em suma, elabora-se o injusto penal a partir de formas de compensação de interesses em detrimento da subjetividade.

Observa-se que a política criminal, na configuração social atual, reage frente a uma sociedade sensível e temerosa à liberdade. Em outras palavras, verifica-se uma dificuldade

---

Esta modificação de orientação jurídico-penal atinge também a teoria da pena. A pena como compensação – simbolização da posição da vítima e de uma reparação de seu *status social* – é pautada pela finalidade política de ressocialização e pelo fortalecimento da participação a vítima no processo. A pena criadora da necessidade de solidariedade e embasada pelo ideal de reparação do dano causado á vítima concreta acaba por ampliar o risco de rompimento das fronteiras entre direito, moral e ética-social. ZABEL, Benno. Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 01/2018. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1364.pdf>>. Acesso: Out./2018.

Mesmo no contexto descrito, Ana Elisa Liberatore Bechara acredita que a busca da legitimidade do Direito Penal “deve assentar-se em sua correspondência com critérios de racionalidade, entre os quais ocupa lugar de destaque a referência ao bem jurídico. Com efeito, desde o Estado Liberal, reconhece-se que as restrições à liberdade individual somente se justificam frente a condutas socialmente danosas, que atentem, portanto, contra bens jurídicos. A questão é como pode intervir a teoria do bem jurídico, de acordo com critérios de racionalidade, no processo de decisão legislativa dirigido à criminalização.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

de autodirecionamento, proteção e cumprimento das necessidades em um plano social. Segundo Zabel, no modelo de direito penal do conflito, o Estado procura valorar as necessidades sociais de modo a estabelecer uma completa prevenção, o que possibilita uma atuação informal e uma política de ressocialização orientada às consequências da conduta.

A ideia de conflito fortalece o poder configurador do direito penal vinculado aos efeitos simbólicos e terapêuticos, consequência direta do modelo social estruturado *contra* a efetivação da liberdade. A falha de autodirecionamento social, a dependência frente ao Estado penal para controlar problemas essencialmente estruturais e o medo social da própria liberdade são fatores que legitimam a transformação da norma penal em controle simbólico<sup>98</sup> de condutas que apresentam uma exposição de bens jurídicos a perigo.

Em suma, a sociedade incapaz de autodirecionamento que procura no Estado sua proteção reflete suas características repressoras à liberdade na configuração do direito penal de modo contrário ao reconhecimento da subjetividade e da autonomia individual. Pode-se demonstrar, de forma mais detalhada, como esta modificação de orientação ao direito penal se reflete na consideração da análise interpretativa acerca da proteção penal da vida humana.

Quando se propõe a exclusão do injusto penal frente às condutas de homicídio a pedido e eutanásia ativa, assim como a descriminalização da participação no suicídio, o argumento contrário restringe-se à defesa pela contensão da exposição a perigo do bem jurídico - *vida humana* - na tentativa de protegê-lo daquelas circunstâncias nas quais se questiona a 'racionalidade' do sujeito que pretende dispor de sua própria vida.<sup>99</sup> O

---

<sup>98</sup> Sobre o simbolismo no Direito Penal: FUZIGER, Rodrigo José. **Direito Penal simbólico**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

<sup>99</sup> “De que maneira se poderá tomar posição a respeito disso? As propostas acima apresentadas não possuem, na Alemanha de hoje, chances concretas de serem reconhecidas, pois médicos, juristas e teólogos, e também associações influentes, como a Deutsche Hospizstiftung, consideram a eutanásia ativa simplesmente indiscutível. O dever de curar do médico, o tabu do homicídio, medos difusos de que se vá longe demais e a lembrança do chamado programa de eutanásia, da época nazista que, por sinal, se referia a fatos completamente distintos, constituem barreiras muito fortes a que se dê tal passo. Mas ainda que se relativize, com bons argumentos, a importância de tais barreiras, sublinhando-se o interesse humano no fim de um sofrimento interminável, ainda assim me parecem ter mais peso as reservas contra uma ampla permissão da eutanásia ativa. Pois se quiséssemos, como propõem os referidos autores, fazer a solução já *de lege lata* depender da racionalidade do desejo de morrer ou de uma ponderação de interesses, acabaríamos criando uma insegurança jurídica insuportável para qualquer paciente ou médico. A circunstância de que nem mesmo os defensores destas regras conseguem trazer soluções concretas já o demonstra suficientemente. Também a ambiguidade de critérios como "racionalidade" e "interesse" constitui uma porta aberta para tendências criticáveis. Uma regulamentação legislativa, como a proposta por *Hoerster*, que exige uma fundamentação documentada e a presença de um segundo médico, é menos vulnerável a tais críticas. Mas será realmente necessário dar tal passo, que transformaria o médico, o qual até então só possui o dever de curar e atenuar as dores alheias, num executor de mortes quase oficiais, modificando a imagem de sua carreira de modo tão drástico? Os opositores da eutanásia ativa apontam

argumento é embasado na indagação acerca da vontade racional,<sup>100</sup> que poderia ter sido efetivada de forma viciada devido a interesses e finalidades econômicas, bem como pela pressão familiar. Esta perspectiva procura evitar a concretização da suposta exposição a perigo diante de condutas abusivas. Pode-se ponderar a existência de um julgamento moralista que recai nesta indagação acerca da vontade racional do sujeito sensível. Ora bem, este posicionamento é um reflexo do modelo de direito penal do conflito legitimado pela teoria do bem jurídico no sentido de considerar a subjetividade como algo *irracional* e questionável aos julgamentos da pessoa moral.

Em termos concretos, Benno Zabel demonstra, a partir de sua interpretação acerca da punibilidade da promoção comercial do suicídio (§ 217 StGB: Qualquer pessoa que, a fim de promover o suicídio de outra pessoa, ofereça, forneça ou intermedeie a oportunidade de fazê-lo por negócios deve ser punida com pena de prisão de até três anos ou multa)<sup>101</sup>, o

---

para o fato de que, segundo relatam os próprios médicos, os pacientes só em casos raros pedem a própria morte, e que podem ser reduzidos ainda mais tais desejos de morrer se, através de um acompanhamento humano e compreensivo da morte e de um eficaz tratamento das dores, forem eliminados os motivos (abandono e sofrimentos insuportáveis) que levam a esse pedido. Não se pode negar que uma combinação entre o acompanhamento cuidadoso da morte e uma eficaz anestesia consista, em face do homicídio a pedido da vítima, no melhor caminho para tratamento de doentes que estão para morrer. Não seria errado temer que uma (limitada) permissão do homicídio a pedido da vítima pudesse inclusive ser um obstáculo para o desenvolvimento dos tratamentos anestésicos, que na Alemanha já são atrasados, bem como do acompanhamento intensivo da morte, que é bastante dificultoso do ponto de vista humano; afinal, sempre haveria um caminho aparentemente mais fácil. Esta não seria uma solução humana. Por outro lado, ainda hoje não é possível dominar de modo suficiente todos os estados de sofrimento; e a existência real de casos em que há um pedido urgente e compreensível de morrer é suficientemente demonstrada pelos exemplos da jurisprudência. Porém, devemos refletir acerca do fato de que, segundo o direito alemão — diferentemente de quase todas as ordens jurídicas estrangeiras —, a participação em suicídio sempre foi impunível. O procedimento levado a cabo por Hacketal continua possível já em face do direito positivo, como último caminho, quando todos os meios empregados no sentido de tornar supérfluo o urgente desejo de morrer falharem. Se, em tal caso, quem deseja morrer esvaziar ele mesmo o copo, cujo conteúdo lhe concede uma morte suave, deu o agente o último passo sozinho. Isto me parece, ainda assim, mais suportável que um homicídio legalmente institucionalizado e processualmente regulado. Quando se leva isto em conta, sobram para a legítima eutanásia ativa somente alguns raros casos-limite, nos quais a pessoa, que está doente de morte, sofrendo de modo grave e desejosa de morrer, não pode ser libertada de suas dores, e tampouco está em condições de pôr ela mesma um fim à sua vida. Isso pode ocorrer quando se tratar de uma pessoa completamente parálitica, ameaçada por sufocações. [...] Defende-se a isenção da pena para o homicídio a pedido da vítima somente nos casos em que se deixou claro que devem ter se esgotados todos os outros meios para ajudar o mortalmente doente. Pelas razões expostas, penso que se deve preferir esta solução a uma ampla isenção para o homicídio a pedido da vítima. Em tais casos pode igualmente ocorrer uma exclusão da responsabilidade tendo em vista a decisão de consciência do autor.” ROXIN, Claus. Proteção penal da vida humana através do Direito Penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 228.

<sup>100</sup> Em uma conotação moralista, a vontade, em si mesma, de dispor da própria vida não é considerada racional. A teoria do bem jurídico acaba por ocultar essa conotação moralista por meio de uma proteção paternalista da vida humana.

<sup>101</sup> ZABEL, Benno. Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, 01/2018. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1364.pdf>>. Acesso: Out./2018.

quão forte pode ser a expansão da punibilidade do socialmente não adequado em detrimento da vinculação racional à conduta como comunicação contrária à liberdade alheia.

Na própria tipificação da participação no suicídio aparecem, em primeiro plano, os elementos psicológico-sociais de medo individual o que resulta em um modelo de direito penal inspirado pela superação da insegurança de modo a transformar a norma penal em um instrumento de dominação do risco. No contexto brasileiro, o tipo penal (Art. 122, CP) referente à instigação, ao induzimento e auxílio ao suicídio demonstra, de maneira evidente, esta observação.

Diéz Ripollés e Gracia Martín também demonstram as consequências dogmáticas no que se refere a considerar a vida humana na condição de bem jurídico. Favorece-se uma abertura interpretativa sobre o conceito de vida humana não como um direito subjetivo do titular, mas como um bem do próprio Direito, de forma a ultrapassar o círculo de decisões individuais. A teoria do bem jurídico, por conseguinte, exige adotar uma concepção de vida humana que ultrapassa o âmbito da pessoa e alcança o direito e dever do próprio Estado frente a tal bem.<sup>102</sup>

---

No mesmo sentido crítico e com fundamento na autonomia racional do sujeito, Jesús-Maria Silva Sánchez comenta sobre §217 do Código Penal Alemão: “*En diciembre de 2015 entró en vigor el texto actual del § 217 del Código penal alemán,1 que tipifica el favorecimiento comercial del suicidio de otro. Dada la tradición jurídico-penal alemana, en la que no es delito la inducción y auxilio al suicidio, la introducción del nuevo delito debe enmarcarse en el debate público sobre los límites del suicidio asistido en contextos eutanásicos. [...] Según era de esperar, antes y después de la promulgación del § 217 StGB han tenido lugar las consabidas críticas de paternalismo estatal [...]. La promoción del auxilio al suicidio entre personas gravemente enfermas y la prestación empresarial de tal servicio por un precio más o menos módico puede parecer un negocio más. Pero la situación física y psíquica del pretendido cliente le distancia, en medida por determinar, del modelo del sujeto racional autónomo.*” SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Suicidio alemán y duelo americano. **In Dret**: Revista para el Análisis del Derecho, 01/2018. Disponível em: <[http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/?sa=1](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?sa=1)>. Acesso: outubro/2018.

Acrescenta-se: “*Precisamente estos últimos años, al hilo del caso ruso de la “Ballena Azul”, han proliferado en los medios las referencias a páginas de internet desde las que se insta a adolescentes a realizar actos autolesivos y, finalmente, se les propone la forma de suicidarse.3 Esos adolescentes que efectivamente se suicidaron no tenían por qué ser inimputables. Quizá estuvieran demasiado solos, o tristes, o frustrados: de nuevo, no el mejor contexto para ejercer esa magnífica autonomía del sujeto racional. En todo caso, se les indujo a suicidarse. Quizá muchos lectores piensen que el Derecho penal del Estado debe inhibirse de estos problemas. Yo pienso que no. Que el débil necesita la protección del Estado: y sí, a veces necesitamos que se nos ayude frente a nosotros mismos.*” Ibid.

<sup>102</sup> De acordo com Miró Llinares, os delitos que se referem ao homicídio, à eutanásia e à participação no suicídio centralizam o injusto penal na lesão ao bem jurídico vida humana independente.

“*Es unánime la consideración de que éste es el bien jurídico protegido en el homicidio, frente a la vida humana dependiente protegida en el delito de aborto. Tal bien jurídico vida debe interpretarse a luz de la Constitución española que lo regula como un derecho fundamental y de la doctrina del Tribunal Constitucional que lo desarrolla en cuestiones tan importantes como la de si el mismo resulta o no disponible para su titular.*” MIRÓ LLINARES, Fernando. El delito de homicidio: aproximación a su

Percebe-se que a adoção da teoria do bem jurídico favorece a interpretação realizada por Nelson Hungria e pela literatura clássica no contexto brasileiro, no sentido de se analisar a proteção penal da vida humana como sendo a finalidade do Estado em assegurar a existência humana perante uma dada comunidade, sob determinados *valores*.<sup>103</sup> Ora bem, se tais valores se embasam na repressão às liberdades pessoais, esta repressão será absorvida pela interpretação normativa no campo dos crimes contra a vida e legitimada pela proteção penal da vida humana na condição de bem jurídico-penal.

Maria Auxiliadora Minahim, em sua tese denominada “*Direito Penal e biotecnologia*”, conceitua a vida humana como um bem jurídico em torno do qual gravitam todos os demais. A autora diferencia os conceitos normativos os quais estão vinculados à realidade empírica dos conceitos normativistas para os quais não se verifica um vínculo com tal realidade. Assim, propõe uma união entre os campos do *ser* e *dever ser* no sentido de se desenvolver conceitos configurados a partir do mundo fenomênico. Nessa condição, pode-se falar em conceitos substancializados.<sup>104</sup>

A vida humana, em uma perspectiva ontológica, é colocada como o estado posto ao indivíduo que apresenta um começo e um fim. Este estado determinará a individualidade a partir do processo de individualização do ser humano. Minahim afirma que a formação da singularidade do ser humano se inicia muito antes do nascimento e, nesse caminho, considera-se o próprio embrião como pessoa.

Maria Minahim aponta o conceito jurídico de vida humana na doutrina brasileira atual:

---

aplicación jurisprudencial en la actualidad. **La ley penal**: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Madrid, v.5, n.50, p. 19-42., jun. 2008. p. 21.

Miró Llinares demonstra que a posição majoritária, no contexto do Tribunal Constitucional Espanhol, é considerar o direito a vida a partir de um conteúdo positivo de proteção jurídica que impede considerá-lo como um direito de liberdade do sujeito titular, assim como dificulta compreendê-lo também como um direito à morte. Todavia, para Miró Llinares a vida é um bem que integra o círculo de liberdade individual. A pessoa pode dispor sobre sua própria morte, mas esta disposição deve partir do próprio agente sem intervenção de terceiros.

<sup>103</sup> “*Los bienes jurídicos, aun cuando su titular sea el individuo, son bienes del Derecho, y reciben protección jurídica con independencia de cuál sea el interés que tengan en él su portador y de como quisiera hacer valer dicho interés mediante el ejercicio del derecho subjetivo que generalmente acompaña a todo bien jurídico.*” DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**: vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 23.

Diéz Ripollés e Gracia Martín acreditam que a adoção da concepção naturalística do conceito de vida humana pautado por critérios científico-naturalísticos dificulta a descriminalização dos crimes de aborto consentido e participação no suicídio, assim como a legalização das práticas de eutanásia ativa e homicídio a pedido. Ibid.

<sup>104</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

A vida, no plano jurídico, é considerada como Direito básico cuja tutela é a própria razão de ser do direito, já que constitui condição essencial para a existência dos demais. A Constituição Federal de 1988, ao garantir o direito à vida, assegura sua intangibilidade. Costuma-se afirmar que este é um direito absoluto que compreende o direito do titular à própria vida (e não sobre a própria vida), o dever do Estado de protegê-la – dever geral de abstenção dirigido a todos, erga omnes, inclusive contra o próprio Estado – de atos contrários ao Direito que possam causar-lhe dano.<sup>105</sup>

Compreende-se que a proteção penal da vida humana, no contexto jurídico brasileiro, fundamenta-se pela percepção técnica de bem jurídico-penal em detrimento da consideração das análises que recaem sobre as relações de reconhecimento e subjetividade. Todavia, o que será evidenciado, em tópico posterior, é que tal fundamentação não apresenta compatibilidade com a configuração social moderna sendo apenas uma forma de camuflar os reais fundamentos da proteção penal além de se apresentar como uma teoria propícia a obstaculizar a racionalidade que considera a vida humana como uma forma de manifestação de liberdade do sujeito sensível.

#### **5.4 Análise da perspectiva de Jesús Maria Silva Sánchez acerca da proteção penal da vida humana**

A concepção de Jesús Maria Silva Sánchez sobre a vida humana demonstra uma nítida influência da doutrina moral-religiosa que interfere em sua estruturação dogmática penal e acaba por determinar escolhas de política criminal. Não se pode concordar que seu posicionamento a respeito da vida humana está fundamentado em uma racionalidade suficiente que confirme a punibilidade de certas condutas no âmbito dos crimes contra a vida. A argumentação reside tão-somente no campo da moralidade com vista a manter o direito penal refém de determinados *tabus*, em uma total contradição com a configuração da sociedade moderna.

A consideração dogmática em análise é fundamentada por meio de uma orientação filosófica ontológica que coloca os direitos humanos no plano de uma realidade objetiva absoluta derivada da própria natureza da pessoa em radical contraposição à concepção funcionalista para a qual o conteúdo aos direitos humanos deve ser delimitado a partir da subjetividade individual e de seu contexto operacional.

---

<sup>105</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

Para além desta fundamentação de conotação ontológica<sup>106</sup>, o autor utiliza-se da filosofia kantiana e consegue embaralhar tais fundamentações para manter sua argumentação dogmática. Alcança certa proeza em sustentar a manutenção de vidas humanas a qualquer custo sob o discurso da dignidade da pessoa humana. Pode-se afirmar que tal discurso não corresponde, para os fins desta pesquisa, a um critério suficiente para lidar com tamanha complexidade, pois pode ser utilizado por correntes opostas. O diferencial que aqui se propõe é se retirar o conceito de vida humana de uma discussão corriqueira – muitas vezes, bioética -, interminável e, de certa maneira, manipulável a respeito da dignidade humana e centralizar toda a problemática em torno do conceito de liberdade individual como forma de maior rendimento à complexidade do tema.

Pois bem, a convicção de Silva Sánchez parte da existência de direitos humanos derivados da natureza da pessoa e, por conseguinte, universais de modo a serem independentes de consenso ou funcionalidade social, tudo sob o argumento de que se visa proteger a dignidade humana e, assim, manter a vida humana a despeito de qualquer condição.<sup>107</sup>

Fundamenta a punibilidade de condutas como o homicídio a pedido e a eutanásia ativa a partir da filosofia kantiana no sentido de que não há nenhuma situação de necessidade que possa justificar uma conduta, por si mesma, injusta. Nos casos em que se

---

<sup>106</sup> Kurt Seelmann evidencia que existem algumas diferenciações acerca do conceito de dignidade de modo a refletir a hipótese de se tratar de um conceito ontológico e constata que a declaração de seres humanos como não pessoas restringe a aplicação do conceito de dignidade. A concepção do ser humano na qualidade de pessoa em condições de igualdade jurídica com os demais apresenta uma validade como fundamento da convivência. A violação da dignidade humana consiste na separação de indivíduos da relação jurídica geral de igualdade. A partir dessa noção de dignidade, já se pode verificar que não se trata de um conceito ontológico. Ademais, Seelmann analisa novas posturas sobre o conceito de dignidade para as quais o indivíduo deve ser sujeito da proteção da dignidade mesmo em suas diferenças culturais ou naturais. Um conceito que serve à proteção do sujeito de Direito se converte em outro conceito que apreende os aspectos concretos do indivíduo. Esta fundamentação se encontra na teoria hegeliana. O ser humano está protegido em termos de dignidade tal como é sua individualidade e se faz consciente de si mesmo. O especial papel social das pessoas deve ser respeitado para além do conceito de personalidade jurídica. Deve-se alcançar a dimensão da individualidade. Para Seelmann, a compreensão hegeliana sobre o reconhecimento do outro frente a sua particularidade se faz efetivada nessa dimensão acerca do conceito de dignidade e apresenta um rendimento interpretativo mais elevado do que meras concepções ontológicas. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 46.

<sup>107</sup> Como ilustração, Silva Sánchez parte da análise de um caso apresentado ao Tribunal Inglês que tratava da separação de gêmeas siamesas. O caso se refere a Mary e Jodie, sendo que a primeira carece de coração e de pulmão, além de ser acometida por graves danos cerebrais, em total dependência à Jodie para sobreviver. Nesta situação, se as gêmeas fossem separadas, ou seja, se se sobrevisse a morte de Mary, poderia se garantir uma vida normal à Jodie. O Tribunal Inglês permitiu a realização de tal separação, decisão esta que Silva Sánchez rebate com toda sua convicção. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Tiempos de derecho penal**: escritos breves sobre teoría e práctica, vida social y economía. Buenos Aires: B. de F., 2009.

sacrifica uma vida para salvar outra, Kant posiciona-se – como analisado no primeiro capítulo desta pesquisa – contrário à justificação, pois considera tal conduta como ilícita, em si mesma, já que a pessoa é um fim em si e não pode ser instrumentalizada para se alcançar fins alheios.<sup>108</sup>

A partir desta concepção kantiana, Silva Sánchez afirma que a vida humana, mesmo naquelas situações em que se está confirmado o seu sacrifício por ordem natural, não pode ser privada por nenhum modo já que seu titular, na condição de pessoa, é um fim em si mesmo e, somente, assim, poder-se-ia proteger sua dignidade enquanto ser humano. O autor se contrapõe à perspectiva de que há vidas que não merecem ser vividas ao assegurar que tal consideração confirma uma discrepância em relação à sociedade dos direitos humanos. Acredita ser devastador o pensamento funcional que condiciona o conceito de pessoa à supervivência futura ou ao bom funcionamento de determinados órgãos.<sup>109</sup>

Todavia, a filosofia kantiana, apesar de compreender que a ilicitude da conduta não é excluída nos casos em que se sacrifica uma vida para salvar outra, reconhece que, em situações nas quais reina o instinto de conservação, pode-se considerar a não punibilidade da conduta. Silva Sánchez parece ir além deste limite, ao defender que a não justificação

---

<sup>108</sup> Da mesma forma pode-se perceber a influência da filosofia kantiana em postulados *bioéticos*: uma das expressões efetivas da bioética se deu no contexto pós-guerra como resposta aos estados totalitários, notadamente em relação ao nazismo. Ilustra-se com a exigência de consentimento do indivíduo para se expor aos experimentos de investigação científica. Na condição de resposta fundamental às práticas totalitárias, os princípios bioéticos se inserem no contexto dos sistemas democráticos. Verifica-se uma resposta humanista ao caráter experimental da ciência médica e biológica. Assim sendo, a filosofia kantiana se transformou em um fundamento notável aos postulados bioéticos para se afirmar a liberdade do homem: o sujeito deve ser considerado um fim em si mesmo e não um meio. O desenvolvimento do princípio ético, em Kant, acerca da liberdade do homem é apropriado pela bioética no que concerne a não transformar o ser humano em um instrumento da ciência e das novas tecnologias. Além deste pressuposto pautado pela liberdade, há a referência à ética da responsabilidade. A liberdade do indivíduo é parte integrante de sua dignidade e esta deve orientar a evolução social. Em suma, a bioética procura por valores ‘universais’ de maneira a refletir o ideal kantiano. BAKRY, Riay Tatary. Islam, bioética e y final de la vida. In: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones**: el final de la vida. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000. p. 73.

<sup>109</sup> Como ilustração, Silva Sánchez aponta a seguinte situação: “Imagínese que un sujeto accidentado, con un gravísimo traumatismo craneoencefálico que le impedirá en el futuro una vida autónoma y cuyas posibilidades de supervivencia a medio plazo son nulas, es el donante idóneo de un hígado para un enfermo hepático con un pronóstico de un mes de vida, y que con el trasplante puede salvarse. Al avvicinarsse el fin del mês, será lícito matar al accidentado para salvar la vida del enfermo?” SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Tiempos de derecho penal**: escritos breves sobre teoría e práctica, vida social y economía. Buenos Aires: B. de F., 2009. p. 115.

Silva Sánchez com seu desejo incessante de se contrapor à valoração sobre a vida humana a partir da subjetividade individual acaba, claramente, a confundir determinadas situações. A questão não é saber se a situação descrita é lícita ou não, mas evidenciar a vontade real ou presumida do acidentado em querer ou não continuar vivendo naquelas situações. E a partir desta subjetividade, delimitar o campo do injusto.



de tais condutas representa a máxima da transcendência. Resolver de outro modo configuraria uma violação ao Direito como ordem objetiva de condutas.<sup>110</sup>

Para os fins da presente tese, deve-se discordar, em primeiro lugar, da existência de condutas injustas em si mesmas. O conteúdo do injusto penal não é um dado ontológico, mas sim uma valoração normativa que recai sobre as situações de vida concretas. Em segundo lugar, resta evidente que Silva Sánchez corrobora uma perspectiva de valoração à vida humana sob qualquer condição influenciada pela perspectiva religiosa para a qual a vida não é uma liberdade individual. O pensamento de Silva Sánchez se contrapõe, por conseguinte, à orientação filosófica que coloca como ponto de partida da dogmática jurídico-penal a subjetividade individual<sup>111</sup> e afirma que esta orientação filosófica não é acolhida por nenhum dos países de nosso contorno cultural-constitucional. Em outras palavras, só restou o autor confirmar que a orientação filosófica que poderia estruturar a dogmática jurídico-penal - com base na subjetividade individual - não é compatível com o domínio da moral cristã, a qual mantém o sistema jurídico-penal, no campo dos crimes contra a vida, sob suas assertivas. Para o autor, a vigência do princípio da indisponibilidade da vida humana é *lex lata*.

A orientação filosófica que Silva Sánchez adota resulta em uma total discordância com os posicionamentos defendidos por parte de Günther Jakobs, notadamente, sobre a questão do homicídio a pedido e da eutanásia ativa. Tal discordância é resultado de posicionamentos filosóficos distintos. Verifica-se, portanto, que o sistema jurídico-penal, para desenvolver uma nova racionalidade no campo normativo dos crimes contra a vida, não necessita se tornar refém da moralidade ou da ciência médica para encontrar uma definição exata ao conceito de vida humana, assim como não depende – diretamente - da bioética<sup>112</sup> para ponderar uma valoração entre qualidade ou santidade da vida. A

---

<sup>110</sup> SÁNCHEZ, Jesús María. **Tiempos de derecho penal**: escritos breves sobre teoría e práctica, vida social y economía. Buenos Aires: B. de F., 2009.

No caso comentado sobre a separação das gêmeas siamesas que resultou na morte de uma delas, a decisão do Tribunal Inglês, ao autorizar a realização da conduta, confirmou algo injusto por si mesmo e, portanto, o próprio Tribunal atuou de modo contrário ao Direito.

<sup>111</sup> Ibid.

Outra perspectiva de cunho constitucional liberal afirma pela disponibilidade da vida já que a limitação da liberdade individual somente pode se dar em um contexto no qual se procura evitar danos diretos às pessoas ou a bens.

<sup>112</sup> Sobre a distinção entre *Bioética e Moral*, comenta-se: a bioética difere da moral representada pelo conjunto das regras de conduta consideradas como válidas de maneira absoluta. O objeto da bioética não é impor aos indivíduos que compõem a sociedade as obrigações e atitudes comuns a partir de um modelo único de explicação do mundo. A ética, contrariamente à moral, não pretende delimitar, a priori, aquilo que distingue o bem e o mal. Assemelha-se à moral no que se refere à referência de valores que orientam as ações humanas. Mas a moral aponta esta orientação valorativa para que cada um possa se determinar

racionalidade jurídico-penal é embasada por sistemas filosóficos os quais poderão fundamentar, ou não, a punibilidade de determinadas condutas no campo dos crimes contra a vida. A depender do sistema filosófico adotado, a valoração normativa se distinguirá para além de qual conceito de vida humana se adote, pois o ponto chave reside na análise filosófica da valoração da vida humana e em sua vinculação à liberdade.

Observa-se as projeções da adoção filosófica de Silva Sánchez em determinados tipos penais. Discute-se a previsão do Art. 143 do Código Penal Espanhol<sup>113</sup> o qual dispõe um tipo penal para as situações nas quais se dê causa ou se coopere com atos necessários e diretos à morte de outrem, por pedido expresso e inequívoco deste, nos casos em que a vítima sofre de uma enfermidade grave que conduziria, necessariamente, a sua morte ou produzir-lhe-ia graves padecimentos permanentes e difíceis de suportar. No contexto brasileiro, não há uma tipificação específica para o homicídio a pedido sendo que tal conduta é equiparada ao homicídio clássico podendo receber a causa de diminuição de pena, prevista no §1<sup>a</sup> do Art. 121, Código Penal.

A orientação filosófica de Silva Sanchez se projeta em sua análise dogmática no sentido de afirmar que a disponibilidade vinculada à autonomia da vontade é excluída no que se refere ao tema sobre a vida humana. O sujeito não pode dispor de sua vida. O autor assevera que não se trata de um problema relativo à limitação da liberdade de disposição da vida, porque tal liberdade de disposição não existe, nem sequer ao nível abstrato.<sup>114</sup>

---

livremente e ser responsável pelas situações concretas. A bioética não se limita a uma reflexão sobre o destino da humanidade conectado ao progresso da ciência. Sua peculiaridade procede do fato de que está associada a um tipo novo de procedimentos de deliberação e intercâmbio de opiniões. Científicos, médicos, filósofos, juristas, psicanalistas, sociólogos, representantes da sociedade civil e do mundo político são convidados a participar dos debates e reflexos sobre homem e ciência. A bioética pressupõe, portanto, uma ética de deliberação por essência multidisciplinar e pluricultural. Todavia, não se pode negar que a bioética também apresenta uma dimensão moral, mas uma *moral sem moralismo*. BAKRY, Riay Tatary. Islam, bioética e y final de la vida. In: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones: el final de la vida**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000. p. 70.

<sup>113</sup> Art. 143, Código Penal Espanhol: “1. *El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.*” ESPANHA. Código Penal. Disponível em: <<https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/02/articulo-143-codigo-penal.pdf>>. Acesso: Jul.2018.

<sup>114</sup> Aqueles que pensam o contrário partem de uma valoração acerca das qualidades da vida humana. A decisão em consentir com a destruição da própria vida por um terceiro poderia ser explicada a partir de uma valoração objetiva razoável a partir do interesse do sujeito. Estende-se tal concepção à vontade presumida. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Tiempos de derecho penal**: escritos breves sobre teoría e práctica, vida social y economía. Buenos Aires: B. de F., 2009.

Silva Sánchez acredita que a discussão sobre a vida nada tenha a ver com a questão de liberdade individual.

A valoração sobre a existência de sofrimento, com a lógica de autonomia individual, que sucede a afirmação de uma vida indigna de ser vivida, refletem, para Silva Sánchez, uma instrumentalização do sujeito. Parte da concepção de que toda vida, por si mesma, apresenta uma dimensão constitutiva do sujeito, de modo que a autonomia em dispor contra si mesmo anula o próprio princípio de autonomia da vontade. A única concepção compatível com a ideia de pessoa como um fim em si mesmo é a que não prevalece a vontade real ou presumida do indivíduo sobre a destruição de sua própria vida.

A posição ortodoxa de Silva Sánchez, claramente determinada por uma moral-religiosa, se expressa de forma mais evidente em seus posicionamentos sobre a fertilização *in vitro*, ora por trás de sua fundamentação kantiana ora por perspectivas ontológicas. O autor considera o embrião como um ser humano transformado em propriedade por outro ser humano. Após a seleção dos embriões destinados à fertilização, os sobrantes podem, por meio de um contrato de doação e compensação monetária aos concedentes, ser encaminhados a centros de investigação autorizados. Para Silva Sánchez, esta conduta transforma um ser humano, na condição de embrião, em propriedade de outrem.<sup>115</sup>

Sobre as ideias de despenalização da eutanásia ativa, Silva Sánchez também projeta seu descontentamento. Àquelas condutas que visam colocar um fim – de maneira ativa - na vida de uma pessoa devido a sua situação de enfermidade física ou psíquica diante de um contexto tornado insuportável em termos de humanidade, bem como irreversível, possuem relevância penal. Silva Sánchez não considera lícita a conduta de eutanásia ativa tanto em relação aos casos em que se apresente um pedido expresso do enfermo quanto naquelas situações nas quais, devido à falta de consciência do sujeito, a família, a equipe médica e autoridade judicial – em conjunto – decidam pela finalização da vida dominada por uma enfermidade terminal vinculada ao sofrimento insuportável. Para o autor, admitir o contrário representaria uma concepção gradualista de vida para a qual falta dignidade

---

<sup>115</sup> A questão se agrava quando o autor se posiciona a respeito do aborto. Para Silva Sánchez, o aborto é uma conduta delitativa – típica – que apenas, excepcionalmente, não se pune.

A fundamentação contrária à descriminalização do aborto, no movimento codificador brasileiro, baseou-se, notadamente, no autor Jesus María Silva-Sánchez: “[...] segundo ele, o feto não desejado seria uma pessoa não desejada, a verdadeira não-pessoa do direito penal moderno, os absolutamente excluídos, autênticos inimigos, inteiramente despersonalizados pelo ordenamento jurídico.” Nesta perspectiva, o reconhecimento da descriminalização do aborto representaria o reconhecimento do feto como inimigo. SAAD-DINIZ, Eduardo. Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 263, p. 17-18, out. 2014. p. 17.

humana quando a vida se converte em dor e agonia perante a espera pela morte. Esta perspectiva demarcaria a afirmação de que há vidas que não merecem ser vividas, a qual se relaciona ao utilitarismo social. A exaltação da autonomia humana ocultaria um efficientismo econômico segundo o qual determinadas vidas são cargas e enquanto tais outras não merecem ser vividas.

Torna-se evidente, no contexto de uma sociedade essencialmente econômica, como é a sociedade capitalista, que há certo determinismo econômico sobre a vida humana. Entretanto, o que aqui se pondera é que o argumento de Silva Sánchez não é suficiente para rebater a estruturação dogmática-penal que parte da subjetividade individual. A seleção de vidas humanas já ocorre, todos os dias, na configuração da sociedade capitalista, e sobre isso remete-se o leitor para a análise correspondente ao Capítulo 4. O que cabe apontar neste momento é que a destruição de uma vida repleta de dor, agonia e sofrimento devido a uma enfermidade cabe ao sujeito titular desta. A razão não interessa ao sistema jurídico-penal.

Em relação aos casos nos quais o sujeito não apresenta consciência para expor sua vontade real, uma sociedade que não mais enxerga sentido em tamanho sofrimento não poderia permitir manter uma pessoa em tal condição. O discurso de Silva Sánchez acaba por legitimar um sistema jurídico-penal ainda preso à moralidade religiosa, a única que ainda enxerga sentido em se manter uma vida a qualquer custo e a qualquer condição.

Esta estruturação dogmática pode resultar em alguns problemas práticos em torno da liberdade individual e da intervenção de terceiros em nome de tal liberdade. Ilustrar-se-á esta problemática no campo de responsabilidade médica. Inicia-se com a análise sobre a liberdade individual em não se submeter a tratamento médico ou na escolha individual de qual tratamento será aplicado.

Silva Sánchez se restringe à concepção de infração de dever de cuidado para questionar se existe ou não uma liberdade do médico e do sujeito na eleição de um determinado método de diagnóstico ou tratamento frente a outros. Prioriza-se as normas de cuidado para analisar a liberdade médica nos casos em que existe um método objetivamente mais adequado ao caso. Esta objetividade pode ser constatada a partir de sua eficácia direta no plano terapêutico (maior probabilidade curativa), assim como em sua menor incidência negativa sobre o paciente (avaliação sobre os efeitos secundários do tratamento). Opera-se com o juízo de ponderação de riscos e benefícios em torno da seleção de métodos de tratamento e seu conflito com o princípio de liberdade médica.

Frente aos casos nos quais se apresentam fundamentadas dúvidas científicas sobre a escolha do método, qualquer deles poderia receber a valoração de mais eficaz (em sentido amplo, ao comportar a análise dos efeitos colaterais). Agora, se não há dúvida sobre esta valoração objetiva e o médico opta por outro método que não o mais eficaz, recairia no campo das violações de deveres de cuidado. Afirma-se um princípio *in dubio pro libertate* somente perante os casos nos quais não é possível extrair de modo afirmativo qual método é preferível a outro. Nestas situações, não existe o dever de cuidado que exige a escolha de acordo com a inclinação da comunidade científica dominante.

Em relação aos métodos alternativos, em situação contrária a esta descrita, Silva Sanchez coloca em cheque a pretensão intersubjetiva na escolha do método de tratamento. Discute-se se extingue a liberdade de eleição do método ao comparar tal método com os tradicionais.<sup>116</sup>

Para delimitar a responsabilidade médica, o decisivo seria verificar se o resultado foi consequência de uma conduta objetivamente descuidada no que tange à escolha do tratamento. Tal escolha deveria ser efetivada por meio de uma ponderação sobre o caso e as opções metodológicas existentes. Se há um método que, segundo o estado da discussão científica dominante, parece oferecer um prognóstico objetivamente mais favorável, a conduta do médico abrange o dever de cuidado em seguir tal adoção. Não há liberdade para atuar de outro modo.

Em regra, o dever de cuidado obriga o médico a seguir, mesmo contra a sua opinião pessoal, o método convencional que, segundo o estado da ciência médica dominante, oferece um prognóstico mais favorável. De forma excepcional, o médico estaria atuando dentro dos limites do risco permitido na hipótese de se inclinar ao emprego do método descartado pela opinião dominante quando o faz seguindo regras próprias da

---

<sup>116</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Libertad de terapia y responsabilidad penal del médico. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia**. Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 171-207., 2001, p. 177.

A posição objetivista retrata que se há vários métodos reconhecidos, a luta científica entre eles não pode prejudicar o médico. O médico deve eleger aquele que tenha menor risco e o menos doloroso ao paciente. A escolha por um método de maior risco deverá ser justificada frente ao caso concreto. A posição subjetivista defende que se o médico adota uma opção pouco convencional e mais arriscada, segundo sua opinião, ou se escolhe uma terapia desconhecida ou colocada em questionamento pela comunidade médica, estaria no âmbito de sua liberdade de atuação e não violaria seu dever de cuidado.

experimentação terapêutica.<sup>117</sup> Esta constitui um risco permitido quando uma ponderação objetiva é realizada diante de suas possibilidades curativas e dos riscos adicionais que não podem ser descartados frente ao método tradicional. Neste ponto, Silva Sanchez evidencia o seu posicionamento sobre a consideração da vida humana de maneira a se perceber que tal posicionamento é decorrente de sua orientação filosófica.

O autor somente considera um experimento terapêutico dentro do risco permitido, nos casos em que haja probabilidade de morte do paciente, se os métodos tradicionais também carregam tal probabilidade. Agora, o experimento terapêutico não se encontrará dentro dos limites do risco permitido, na hipótese de se verificar o risco de morte e, em comparação com o método convencional, este risco não exista, ainda que o método alternativo ofereça possibilidades de cura superiores aos métodos tradicionais em condições de proporcionar uma qualidade de vida significativa (como, evitar a amputação ou a inutilização de membros, assim como outras lesões graves). Ora bem, prioriza-se, evidentemente, uma concepção de vida humana que deve ser vivida a qualquer custo ao se proibir um método terapêutico que poderia propiciar uma qualidade de vida mais elevada ao paciente, todavia assumindo o risco de lesão mortal.

Para Silva Sanchez nenhum experimento terapêutico que tenha probabilidade de morte do paciente está protegido pelos limites do risco permitido mesmo que tal experimento seja uma tentativa de elevar a qualidade de vida em termos concretos. Todavia, o que Silva Sanchez não compreende é que não cabe a ele decidir, mas sim ao titular da vida humana. Se o sujeito empírico concorda em se submeter a um tratamento não convencional o qual não irá, por exemplo, causar os impactos negativos que o tratamento convencional causará, mas que comporta um risco de morte cabe a ele mesmo decidir. Caso este não esteja em plenas condições responsáveis para tal decisão, ainda poderíamos recorrer a uma análise da vontade presumida do paciente. Como bem afirma

---

<sup>117</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Liberdad de terapia y responsabilidad penal del médico. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 171-207., 2001. p.187

Sobre os métodos terapêuticos alternativos, Silva Sanchez discorda do posicionamento que se refere à permissão de tais métodos desde que não proibidos por lei. Para o autor, o paciente espera do método convencional uma não frustração de expectativa. Já no que concerne aos métodos alternativos, Silva Sanchez afirma que a adoção de um método que não está em condições de garantir possibilidades diagnósticas ou terapêuticas superiores a dos métodos tradicionais é uma conduta perigosa. Como tal, há requisitos adicionais que devem ser cumpridos, bem como a consideração de uma atuação prudente em situação perigosa. Estes requisitos se referem à plausibilidade científica geral, ao prognóstico de ponderação de riscos e benefícios, ao juízo de maior utilidade do método escolhido e ao consentimento plenamente informado do paciente.

Para Silva Sanchez a escolha por um método já comprovado ineficaz sempre preencherá a constitutiva de imprudência. O médico tem o dever de atualizar os seus conhecimentos.

Jakobs, uma sociedade que não vê sentido em uma vida repleta de dor e agonia, também não confere sentido à responsabilidade médica pela escolha de uma intervenção que não permite à submissão da vida humana a qualquer condição de intenso sofrimento.

Em relação ao consentimento do paciente ao risco, Silva Sanchez salienta que não excluiria a tipicidade da conduta, mas poderia se apresentar como uma causa de exclusão da antijuridicidade penal. Todavia, tal consentimento não exclui a responsabilidade médica no campo administrativo e disciplinar: eliminaria somente o conteúdo do injusto penal. O autor reconhece o direito do paciente - com capacidade de compreensão e juízo - em negar o tratamento e esta negativa converte a omissão de tratamento por parte do médico em uma conduta atípica.

O paciente, com pleno conhecimento de todas as alternativas de tratamento, apresenta o direito de escolher uma de modo que, neste caso, não se verifica responsabilidade jurídico-penal ao médico pela eleição de tratamento. A exigência do paciente perante a escolha de um determinado método, mesmo que haja risco de morte, não poderia conduzir a imputação de um risco juridicamente não permitido ao médico.

Silva Sanchez considera que tal posicionamento a respeito do consentimento do paciente, somente abrange a conduta omissiva por parte do médico referente a não aplicação do tratamento. Para o autor, o emprego de tratamento divergente pode se enquadrar como uma omissão na aplicação do método estimado mais eficaz. É possível que a oposição radical do paciente ao emprego do método convencional converta este recurso em uma conduta inexigível. Por conseguinte, tanto a renúncia geral a todo o tratamento quanto à escolha pelo emprego de método menos eficaz, desde que exigido pelo paciente, retiram a responsabilidade penal do médico. Observa-se, em primeiro lugar, que se trata de uma exigência séria do paciente e não, meramente, de seu consentimento a uma proposta alternativa. O consentimento não seria suficiente para retirar a responsabilidade penal diante da conduta médica.

Em relação à conduta comissiva, Silva Sanchez atribui responsabilidade jurídico-penal ao médico na opção pelo tratamento que em sua causalidade produza, de forma ativa, lesões ou aceleração da morte. Nestes casos, a exigência do paciente não importa, pois o médico pode se abster de toda a intervenção configurando uma alternativa não reprovável.

Silva Sanchez não discorda que o consentimento do ofendido desempenha um papel essencial na delimitação do que se pode afirmar como penalmente relevante. Todavia, o consentimento do paciente plenamente informado em relação aos procedimentos menos eficazes não impede, por si só, que a conduta do médico seja qualificada como imprudente

devido a uma violação de dever de cuidado. Se tal conduta estiver dentro dos limites do risco permitido, compreende-se o consentimento como uma forma de exclusão de responsabilidade. Para aquelas condutas que ultrapassam o campo do risco permitido e, portanto, típicas; o consentimento pode constituir uma causa de exclusão de antijuridicidade, entretanto, com certos limites. Exige-se que o paciente seja plenamente informado dos riscos do procedimento a ser adotado para que haja seu livre consentimento. Nos casos em que há o risco de morte nos tratamentos alternativos, Silva Sanchez torna-se um tanto quanto insistente no que tange a não excluir a responsabilidade, mesmo perante a exigência do paciente.

A vinculação entre o princípio de liberdade na escolha do método a ser adotado e a autonomia do paciente, para os tratamentos fora do campo do risco permitido, para haver a possibilidade de exclusão da responsabilidade criminal, depende da prestação de um consentimento expresso e plenamente informado por parte do paciente, assim como a constatação da plena capacidade de compreensão e juízo deste. No caso de não haver tais elementos, não seria possível obter o consentimento por meio de representante legal nem alegar fundamentação com base na vontade presumida. O médico só teria a opção de seguir o método convencional considerado mais eficaz de acordo com o estado da ciência médica.

Sobre a estrutura de condutas por comissão ativa ou por comissão por omissão, resta esclarecido que uma conduta comissiva ativa configura-se quando o método alternativo cria, por si mesmo, o risco não permitido e, assim, resultam lesões ou morte do paciente. A configuração de uma conduta comissiva por omissão é preenchida quando o método convencional não aplicado evitaria tais processos lesivos. Nesta última situação, o médico em sua posição de garante fundamenta a atribuição pela responsabilidade da omissão em termos equivalentes à comissão ativa do delito. Em todos esses casos, restringe-se a consideração do consentimento. Assevera-se que é obrigatória a verificação de que o resultado lesivo ao bem jurídico protegido apresenta causalidade entre a escolha do método e a lesão. Realiza-se o risco no resultado conforme a teoria da imputação objetiva. Criado normativamente o risco em comissão por omissão, bastaria constatar que o resultado seja expressão deste risco para fundamentar a atribuição de responsabilidade ao médico.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> A omissão pura configura-se quando o método alternativo empregado é inócuo, mas sua aplicação bloqueou a aplicação de métodos convencionais mais eficazes. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Libertad de terapia y responsabilidad penal del médico. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia**. Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 171-207., 2001.



Por fim, no que se refere à responsabilidade penal nos casos de intervenção de terceiros em conjunto com a conduta de suicídio, em outras palavras, a participação no suicídio, Silva Sánchez salienta que para o interveniente responder pelo resultado morte, e, portanto, estar-se diante do tipo de homicídio e não do tipo de participação no suicídio, na modalidade de comissão por omissão, deve-se demonstrar a concorrência de uma posição de garante, o preenchimento dos requisitos apontados pela imputação objetiva do resultado à omissão, assim como a exclusão de configuração do dolo eventual.<sup>119</sup>

Os limites para atribuir responsabilidade penal pela realização da conduta de participação no suicídio em contraposição à conduta de homicídio culposo - na modalidade de comissão por omissão – recebem influência do conceito jurídico-penal que se concebe a respeito da conduta de suicídio. A participação no suicídio é considerada quando se imputa a um sujeito a morte de outro sendo que este último que causou a sua própria morte.<sup>120</sup> Todavia, para Silva Sánchez, nem toda causação da própria morte pode ser considerada como suicídio.

O autor constrói uma crítica em torno da concepção que define o suicídio como uma morte desejada pela pessoa imputável, pois neste caso abranger-se-ia a aceitação da própria morte – a vontade de morrer – independentemente se esta for causada ou não pelo sujeito. Este conceito de suicídio somente excluiria a aceitação da própria morte nos casos que se referem às pessoas totalmente inimputáveis.

Questiona-se em que medida o domínio do fato se torna elemento do conceito de suicídio para delimitar a autoria do sujeito em relação à produção de sua morte e quais são as modalidades de dolo abarcadas pela exigência de que a morte do sujeito seja desejada

<sup>119</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros: a propósito de la STS 8 julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 40, n. 2, p. 451-477., mai./ago. 1987.

No mesmo sentido, explica Miró Llinares que o tipo objetivo de ação exige a configuração do resultado. Portanto, a imputação objetiva do resultado morte somente se configurará se a ação constitui a concretização do risco não permitido representado por ela. Em suma, a conduta deve criar um risco não permitido e o resultado é a concretização desse risco. MIRÓ LLINARES, Fernando. El delito de homicidio: aproximación a su aplicación jurisprudencial en la actualidad. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**. Madrid, v.5, n.50, p. 19-42., jun. 2008.

Todavia, Miró Llinares, em outro texto, se contrapõe à teoria da imputação objetiva. Afirma que a criação do perigo penalmente relevante não se resolver exclusivamente de modo objetivo, pois é absolutamente dependente da vontade de realização do autor e, portanto, do dolo. *Ibid.*, p. 22.

Sobre o conceito de imputação objetiva em Claus Roxin, Polaino-Orts salienta que a suposta teoria de Roxin não poderia se afirmar como imputação objetiva nem como teoria. Considera-se a perspectiva de Roxin como um conjunto de *topoi* e não na qualidade de teoria. POLAINO-ORTS, Miguel. Las cuatro caras de la imputación penal. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs**. Lima: Ara, 2010. p. 59.

<sup>120</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Op. Cit.*, 1987. p. 457.

por ele. Silva Sánchez afirma que o campo jurídico-penal deve compreender o suicídio por meio de um conceito mais restrito para o qual tal conduta compreende apenas a causação ativa de sua própria morte (e não a aceitação em deixar-se matar). Gramaticalmente, “suicidar-se” é “matar a si mesmo”. Não se poderia confundir homicídio consentido com suicídio, pois neste o domínio do fato pertence ao suicida. O autor assevera que “o auxílio ou indução à realização do suicídio passivo me parece punível em idêntica medida em relação ao suicídio ativo.”<sup>121</sup>

Em resumo, pode-se compreender que, para Silva Sánchez, o conceito jurídico-penal de suicídio deve abranger o domínio do fato, o dolo (direito/eventual), bem como se referir a um sujeito plenamente responsável. A intervenção de terceiros frente ao suicídio é punível se o sujeito que produz sua própria morte é responsável ou não.

O autor salienta que não se trata de determinar a livre responsabilidade do suicida no sentido de ser imputável ou não, mas de verificar se o sujeito conserva em si a capacidade de consentir. Silva Sánchez critica posicionamentos dogmáticos que restringem a verificação desta liberdade de responsabilidade aos critérios de imputabilidade. Em uma de suas passagens, afirma que tais correntes esquemáticas acabam por ignorar a advertência psiquiátrica sobre o caráter essencialmente *patológico* da conduta suicida. Leva em consideração se o sujeito, mesmo que parcialmente imputável, realiza sua conduta sem valorar sua transcendência pessoal e social.<sup>122</sup> Ressalta-se, mais uma vez, o determinismo moral-religioso sobre a consideração dogmática do autor.

Silva Sánchez defende a teoria mais restritiva em termos de livre responsabilidade do suicida. No contexto espanhol, a argumentação em torno da livre responsabilidade do sujeito não impede a punição do terceiro interveniente. Para o autor, o decisivo não é a aplicação automática dos critérios sobre o consentimento do sujeito, mas a decisão sobre em quais casos é possível construir uma autoria mediata em virtude de um autêntico domínio funcional do fato.

Pois bem, pode-se constatar que a análise acerca da proteção penal da vida humana, na concepção de Silva Sanchez, se fundamenta, de forma significativa, a partir dos postulados filosóficos de Kant sobre o conceito de dignidade humana e autonomia.

---

<sup>121</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Libertad de terapia y responsabilidad penal del médico. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia**. Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 171-207., 2001.

Do mesmo modo que o que caracteriza o suicídio juridicamente é o domínio do fato por parte do próprio suicida, o relevante no plano subjetivo é não o desejo de morrer, mas a condução do processo que pode levar à própria morte, de forma a abranger o dolo eventual.

<sup>122</sup> Ibid., p. 460.

Todavia, o determinismo moral sobre a estruturação dogmática do autor resta evidenciado na medida em que se questiona o ser racional e sua decisão de finalizar a própria vida. Quando o autor afirma a necessidade de comprovar a capacidade de decisão do sujeito (nos casos de escolha ou omissão de tratamento e as consequências à responsabilidade penal médica), coloca a todo momento em dúvida a razão deste com relação às suas escolhas e procura uma máxima restrição desta liberdade. Evidencia-se o determinismo moral sobre a análise jurídico-penal não somente em relação à proibição em torno das condutas de eutanásia ativa e homicídio a pedido, mas, notadamente, em torno da conduta de suicídio. A colocação deste como antinatural e patológico demonstra a imposição do dever existir ao sujeito e o parâmetro de racionalidade em torno da transcendência individual à social.

Por fim, compreende-se que o posicionamento do mencionado autor corrobora com a interpretação normativa acerca da vida humana pautada pela restrição às manifestações concretas de liberdade individual, no sentido de perpetuar um temor pela efetivação concreta de tal liberdade. Isto se reflete na conotação paternalista conferida ao direito penal como fundamentação à proibição das condutas de eutanásia ativa e homicídio a pedido.



## CAPÍTULO 6 PROJEÇÃO DA FILOSOFIA HEGELIANA E DA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA NA FUNDAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DA VIDA HUMANA

### 6.1 Imputação kantiana *versus* imputação funcional

A fundamentação kantiana sobre imputação, no campo jurídico-penal, pode resultar em uma distinção entre imputação do fato e imputação de sentido. De acordo com Miró Llinares, a imputação no sentido moral é o juízo que recai sobre um fato. Atribui-se responsabilidade a um agente por um fato realizado. A imputação kantiana não versa sobre o processo de descobrimento ontológico do fato, mas sobre o juízo que realiza o sujeito imputante de acordo com as regras de responsabilidade.<sup>1</sup>

A imputação moral não analisa a vontade por meio de princípios empíricos, mas de acordo com princípios estabelecidos *a priori* pela razão.<sup>2</sup> Em um primeiro momento, imputa-se o fato à pessoa. Logo após, aplica-se a lei de modo a valorar a conformidade ou a contrariedade da conduta com a norma e, por fim, imputa-se a desaprovação jurídica a título de reprovação.<sup>3</sup>

Polaino-Orts explica que, a partir da concepção de imputação kantiana, atribuir responsabilidade pela conduta cometida é distinto da atribuição de sentido social ao fato, ou seja, do processo de valoração. A imputação do fato ao agente não é nem objetiva nem

---

<sup>1</sup> Imputação kantiana *versus* imputação finalista: Para o Finalismo, a imputação supõe a fixação de um limite ontológico, de um substrato que apresente uma estrutura interna regida pela vontade, pelo fim; ao contrário, a imputação kantiana não pretende valorar o descobrimento de um fato preexistente, mas sim a constituição deste fato. MIRÓ LLINARES, Fernando. La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación sistemática de la teoría de la imputación objetiva. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate**: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010. p. 38.

<sup>2</sup> Sobre a imputação jurídica na perspectiva de Kant: “*Lo que en cuanto a lo debido alguien hace de más en comparación con lo que la ley puede obligarle, es meritório; lo que hace sólo de acuerdo com ésta, es debido; finalmente, lo que hace de menos en comparación con lo que la ley exige, es demérito moral. El efecto jurídico de un hecho demeritorio es la pena. La imputación sirve, pues, para atribuir la acción como hecho, pero también hay imputación del demérito de quien realiza el hecho valorado como injusto.*” MIRÓ LLINARES, Fernando. Op. Cit., 2010. p. 39-38.

<sup>3</sup> Ibid., p. 42.

Para a teoria da imputação objetiva, o comportamento não pode ser valorado sobre a base de desejos ou motivações do sujeito, mas conforme considerações normativo-sociais independentes do autor. Em suma, para a teoria da imputação objetiva, o tipo penal deve se valorar a partir de pressupostos normativos. Para Miró Llinares, a teoria funcional confunde imputação e valoração. Ibid., p. 40.

subjetiva, mas sim pessoal.<sup>4</sup> Já a valoração que recai sobre o fato não pode ser nem pessoal nem subjetiva, mas sim uma atribuição de sentido social ao fato realizado. Polaino-Orts demonstra como tal segregação é equivocada. Não se pode tratar *fato* e *sentido* como elementos diversos. Esta segregação representa uma confusão entre o plano analítico e o plano real: trata-se de uma segregação completamente irreal. Portanto, torna-se impossível analisar o fato de forma isolada do conteúdo de sentido.

Polaino-Orts apresenta uma crítica ao pensamento de Miró Llinares no sentido de que este – com o intuito de indagar a teoria da imputação objetiva de Jakobs – considera que o problema reside no próprio conceito de imputação e não nos adjetivos objetivo ou subjetivo que se atribui ao objeto de análise. Assim, Polaino-Orts averigua que se Miró Llinares considera que o conceito de imputação, em si mesmo, é polissêmico e problemático, então, não se poderia afastar somente o sentido funcionalista e salvar o esquema kantiano de imputação como a doutrina correta.<sup>5</sup>

Outro ponto de conflito entre a imputação kantiana e a imputação funcional se refere à suposta separação entre o conceito de imputação objetiva e o conhecimento do sujeito de modo a impactar a consideração sobre o conceito de pessoa. Miró Llinares rebate a possibilidade de conceber a pessoa como um produto conceitual separável da ideia de conhecimento.<sup>6</sup>

Para a concepção funcionalista, a infração de dever independe do conhecimento do sujeito. Polaino-Orts observa que Miró Llinares apresenta uma interpretação equivocada sobre a imputação objetiva no sentido funcionalista. Da mesma forma que fato é

---

<sup>4</sup> “[...] *la imputación del hecho al agente, no sería ni objetiva ni subjetiva, sino personal; la valoración de lo hecho, ya no puede ser personal ni subjetiva, sino general, como atribución de sentido social a lo hecho.*” POLAINO-ORTS, Miguel. Las cuatro caras de la imputación penal. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate**: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010. p.15.

<sup>5</sup> Ibid.  
Miró Llinares afirma que os riscos e danos da polissemia não se encontram nos termos objetivo ou subjetivo, mas sim no conceito de imputação. “*En realidad, la polisemia del término imputación, como acto de imputar, deviene de la general ausencia del objeto directo del infinitivo: imputar es siempre asignar, atribuir algo a alguien, pero en sentido analítico no es lo mismo imputar un hecho, atribuir a un agente lo realizado, que imputar un significado, adscribir al hecho un determinado sentido social.*” MIRÓ LLINARES, Fernando. La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación sistemática de la teoría de la imputación objetiva. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate**: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010. p. 14.

<sup>6</sup> “*El riesgo de unir imputación y objetiva o subjetiva es que analíticamente se pierde precisión, pues parece estar afirmándose que la atribución de un hecho a un agente no puede tener en cuenta la perspectiva del sujeto, cuando en realidad se está queriendo decir, por parte de la doctrina que utiliza tal conjunción, que es el sentido social del hecho el que es independiente de la valoración que el sujeto hega del mismo.*” MIRÓ LLINARES, Fernando. Op. Cit., 2010. p. 14.

inseparável do sentido, também o é em relação à pessoa concreta. Logo, a pessoa no Direito é inseparável do conhecimento. A pessoa desempenha um papel no mundo social e este papel é um elemento complexo que incorpora direitos e deveres. O objeto da imputação se refere ao desvio desse papel. O conhecimento acerca de tais deveres é inerente ao papel assumido pelo sujeito no mundo social. Dessa forma, o conhecimento normatizado que perde sua dependência subjetiva se reveste de um dever objetivado ao próprio papel incorporado pelo sujeito e, por isso, idôneo à imputação objetiva na medida em que se torna padronizado. Em suma: o conhecimento inerente ao papel social que o sujeito assume perde seu caráter de conhecimento subjetivo e converte-se em dever normativo.<sup>7</sup>

Para Polaino-Orts, o que se imputa, seja a título de dolo ou de culpa, não se refere a um elemento meramente subjetivo nem volitivo (não se trata de subjetividade), mas orienta-se pelo quebramento de uma expectativa social amparada pelo papel assumido, ou seja, trata-se da infração de um dever jurídico. Assim, o conhecimento somente interessa ao campo jurídico-penal se representa um dever constituinte do papel social assumido pela pessoa. Conhecimento, papel, dever e pessoa são conceitos que se relacionam. A teoria funcional exige o conhecimento no sentido de dever para que se realize a imputação.

Polaino-Orts considera a concepção de Miró Llinares como puramente naturalista, pois defende um conceito totalmente desnaturalizado e uma imputação que chega ao extremo quando se admite imputações de fatos que são adequados ao Direito.<sup>8</sup> Para Miró

---

<sup>7</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Las cuatro caras de la imputación penal. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs**. Lima: Ara, 2010.

O dolo, na teoria funcional, passa a ser considerado em segundo plano. Em primeiro lugar, analisa-se o tipo objetivo e a atribuição de sentido social ao fato que o agente realizou. Sua conduta deve concretizar um risco não permitido juridicamente. “[...] desde o Finalismo se há criticado la posibilidad o utilidad de realización de un juicio objetivo general sin tener en cuenta los conocimientos de sujeto y la de tratar de convertir el injusto típico en una valoración de la conducta como contraria al tipo objetivo.” MIRÓ LLINARES, Fernando. La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación sistemática de la teoría de la imputación objetiva. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs**. Lima: Ara, 2010. p. 20.

Em suma, para Miró Llinares, a separação entre tipo objetivo e tipo subjetivo que realiza a teoria da imputação objetiva não seria compatível nem com a estrutura ontológica da ação nem com o conceito pessoal de injusto.

<sup>8</sup> “[...] nos centramos en la parte crítica, en la posibilidad de que no sea sistemáticamente útil valorar el hecho sin partir del sujeto, de la persona, con su conocimiento y capacidad de actuación.” MIRÓ LLINARES, Fernando. Op. Cit., p. 22.

Na leitura de Miró Llinares, para a teoria funcional normativista de Jakobs, o que importa é a infração de dever e não o conhecimento do sujeito, pois é o dever objetivo que define a expectativa infringida e não o sujeito. A teoria de Jakobs de construção de um juízo puramente objetivo não leva em consideração a perspectiva individual para a atribuição de sentido social. Ibid., p. 31.

Llinares a imputação não é um juízo normativo de atribuição de responsabilidade penal, mas uma forma de constatação da causalidade física mediante a qual se pode atribuir os fatos ao seu autor. Por conseguinte, se configura a imputação não como conceito jurídico, mas como conceito ontológico naturalístico. Retorna-se, em uma involução dogmática, à doutrina ontológica de cunho naturalista. Agora, ao contrário, a teoria normativa de Jakobs proporciona uma evolução dogmática no sentido de maior garantia de segurança jurídica. O conceito de imputação é normativo e não ontológico. Rechaça-se, portanto, elementos não normativos para fundamentar a relevância penal de uma ação. Conclui Polaino-Orts que toda a concepção de Miró Llinares deriva do equívoco de se segregar imputação e processo de valoração (atribuição de sentido).<sup>9</sup>

Em divergência à imputação kantiana, o conceito funcional de imputação abrange a imputação normativa (infração de um dever), a imputação pessoal (o rompimento com o papel social assumido), a imputação social (defraudação de uma expectativa social) e, por fim, a imputação valorativa ou desvalorativa (atribuição de sentido social comunicativamente estabilizador).<sup>10</sup>

Sobre a imputação orientada pelo rompimento com o papel social assumido (imputação pessoal), tem-se que a doutrina funcionalista apresenta como pressuposto a teoria dos papéis sociais. Os seres humanos, portadores de um papel, se relacionam em um mundo social real. Em função do papel assumido, cada sujeito administra um determinado segmento da sociedade. O ponto de partida é o reconhecimento do papel que cada um exerce, ou seja, da posição que cada sujeito ocupa na realidade concreta.

Polaino-Orts esclarece que o papel social representa dois aspectos: 1. O formal, que se refere à etiqueta, à máscara implicada ao sujeito; 2. O material, que se orienta pelos direitos e deveres inerentes àquela posição no mundo social. Cada sujeito não consegue realizar uma gestão total do mundo social, mas tão somente uma parcela da realidade delimitada pelo conteúdo material (direitos e deveres) intrínseco ao papel que exerce.

O titular do papel se comporta como pessoa no Direito na medida em que consegue adequar seu comportamento ao rol de direitos e deveres atribuídos à sua posição social de maneira que atue de forma respeitosa com os demais. Ao romper com seu papel social significa que não realizou uma conduta adequada ao seu âmbito de organização de modo a

---

<sup>9</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Las cuatro caras de la imputación penal. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate**: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010.

<sup>10</sup> Ibid.



se separar de sua posição e, assim, romper com as expectativas sociais no interior das relações interpessoais.<sup>11</sup>

Para a teoria funcional, o titular do papel social dispõe de uma liberdade de atuação e de gestão em sua própria esfera de competência. Quando a organiza de maneira que resulte em uma lesão à esfera de organização alheia, defrauda a expectativa social. A violação à norma significa que houve a quebra da confiança social depositada no sujeito de modo a exigir que se avalie a sua reprovação social. Portanto, o rompimento com o papel social é a essência da imputação, bem como o fundamento que confere o caráter pessoal a ela. Uma sociedade que reconhece seus cidadãos como pessoas responsáveis procura conferir a liberdade suficiente para a gestão de seu âmbito de organização dentro de uma margem ampla de atuação.<sup>12</sup>

Em resumo, a imputação penal é definida como o desvio em relação à expectativa que compete ao portador de um determinado papel social. A imputação objetiva representa uma defraudação imputável das expectativas sociais sendo que a norma é compreendida como a orientação de condutas e como fundamento estabilizador destas expectativas.<sup>13</sup>

No que tange à imputação penal como atribuição de um sentido socialmente estabilizador, tem-se que cada sujeito é livre para adequar sua conduta às expectativas vinculadas a sua posição social. Todavia, na condição de ser social que administra adequadamente seu âmbito de organização, a sociedade o premeia conferindo-lhe confiança; mas, se a gestão afeta a sociedade, esta lhe imputa a responsabilidade. Decorre, então, que a imputação é um processo de comunicação social.

A função do ser humano como ser social é cumprir seu dever frente ao grupo que define o ser humano como ser mediado pelo social e a quem compete um papel. Este

---

<sup>11</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Las cuatro caras de la imputación penal. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate**: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010. p. P. 75.

Ao infringir seu papel, defrauda uma expectativa socialmente institucionalizada pela norma passível de reprovação.

<sup>12</sup> Ibid., p. 76

No mesmo sentido: PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

<sup>13</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Op. Cit., 2010. p. 76-77.

A problemática reside no fato de que os seres humanos não desempenham um único papel social. A multiplicidade de papéis pode ser dividida em dois grupos: 1. Os papéis comuns, os quais envolvem uma solidariedade mínima entre todos os cidadãos no mundo social; 2. Os papéis especiais que se referem à posição social concreta e determinada que o sujeito ocupa. Nesse âmbito, há os deveres de garante. Ibid. p. 79.

último é criador de liberdades na medida em que o sujeito é livre para organizar seu espaço, desde que respeite o âmbito de organização dos demais. O conceito de pessoa não é dado pela natureza, mas construído socialmente. O cidadão que cumpre seu papel e respeita a norma está respeitando a si mesmo como ser social e, ao mesmo tempo, demonstra a sua fidelidade ao Direito e o respeito aos demais. O papel como criador de liberdades significa que cria um âmbito de liberdade no qual o titular pode se sentir seguro já que se encontra imune às lesões provindas de âmbitos alheios de organização.

A concepção kantiana de imputação pretende separar em fragmentos todas estas qualidades da imputação penal como se fossem partes distintas de modo a recair num campo metafísico distante da vida real. Já a concepção funcional de imputação une todas as partes em um único conceito. Imputação é uma infração de dever, é o rompimento de um papel, é a defraudação de uma expectativa social e, por fim, é a atribuição de um sentido.<sup>14</sup> Por conseguinte, cumpre salientar que a imputação funcional apresenta rendimento efetivo à complexidade valorativa que envolve a fundamentação da proteção penal da vida humana já que não se atém ao campo puramente metafísico, mas estrutura a dogmática de acordo com a realidade concreta.

## 6.2 A estrutura dogmática de Günther Jakobs

O Direito Penal, por refletir a configuração da sociedade que gerou determinado sistema jurídico, apresenta como função garantir a identidade normativa desta configuração e contradizer o ato que negou a norma determinante desta identidade.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Las cuatro caras de la imputación penal. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate**: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010. p. 78.

<sup>15</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 1.

De acordo com Roxin: “*El daño a la vigencia de la norma, como JAKOBS caracteriza el delito, carece de todo contenido empíricamente aprehensible, pues es una pura adscripción. Un hecho no descubierto o incluso un robo descubierto pueden no desestabilizar la vigencia de la norma como hecho socio-psicológico. Tampoco el ladrón pretende poner en cuestión la vigencia de la norma, sino apropiarse de una cosa ajena. Con mayor motivo, en la imprudencia inconsciente, en tanto que fenómeno real, no se trata de un cuestionamiento de la norma, sino de la creación de un riesgo para un concreto bien jurídico.*” ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 15, oct. 2012. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>> Acesso: Jan.2018.

Jakobs ressalta que no plano empírico não é possível apreender o fenômeno da confirmação da identidade, pois esta não é uma consequência do processo, mas seu próprio significado. JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004. (grifo nosso).

Remete-se à concepção de Hegel, no sentido de se considerar que a pena não pode ser analisada de forma isolada, pois, se o for, ela passa a ser concebida como um mal e expressa uma sequência irracional de dois males.<sup>16</sup> É somente sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena como resposta que confirma a norma que se pode encontrar uma relação racional entre ambos.<sup>17</sup> Nas palavras de Günther Jakobs, “[...] a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outro modo: a pena é tão somente um meio para manter a identidade social.”<sup>18</sup> O direito penal como manutenção do sistema significa sua autocomprovação.

A funcionalidade da normatividade penal se relaciona com a segurança de expectativas mesmo diante da existência de âmbitos de liberdade. Ressalta-se que:

[...] a solução de um problema social por meio do direito penal tem lugar em todo caso por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade. **Portanto, é impossível separar o direito penal da sociedade** [...] existe uma **dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal**: cabe pedir ao direito penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social; do mesmo modo, o direito penal pode recordar à sociedade que deve ter conta em certas máximas que são indisponíveis.<sup>19</sup>

O delito significa uma rebelião contra a norma e a pena é uma reação contra esta rebelião.<sup>20</sup> O que é decisivo ao Direito Penal é a proteção da vigência das normas, as quais

<sup>16</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 3.  
Claus Roxin, em suas críticas, questiona: “[...] *por qué es necesaria la imposición de una pena y su cumplimiento? Pues, una desaprobación pública del hecho típico expresaría la contradicción de manera igualmente clara. [...] función simbólica en tanto que confirmación de la vigencia de la norma, en un sentido completamente hegeliano, como negación de la negación del Derecho, ha sido fuertemente criticado [...] le otorga la infracción de la norma para llevar a cabo un ritual de auto-reconocimiento de que las normas continúan vigentes se vuelve inverosímil, cuando no ridícula.*” ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 15, oct. 2012. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>>

<sup>17</sup> JAKOBS, Günther. Op. Cit., 2003.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid. p. 9. (grifo nosso).

De acordo com Gierhake, Jakobs apresenta a relação entre validade da norma e sua eficácia no sentido de que a norma não apresenta validade se é ineficaz frente à realidade cotidiana. Vigente é a norma que ainda opera efeitos sobre a orientação de ação. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018.

<sup>20</sup> JAKOBS, Günther. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI**: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005.

constituem a estrutura de uma sociedade. A pena é compreendida como uma contradição à desautorização da norma. E, por isso, o direito penal não assegura bens jurídicos, nem os repara, mas assegura a vigência da norma.<sup>21</sup> Para Jakobs, a proteção de bens jurídicos se obtém apenas como um reflexo.

Perante a concepção de bens jurídicos, pode-se questionar em que momento um bem passa a ser considerado bem jurídico: essa configuração se forma quando se tem um direito do titular que pode exigir que seu bem não seja lesionado. Todavia, o Direito se refere à relação entre pessoas. A tese de proteção aos bens jurídicos é insuficiente no plano teórico, pois o conceito de bem jurídico apenas demonstra uma relação negativa que existe entre as pessoas a de que ninguém deve lesionar os direitos dos demais. Dessa forma, o que é decisivo é o direito, e não o bem.<sup>22</sup>

As pessoas, na realidade social, são vinculadas por meio de normas e a capacidade de cumprimento destas é conferida a elas. Dirige-se às pessoas a expectativa de que suas condutas serão praticadas de acordo com as normas. Essa expectativa é denominada

---

Wolfgang Frisch aponta que conforme as concepções de delito como expressão de sentido (conceito de delito ideal, comunicativo ou expressivo), o foco da definição e compreensão do fato punível não está no ataque a um bem jurídico cuja proteção seria o fim do direito penal. O foco da compreensão de delito passa a ser a norma ou o ordenamento jurídico de normas que o comportamento do autor contradiz. Entender a essência do delito é verificar que este se concebe como um não reconhecimento ou um questionamento da vigência da norma, a qual fora violada. O bem se compreende como um menosprezo à norma ou ao ordenamento jurídico. Esta perspectiva atribui ao delito um determinado conteúdo de sentido. Afirma Frisch que “[...] *el hecho cometido por el autor debe ser contradicho (mediante la pena), pues implicaría un cuestionamiento de la vigencia de la norma que no podría quedar sin réplica o contra el que el Derecho debería defenderse o mostrarse como inquebrantable [...]. También cuando el agente no satisface a través de su comportamiento determinadas expectativas jurídicas cabe apreciar un cuestionamiento de la vigencia de aquellas normas que el sujeto, pese a que podía y debía, finalmente no cumple.*” FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 6, jul. 2014.

<sup>21</sup> Katrin Gierhake explica que a pena é a resposta dada à conduta que deve ser compreendida como um protesto contra a vigência de uma norma, isto é, como protesto às estruturas da sociedade. Portanto, quando a sociedade aplica a pena, nega conceber esta modificação em sua configuração. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018.

<sup>22</sup> O direito constitui um direito ao corpo ou a uma coisa, assim como o dever apresenta o conteúdo de não lesionar esse direito de modo a manter um estado de segurança nas relações sociais. JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

expectativa normativa.<sup>23</sup> Mesmo nos casos de violação dirigida à expectativa, esta é mantida e a conduta que a infringiu passa a ser considerada como sua defraudação.

Na perspectiva de Jakobs, por meio de um delito o autor comunica que o mundo deve ser configurado do modo como ele se comporta, ou seja, contra a norma. Entretanto, a estrutura normativa da configuração social não permite que esta comunicação perdure, combatendo-a com a previsão normativa penal e com a aplicação de uma pena, para que seja mantida a vigência da norma que fora fraudada.

Assim sendo, o fato delitivo se apresenta como marginalização comunicativa, no sentido de conferir um conflito em torno da configuração social. A pena, então, é uma resposta ao ataque do autor contra a estrutura normativa da sociedade e uma afirmação no sentido de que tal ataque não é determinante de maneira a prevalecer a configuração social: esta não admitirá modificações por causa da conduta delitiva, ou melhor, por causa da vontade do autor. Por conseguinte, a prevenção geral positiva deve ter a generalidade como a sua destinatária, deve confirmar a atitude de fidelidade ao ordenamento.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Pessoa é definida como sendo o titular de direitos e deveres, e só pode ser tratada enquanto pessoa na medida em que se conduza conforme à norma; “*se si comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo. Y lo mismo sucede con cualquier expectativa normativa: debe gozar en lo esencial de una base cognitiva, si se pretende que una persona acepte partir de ella.*” JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 143.

A pena mantém a estrutura da sociedade e esta estrutura não existe entre bens, mas entre pessoas. São estas que desempenham o papel de titulares de bens, ou melhor, de titulares de direitos e deveres. JAKOBS, Günther. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI**: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005. p. 49.

<sup>24</sup> Katrin Gierhake por adotar um embasamento valorativo *universal e a priori* ao direito positivo acaba por discordar da teoria funcional de Jakobs, pois, em um contexto de insegurança jurídica, determinadas condutas não seriam consideradas injustas. Se não há vigência fática da norma, não há quebramento mediante o delito e, portanto, não há pena como medida de estabilização normativa. Jakobs se mostra contra a punição dos autores do nacional-socialismo: a pena não é necessária para restabelecer a vigência da norma, pois esta não existia no momento de realização do fato. Assim, em um contexto de guerra civil, a debilidade de validade do Direito traz consigo e para si uma defraudação do ordenamento normativo que não pode ser mais defraudado mediante um delito concreto. Onde nenhum direito é vigente, o sujeito não pode opor-se em contradição à norma e, por conseguinte, não existe negação que deva ser superada pela pena. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018. p. 504-505.

É importante sublinhar que o autor de um delito continua sendo pessoa no Direito; seu vínculo jurídico não fora cortado, e por isso mesmo deve se submeter à pena. Ao se impor a pena ao delinquente, ele é tornado um ser racional. Jakobs, então, concebe o delito na condição de afirmação (de modo semelhante à ideia de Hegel sobre a afirmação da vontade do agente) e a pena como resposta, ou seja, é a negação à afirmação da vontade do agente.

O direito penal, portanto, mantém a identidade normativa da sociedade já que esta é constituída por meio de normas. Em um contexto de comunicação, constrói-se uma configuração social cujas normas irão determinar a identidade da sociedade.<sup>25</sup> Por isso, a proteção penal está relacionada à própria norma.

O estudo da configuração concreta da sociedade permite compreender o conteúdo das comunicações normativas. A sociedade possui um instrumental e o utiliza frente aos seus conflitos, como é o caso das condutas delitivas, “[...] de tal forma que os contrapesos

A discordância de Gierhake, na realidade, recai sobre a Filosofia do Direito de Hegel. Para ele, aquilo a que Hegel se refere como realidade do direito é abarcado de maneira insuficiente: se confere ênfase à validade fática de um ordenamento jurídico concreto, isto é, que se pode determinar historicamente. Hegel pensa ao tempo do direito, da razão e da realidade da razão; um direito sem razão não se refere ao conceito de direito. Os ordenamentos jurídicos irracionais são mera aparência de Direito. No sistema irracional, não há concordância entre o particular e o universal. Esta unidade é a realidade do Estado na condição de liberdade concreta. O ordenamento irracional não apresenta, portanto, a essência do conteúdo do Direito racional. A congruência entre o particular e o universal, na eticidade do Estado, somente deve ser alcançada por meio do conceito da razão, o qual une ambos em si mesmo. Hegel se refere à realidade objetiva do Direito a qual deve ser conhecida em absoluto e como algo universalmente válido. Somente assim, poder-se-ia falar de injusto e de sua alteração consciente por meio da negação superada pela pena. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018. p. 504-505.

Gierhake não concorda com o pensamento hegeliano, pois condutas como homicídio, tortura e violações sexuais, típicas de estados de insegurança jurídica, marcariam a imagem real da vida cotidiana do ordenamento jurídico em situação de crise e, por estarem inseridas neste contexto irracional, não contêm a contradição à validade da norma (ou seja, não configuram o injusto) já que representam o estado de validade real. Esta concepção desprezaria a razão humana universal que concebe a relação jurídica fundamental entre os sujeitos racionais como digna de ser conservada. *Ibid.*, p. 506.

<sup>25</sup> Pode-se ressaltar dois tipos de norma em uma sociedade: 1. Aquelas que se relacionam com o ponto de vista das ciências naturais e que formam uma base de comportamento vinculado a todos aqueles que lhe são acessíveis. Caso não se segue essas regras, fica-se à margem da sociedade moderna. Exemplo: na construção de uma casa se houver erros de cálculos a casa desmorona; 2. Aquelas construídas socialmente, as quais não se apresentam como leis naturais e, por isso, carecem de força para autoestabilizar-se. Não são dadas previamente. Pode-se dispor a elas subjetivamente no caso concreto. Exemplo: pode-se construir uma casa seguindo as regras de cálculos, mas em um lugar proibido pelo direito urbanístico (trata-se de uma falha volitiva isolada a qual não faz temer consequências per si negativas derivadas do comportamento). A vigência dessas normas se dá por meio de uma sanção, isto é, de uma pena imposta num procedimento formal. A sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 11-13.

deslocados voltem a equilibrar-se.”<sup>26</sup> A partir desta perspectiva funcional, essa força de autoconservação é a que prevalece.

Perante a funcionalidade do Direito Penal e a manutenção da identidade social se torna necessário compreender as relações subjetivas que ocorrem no sistema social. Na concepção de Jakobs, a subjetividade é medida pelo social.<sup>27</sup> O indivíduo em interação com a sociedade se delimita e se compreende como sujeito, pois uma subjetividade isolada é “[...] tão imaginável quanto outras coisas isoladas.”<sup>28</sup> O sujeito livre estará presente na medida em que seja determinante à autodescrição da sociedade.<sup>29</sup> As normas devem tornar possível a liberdade. O sujeito livre é o objeto e o princípio que formam o conteúdo principal do Direito Penal.<sup>30</sup>

A norma penal acaba por descrever as condições iguais de comunicação pessoal, ou seja, o outro também é reconhecido como pessoa em Direito. O delinquente é posto na condição de pessoa que, como igual, expressa um sentido que tem validade geral e que se vê contradito por meio da pena. Explica-se:

Esse **reconhecimento como igual** consiste numa adstrição: todo aquele que negue sua racionalidade de modo demasiado evidente ou **estabeleça sua própria identidade de forma excessivamente independente das condições de uma comunidade jurídica já não pode ser tratado razoavelmente como pessoa em Direito**, pelo mesmo não neste momento.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

<sup>27</sup> Ibid.

“[...] sem uma sociedade em funcionamento não há mais que uma acumulação causal de indivíduos humanos que, ao carecer de algo comum de caráter vinculante, não conhecem o mundo objetivo e por isso não podem transpassar o âmbito de suas respectivas percepções individuais [...]. Sem processo de comunicação não se geram sujeitos livres.”

A subjetividade não só é um pressuposto, mas também uma consequência da socialidade. Sem um mundo objetivo vinculante, não há subjetividade e vice-versa. Sobre a constatação empírica, seria errado contrapor as condições de constituição da subjetividade às condições de constituição da socialidade no sentido de liberdade e coletivismo. Ibid., p. 15.

<sup>28</sup> Ibid., p. 17.

Neste contexto, indaga-se quais as condições que se deve cumprir para que um indivíduo alcance a categoria de pessoa? Como resposta, Jakobs afirma que quem não tem possibilidade alguma de adquirir suficientes meios de subsistência dificilmente poderá respeitar como pessoa aquele que defende sua opulência, ao contrário, começará uma luta pelo seu reconhecimento.

<sup>29</sup> Ibid., p.14.

<sup>30</sup> Katrin Gierhake adverte sobre os princípios que identificam a pena como instituição política. Como pode aportar a persecução penal e a punição do injusto criminal o reestabelecimento das relações jurídicas pacíficas? A resposta a tal pergunta é fundamentada dentro de uma comunidade que foi organizada juridicamente a partir do conceito de direito suprapositivo, o qual tem por fundamento a liberdade do sujeito. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018.

<sup>31</sup> JAKOBS, Günther. Op. Cit., 2003. p. 46. (grifo nosso).

Em uma comunicação pessoal, estabelece-se que a relação entre indivíduos não se baseia apenas em suas próprias referências, mas perante regras que independem de preferências individuais. Estas regras são as normas sociais em sentido estrito: “[...] se se infringe, isso significa eleger uma configuração do mundo cuja tomada em consideração tenha exonerado o outro.”<sup>32</sup> Dessa forma, na comunicação pessoal, o indivíduo aceita o outro como ser igual a si mesmo e se vê como a vontade que é livre: “se concebe como um centro que já não se limita à administração das próprias referências.”<sup>33</sup> Só perante o outro pode-se compreender a si mesmo. As normas constituem a relação entre sujeitos de tal modo que englobam o mundo objetivo e determinam a comunicação independentemente das preferências de cada indivíduo.<sup>34</sup> Nesse sentido, o sujeito se concebe de modo mediado pelo normativo.

---

<sup>32</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 54.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 54.

Gómes Lanz seleciona o liberalismo e o comunitarismo como os principais modelos políticos que representam o vínculo material entre Filosofia Política e Filosofia do Direito Penal. Em sua análise acerca do comunitarismo, o autor compreende que o princípio da lesividade é substituído pela compreensão sobre a violação de deveres, sendo que a função do direito penal seria a punição de condutas que expressam uma imoralidade. No modelo político embasado pelo comunitarismo, a função da pena seria a de prevenção geral positiva, pois o fenômeno criminal é considerado como obstáculo ao desenvolvimento da comunidade. O fim ético-social e a moralização dos costumes orientam o direito penal, assim como o conceito positivo de liberdade se transforma na referência valorativa do direito penal: a liberdade como atuação livre dirigida a um fim moral. GÓMEZ LANZ, Javier. La filosofía del derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. **InDret**: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, julio/2018. p. 14.

Neste contexto, Gómes Lanz apresenta certa confusão ao analisar a teoria funcional de Jakobs e enquadrá-la no modelo político comunitário devido ao conceito de subjetividade construído a partir da socialidade. Compreende-se que Gómes Lanz realizou uma leitura equivocada a respeito da teoria funcional, pois uma característica marcante da dogmática jurídico-penal de Jakobs se refere à orientação pelo conceito de liberdade negativa: a não afetação ao círculo de organização da existência da liberdade alheia. A estrutura dogmática de Jakobs prioriza o sujeito efetivo, e, portanto, sua subjetividade como ponto de partida. A leitura sobre o conceito de subjetividade vinculado ao de sociabilidade não representa, de modo algum, uma vinculação entre direito penal e valores ético-morais de uma dada comunidade, ao contrário, distingue-se de sobremaneira, na teoria funcional, o aspecto de respeito externo às normas que estruturam a sociedade e a afinidade interna às mesmas. Gómes Lanz confunde a pretensão de estabilidade normativa, a qual visa efetivar a liberdade do cidadão por meio do ordenamento jurídico, com a estabilização de valores. Dessa forma, não há a mínima aproximação entre a teoria funcional de Jakobs e os aprisionamentos do direito penal à esfera moral da sociedade. Jakobs é coerente, no desenvolvimento de toda a sua estrutura dogmática, no sentido de distanciar a dimensão normativa das convicções morais dominantes em uma sociedade. Como comprovação deste equívoco interpretativo de Gómes Lanz, remete-se o leitor para o tópico a respeito do conceito de danosidade social para a teoria funcional.

<sup>34</sup> Do ponto de vista da sociedade não são as pessoas que fundamentam a comunicação pessoal, a partir de si mesmas, mas é a comunicação pessoal que passa a definir os indivíduos como pessoas. JAKOBS, Günther. *Op. Cit. Loc. Cit.*



### 6.3 Alteração do conceito de danosidade social frente à sociedade moderna estruturada a partir da liberdade individual

A dogmática jurídico-penal a partir da concepção metodológica de Jakobs não trata de uma sociedade ideal no campo do *dever ser*, mas da realidade social concreta que se apresenta diante de um dado sistema jurídico-penal. O Direito Penal mantém o modelo de sociedade (real) vigente e, por isso, carrega, em sua essência, as contradições e as assimetrias inerentes a tal modelo.

Em termos metodológicos, pôde-se perceber que a dogmática jurídico-penal de Jakobs reflete um retorno à concepção hegeliana, de acordo com a qual o processo de conhecimento não é prevalente ao objeto e, assim, o sujeito não é priorizado frente a este. Para Hegel, o pensamento filosófico se limita a contemplar o desenvolvimento próprio do objeto.<sup>35</sup>

Michael Pawlik afirma que esta construção metodológica exige a utilização de um conceito distinto de danosidade social o qual deve se relacionar com o abalo da norma na condição de conformação da estrutura da sociedade. Refere-se a uma violação de dever que lesiona outra pessoa. Esta, por receber a categoria de pessoa, afirma sua posição na sociedade e, senso assim, o conflito é um conflito social. Jakobs explica que a teoria dos bens jurídicos, primeiramente, concebe o delito como um fato contra outro sujeito – de maneira isolada – e, em um segundo momento, atribui o significado social a este fato.

---

De acordo com Katrin Gierhake, a pena, como instituto do direito, representa uma diminuição individual do status de liberdade que, em uma comunidade de cidadãos livres e iguais, não pode afetar o indivíduo que obedece aos interesses e às necessidades dos demais. O indivíduo deve poder compreender a pena como algo fundado precisamente conforme a lei da liberdade. Desta forma, Katrin Gierhake descarta as fundamentações que situam o indivíduo em um sentido funcional à garantia de um Estado ou da evolução da sociedade concreta. O pensamento funcional não corrobora a fundamentação jurídica da pena. Aqui, Gierhake realiza uma crítica à teoria de Jakobs. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018.

A concepção ideal, comunicativa ou expressiva do delito é criticada no sentido de reduzir o delito e a pena a um processo comunicativo entre autor do delito e Estado. Seria uma teoria “excessivamente unidimensional”, que ignoraria os aspectos da realidade social do delito. Estas concepções também recebem a objeção de que ignoram o sofrimento da vítima. FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, p. 7, jul. 2014.

Para Claus Roxin, “[...] cuando se separa el hecho típico de la realidad social y se disipa en una mera adscripción de significado se suprime la dimensión real de la criminalidad. De esta forma, no puede cumplirse la función de control del Derecho Penal.” ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 4, p. 15, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>.

<sup>35</sup> PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 35.

Todavia, o que se pondera por meio da teoria normativa de Jakobs é que o delito não apresenta o sentido de privação de qualquer meio de desenvolvimento do outro, mas sim o de uma perturbação da estrutura normativa da sociedade. A conduta que não apresentar tal sentido não é portadora de danosidade social.

Portanto, dano social consiste na contradição entre uma pessoa competente e a obrigatoriedade de uma instituição social – a norma.<sup>36</sup> O comportamento socialmente relevante absorve a estrutura normativa da sociedade em si ou permanece como um conceito parcial que deve ser, normativamente, complementado. No caso da conduta *matar* alguém, a proibição representa um acontecimento social organizado em estrutura normativa.

Nesse sentido, deve haver uma compatibilidade entre as concepções dogmáticas e a expectativa social no sentido de que a norma deve se conformar à estrutura normativa da sociedade. Tal estrutura está interligada à consideração da liberdade e não pode se isolar perante esta, sob pena de perda de racionalidade. Como bem afirma Jakobs, “[...] uma das metas dos tempos modernos é a liberdade, a liberdade tanto no que faz à organização da vida privada como da participação na vida política.”<sup>37</sup> Ou seja: “[...] no mundo moderno, uma sociedade livre e democraticamente organizada soluciona seus problemas de existência melhor do que uma que se fundamente na coação.”<sup>38</sup> Se a liberdade é colocada como uma das metas do tempo moderno, a estrutura normativa e livremente conformada da sociedade unicamente será real quando as pessoas se comportarem de maneira livre. Percebe-se que o conceito de danosidade social não pode se separar da estrutura normativa da sociedade embasada pelo próprio conceito de liberdade.

Assim, no setor dos crimes contra a vida, deve-se analisar o plano da conduta do agente e compreender se esta apresenta o significado de comunicar um verdadeiro enfrentamento à identidade social pautada pela liberdade ou ao contrário, se comunica uma consequência da própria liberdade de vontade do sujeito sobre sua própria vida ou corpo, sem significar uma negação ao Direito como exteriorização da liberdade. Ora bem, se a norma penal deve ser considerada em seu sentido social e não em um sentido de livre desenvolvimento de indivíduos isolados, resta prejudicado o preenchimento do conceito de danosidade social para a configuração do injusto referente às condutas de eutanásia ativa,

---

<sup>36</sup> JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

<sup>37</sup> Ibid. 107.

<sup>38</sup> Ibid.

homicídio a pedido, participação no suicídio e aborto consentido. A interpretação normativa que afirma o dano social em tais condutas restringe-se ao controle paternalista e moral à vida e ao corpo dos indivíduos de modo a retirar destes a possibilidade de livre desenvolvimento. Logo, equipara-se a norma ao delito quando se nega a liberdade do sujeito sensível na estipulação de diretrizes à sua vida e ao seu corpo.

A proposta de uma (re)orientação filosófica que embase uma nova racionalidade jurídico-penal aos crimes contra a vida resta fundamentada na colocação do sujeito efetivo como ponto de partida da dogmática no sentido de que se interprete o conceito de vida humana a partir da liberdade individual de seu titular de acordo com sua realidade concreta. Esta (re)orientação filosófica exige, portanto, a adoção da concepção de danosidade social desenvolvida pela teoria funcional.

#### **6.4 Injusto mercedor de pena como aquele indiferente ao momento concreto da existência da liberdade alheia**

De acordo com Michel Pawlik, o ponto de partida da dogmática jurídico-penal consiste na questão de saber “[...] se o Estado pode realmente intervir punitivamente e, caso puder, sob quais pressupostos, a fim de que lhe sejam tomadas em sério as implicações de suas interrelações teóricas.”<sup>39</sup>

Logo, na proposta de uma nova racionalidade jurídico-penal aos crimes contra a vida, já se pode afirmar que naqueles casos nos quais se configura a vontade do sujeito empírico em finalizar a própria vida, seja essa vontade expressa ou presumida, limita-se a intervenção punitiva do Estado contra o terceiro que efetivou tal vontade, pois, caso contrário, transforma-se o Direito em uma negação efetiva à liberdade individual. Portanto, para se evitar uma perda significativa de racionalidade no sistema jurídico-penal, deve-se analisar o conteúdo do injusto no setor dos crimes contra a vida, em concordância com a ideia de injusto penal como violação do dever de manutenção do ordenamento da liberdade, bem como com a ideia injusto mercedor de pena como um desrespeito ao momento concreto de existência da liberdade alheia.

Os conflitos penalmente relevantes não se manejam em um universo jurídico abstrato e indeterminado, mas em um espaço social concreto, em diversas formas normativas pré-

---

<sup>39</sup> PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012.

estruturadas.<sup>40</sup> Portanto, o direito à vida humana não cabe mais ser interpretado perante formas abstratas nas quais se pressupõe um mundo do *dever ser*, mas a partir do sujeito concreto em sua realidade material.

Pawlik assevera que a liberdade real dos indivíduos pressupõe uma condição de liberdade e a implementação desta condição deve se dar por meio de instituições, como o Estado. Da mesma forma, os cidadãos devem ter a responsabilidade de manutenção dessas condições reais de liberdade, pois “[...] quem se priva dessa responsabilidade ao realizar uma conduta típica, afeta o projeto comum da liberdade pelo Direito, rompendo com o dever de solidariedade e com o próprio papel de cidadão.”<sup>41</sup>

Nessa perspectiva, cometer um delito significa romper com o papel de cidadão: colaborar para a manutenção do ordenamento da liberdade vigente. A conduta considerada como delito acaba por afetar este dever de cooperação com os outros integrantes de uma dada sociedade.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 29.

<sup>41</sup> Ibid., p. 26.

Cometer um delito significa afetar a obrigação contra a própria comunidade jurídica, a qual se manifesta pelo prejuízo à pretensão de cooperação com o outro. Assim, essa determinação conceitual imediatamente suscita o questionamento do conteúdo preciso dessa pretensão de cooperação: sob que fundamento pode em absoluto um cidadão ser constrangido pela regulação de seu comportamento em vista do respeito à integridade dos interesses de outra pessoa, e em que medida esta responsabilidade é suficiente? Ibid., p. 35.

De acordo com Gierhake, Pawlik compreende o delito como lesão a um estado de liberdade concreta e real que somente pode lograr-se por meio do Estado: o cidadão particular tem o dever de manter este estado; se viola este dever, a pena é a resposta legítima a tal violação. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018. p. 506.

Para Katrin Gierhake, o injusto penal não pode ser corretamente definido como mera lesão ao bem jurídico nem como simples defraudação da norma e muito menos ainda como lesão a um dever de cooperar com o estado de liberdade por si mesmo.

<sup>42</sup> Enquanto a proteção de uma determinada orientação seria uma pura proteção moral, a proteção da competência de orientação é uma proteção do indivíduo em sua competência geral de interagir com os outros. Essa competência de interagir de modo regrado com outros é a competência do indivíduo como sujeito de Direito e com isso sua proteção resulta em uma tarefa legítima do Direito. A separação entre Direito e Moral é estabelecida da seguinte forma: [...] a lesão de outra pessoa adquire relevância jurídica e supera o puramente moral quando questiona a responsabilidade ou a subjetividade jurídica compreendida como competência de orientação do outro. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofia del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 51.

O delito é considerado culpável quando comunica uma configuração de mundo que pretender ser determinante. Na concepção funcionalista de Jakobs, o conceito de injusto se relaciona com a presunção de que existe uma expressão de sentido imperfeita.<sup>43</sup> Já o conceito de culpabilidade é responsável por separar o que é sentido e o que é natureza. Se não há culpabilidade, trata-se de natureza: refere-se às consequências do ser humano como ser natural, como ser emocional e não como participante na comunicação.<sup>44</sup>

No âmbito de uma perspectiva funcional-social, o Direito Penal só garante que se contradiga a expressão de sentido, provada num procedimento próprio de um Estado de Direito, que manifeste a carência de validade de uma norma. Uma expressão de sentido cujo conteúdo é imperfeito representa uma expressão de sentido que implica responsabilidade.<sup>45</sup>

Pawlik salienta a urgência que a moderna ciência do Direito Penal tem em elaborar uma nova configuração entre injusto e culpabilidade. A preocupação gira em torno das ponderações teóricas que realizam o juízo sobre a antijuridicidade conectado ao rol valorativo da norma e o juízo sobre a culpabilidade conectado à função de motivar conforme o prescrito no comportamento dos sujeitos de direito.<sup>46</sup> Dessa forma, é problemático considerar o conteúdo do injusto independente do juízo de culpabilidade por

---

Sobre a relação entre responsabilidade, capacidade de orientação e autorrepresentação (dever de respeito), Seelmann explica que ao amparo da capacidade de orientação, o Direito estende sua proteção à pessoa fora do âmbito das garantias tradicionais de liberdade de ação. A proteção abarca não somente a liberdade de vontade, como a capacidade de formação da própria vontade à luz da apreciação do mundo. Dentro da competência de orientação da liberdade de ação, esta se encontra adicionalmente protegida por requisitos subjetivos da possibilidade de ação. O objeto da proteção não é somente a liberdade pessoal, mas também a integridade do indivíduo. Quando se desmaterializa o objeto de proteção, alcança-se o limite do moralismo jurídico. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 54.

<sup>43</sup> Para os causalistas, o injusto seria apenas uma conduta causal que lesiona um bem jurídico. No viés finalista, acrescenta-se a este conceito o dolo. Com a imputação objetiva, a infração do padrão se torna um pressuposto da presunção. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 39.

<sup>44</sup> Ibid., p. 40.

Na concepção de delito comunicativo o requisito da capacidade de culpabilidade apresenta uma função elementar: somente quando o autor é capaz de culpabilidade, ou seja, quando pode compreender o proibido de seu comportamento e motivar-se conforme esta compreensão é que seu comportamento terá o significado de questionar a vigência da norma. Por conseguinte, compreende-se que se o autor não apresenta tal capacidade de conhecer o correto e de comportar-se conforme a norma, sua conduta não pode ser considerada como um questionamento da vigência da norma; neste caso falta ao delito o sentido do ato expressivo que nega o Direito. FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 7, jul. 2014.

<sup>45</sup> JAKOBS, Günther. Op. Cit., 2003. p. 45.

<sup>46</sup> Ibid.

meio da explicação da diferenciação entre normas de valoração e normas de determinação, pois o conteúdo destas normas pode ser o mesmo, apenas com uma roupagem distinta.<sup>47</sup>

A existência de um injusto merecedor de pena depende de que o autor seja indiferente a um momento concreto da existência da liberdade alheia. Para que haja tal merecimento, o autor deve tomar uma posição de modo que contrarie as exigências de colaboração com a comunidade jurídica. Nesta perspectiva, o ponto central do Direito Penal estaria no autor não disposto a cumprir os deveres de colaboração oriundos do papel de cidadão de acordo uma ordem jurídica dada.<sup>48</sup> O comportamento merecedor de pena é aquele que configura um injusto do cidadão. Por conseguinte, no momento em que se afirma o conceito de delito como contradição do autor com a vontade geral não há possibilidade de se considerar um injusto totalmente independente da culpabilidade.<sup>49</sup>

O comportamento que não preenche a categoria da culpabilidade retira o sentido do próprio injusto, pois não apresenta a característica de contradição: se o injusto não possui o

---

<sup>47</sup> PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 93.

<sup>48</sup> Katrin Gierhake afirma que o pensamento de Pawlik remonta a Welzel. As expectativas de estabilidade do ordenamento e do comportamento dos demais cidadãos devem ser asseguradas cognitivamente: um estado de normalidade jurídica requer a existência de um ordenamento jurídico abstrato. O cidadão deve poder estar seguro acerca do respeito à sua posição jurídica por parte de seus concidadãos. Pawlik conecta a compreensão do Estado realizador da liberdade, a partir do ponto de vista kantiano, com o desenvolvimento teórico referido à validade da norma, próprio da sociologia do Direito. Assim, fundamenta o direito de forma teórico-social. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018.

<sup>49</sup> Roxin expõe sua opinião segundo a qual, se houver esta equiparação, acaba-se por igualar questões materiais essencialmente diferentes. Explica-se: *Una cosa es que un comportamiento esté prohibido bajo pena como lesión de un bien jurídico y otra muy distinta que la infracción de esa prohibición esté castigada con pena en todos los casos. La prohibición o mandato jurídico-penal se dirige a todos los ciudadanos como llamada a comportarse conforme a Derecho y por esa razón debe separarse de la culpabilidad, porque todo hecho típico presupone que se ha informado a los ciudadanos sobre las prohibiciones y les han sido dadas unas pautas de comportamiento. Por lo tanto, la objeción de que nadie debería estar obligado más allá de su capacidad no es concluyente. El Ordenamiento jurídico puede y debe imponer deberes sin contemplar a la persona, mientras se preocupe de que nadie sea castigado solo por no poder cumplir adecuadamente su deber. El enfermo mental homicida también infringe la prohibición de matar. Simplemente, no puede ser reprochado por ello. La tesis según la cual no existe un injusto no culpable contraviene además de múltiples formas la ley.* ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 18, oct. 2012. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>> Acesso: Out. 2016.

significado de contradizer o direito não pode ser contradito pela pena.<sup>50</sup> A identidade da sociedade é ratificada pela pena, assim, se o injusto não comunica um questionamento a esta identidade a pena perde o seu próprio sentido. O ato do autor deve alcançar um sentido relevante para a comunicação. Esta é a tese central para o conceito funcional de culpabilidade.<sup>51</sup>

Como as expectativas se dirigem às pessoas, aos portadores de um papel, o requisito mínimo de uma frustração é a violação de um papel. A culpabilidade está relacionada, então, com o papel geral de cidadão fiel ao Direito. Para a concepção de Jakobs, portanto,

---

<sup>50</sup> A perturbação da vigência da norma tampouco se realiza através da natureza, mas por meio do sentido. JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004.p. 97.

<sup>51</sup> Id. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

Antonio Martins, a partir de sua concepção de culpabilidade como instituição social, apresenta uma crítica ao posicionamento de Jakobs. Afirma que não se pode partir apenas da ideia de liberdade negativa, pois a autonomia política é necessária à própria delimitação do espaço de liberdade jurídica. Segundo a compreensão de Antonio Martins, para Jakobs, o reconhecimento da validade da ordem normativa se separa da aceitação de seu conteúdo normativo atual. Em contraposição, Antonio Martins vincula o juízo de culpabilidade à autonomia política. Assim, a afirmação da existência de culpabilidade mesmo em regimes não democráticos (como pretende Jakobs) denota um vínculo meramente ético-social da culpabilidade no interior de seu sistema de modo a contrariar a própria definição de sistema como um contexto de juízos jurídicos. Jakobs prescinde explicitamente da ideia de discurso para fundamentar a legitimidade das normas penais, o que significa abstrair a sociedade da vida concreta de seus participantes e pressupor uma homogeneidade de raiz verdadeiramente autoritária. “Quem não tem fala, não pode ser forçado a ouvir.” O juízo de culpabilidade será tanto menos legítimo quanto menos desenvolvida a prática democrática. Seu momento de violência estrutural será expressão de violência ilegítima e não do reconhecimento do autor como cidadão responsável. MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In.: **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. Organização de Luís GRECO, António Carvalho MARTINS. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 389-404. p. 401-402.

O posicionamento de Antonio Martins se demonstra um tanto quanto simplista acerca da compreensão dogmática de Jakobs. O conceito funcional de culpabilidade de forma alguma pretende legitimar um modelo social autoritário. Jakobs parte da análise sobre a configuração social concreta marcada por intensas assimetrias sociais. Acreditar na construção normativa por meio de um discurso político-jurídico igualitário se torna um tanto quanto utópico, notadamente no contexto brasileiro. Em uma sociedade assimétrica em termos de desigualdades sociais e econômicas, não se consegue alcançar – efetivamente – o grau de participação na construção do discurso democrático que legitimaria a análise sobre culpabilidade. A descrição de Antonio Martins sobre a violência estrutural e o não reconhecimento do autor como cidadão responsável naquelas situações em que não houve a sua participação na construção – democrática – sobre o conteúdo normativo representa a descrição de uma sociedade ideal, no campo do *dever ser*. Todavia, não há verificação real de tal perspectiva e mesmo assim segue-se com o juízo de culpabilidade. A dogmática jurídico-penal de Jakobs alcança um rendimento notável à proteção da liberdade individual e não o contrário. Se Jakobs não parte de teorias sobre construção democrática ao juízo de culpabilidade, é porque tal construção não é real, na sociedade atual. O autor descreve o juízo de culpabilidade como ele *é*, ou seja, o que ele representa em uma realidade concreta. Isto não significa defender ou propiciar um modelo autoritário, mas constatar a realidade da configuração do Direito Penal e a partir desta realidade enfrentar os obstáculos à concretização das liberdades pessoais. O modelo ideal de Antonio Martins não alcança os reais problemas e, portanto, não encontra solução para tais obstáculos. Ademais, remetemos o leitor ao tópico referente à perspectiva de Welzel sobre a independência entre validade normativa e consciência individual, o que demonstra que esta constatação não é avaliada somente pelo conceito funcional de culpabilidade.

injusto sem culpabilidade é impunível. Se não há injusto sem culpabilidade, a afirmação de que a diferenciação da motivação foi o que levou o agente a contradizer o Direito pode ser realizada no plano do próprio injusto, em específico na categoria da ilicitude. Apenas se pode configurar em um injusto merecedor de pena se ao invés de representar uma afetação de um interesse de liberdades individuais, representa uma ofensa ao ordenamento existente juridicamente constituído da liberdade.<sup>52</sup>

Pois bem, um comportamento cujo conteúdo comunicativo não significa a negação do Direito não é antijurídico, não é culpável e, portanto, não apresenta merecimento de pena, pois é irrelevante ao júízo penal. Pretende-se estabelecer a compreensão sobre o comportamento na condição de idôneo para questionar as estruturas de expectativas vigentes e, assim, considerar o injusto penal culpável como a lesão do dever de colaborar com a manutenção do ordenamento da liberdade estabelecida. Essa ordem existente se manifesta nas possibilidades reais de outras pessoas concretas. “Por isso, a atitude do cidadão particular em relação às exigências da generalidade encontra sua manifestação no modo de atuação das expectativas de integração de outras pessoas que se veem afetadas em concreto pelo seu agir.”<sup>53</sup>

Portanto, no que se refere aos crimes contra a vida que envolvem a vontade expressa ou presumida do sujeito empírico, deve ser analisado se há comunicação de uma indiferença ao momento concreto da existência da liberdade alheia ou se, ao contrário, ocorre uma efetiva colaboração em tornar concreta esta existência da liberdade. Parece que

---

<sup>52</sup> PAWLIK, Michael. Teoria da Ciência do Direito Penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo, LiberArs, 2012. p. 26.

Em um conceito de Direito e de Estado da liberdade não é o jogo da vida mas a própria vida que deve ser regulada. O ponto fundamental é a prática humana real, não um rol que se idealizou para uma peça. Tanto em Kant quanto em Hegel, a razão e a realidade encontram uma unidade no sujeito racional e finito por meio de seu atuar prático. Enquanto uma compreensão do direito meramente instrumental concebe a realidade da vigência como um elemento adicional, a razão prático-jurídica é precisamente a que se comprova por si mesma na prática. É por isto que a convicção do cidadão não instrumental que busca Pawlik sempre esteve presente na autoconsciência do indivíduo. O pressuposto de estabilidade é o sujeito como ser prático da razão que se encontra no universal, isto é, a estrutura concreta da constituição do Estado – os pilares da liberdade pública – deve ser a forma realizada da liberdade geral. Portanto, a identidade social vivida se encontra na vigência real – o cidadão quando viola o dever de cooperar com a manutenção do estado jurídico da liberdade, viola a existência concreta desta liberdade de modo a representar uma lesão ao universal. O direito penal se relaciona com o estado jurídico constituído. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: Out.2018.

<sup>53</sup> PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 106.



a resposta se encontra na segunda afirmação e, assim, não há configuração do próprio injusto penal.<sup>54</sup>

Se o fundamento da norma ou do Direito se encontra no próprio conceito de liberdade, compreende-se que a conduta de homicídio<sup>55</sup> cometido de forma arbitrária representa uma real afetação à liberdade alheia. Todavia, nos casos de homicídio a pedido e eutanásia ativa não se efetua um desprestígio à liberdade do sujeito empírico, mas, ao contrário, se efetiva sua liberdade de vontade. Tais condutas não se configuram na qualidade de injusto penal porque não afetam o círculo de liberdade alheia, não rompem com o fundamento do direito pautado na liberdade humana e não representam uma negação ao ordenamento que exterioriza a liberdade; ao contrário, tais condutas efetivam a liberdade do sujeito real.

Dessa forma, ao se interpretar a norma em torno do homicídio e considerar tais condutas como injustos penais merecedores de pena, nega-se o próprio fundamento do direito a partir da liberdade. Se a interpretação normativa que reprime a manifestação concreta da liberdade a partir da consideração do sujeito sensível nega o ordenamento da liberdade, ela não pode ser considerada *legítima*. Para afirmar uma falsa legitimidade delimita-se o fundamento do direito tão somente em um conceito abstrato de liberdade pensada a partir da pessoa moral. Aprisiona-se o direito penal a valores ético-sociais os quais reprimem as verdadeiras manifestações de liberdade.

---

<sup>54</sup> Pawlik considera um equívoco da concepção kantiana não considerar o pressuposto da estabilidade do direito não coercitivo. Segundo ele, Hegel superou este erro por meio do conceito de eticidade. Reconheceu a reciprocidade entre comunidade liberal fundada no bem-estar e na lealdade de seus cidadãos. Kant não teria conferido importância à circunstância de que um ordenamento jurídico não é somente uma ordem de normas coercitivas, mas sim uma ordem de vida social. Para Pawlik, o equívoco de Kant pode ser compensado a partir da referência à realidade. O delito ataca o estado jurídico que, além de ser um estado jurídico constituído pela liberdade, também deve ser referido ao tempo de sua identidade social que vive por meio da validade normativa real. O delito representa, portanto, um injusto frente à comunidade jurídica como um todo. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: Out./2018. p. 506.

De acordo com Katrin Gierhake. Pawlik teria realizado uma interpretação equivocada sobre Kant, pois em sua teoria a universalidade é aquilo que se caracteriza ao ser humano como sujeito de direito autônomo. Desse modo, aquele ser que produz a relação entre o si mesmo e o universal, por meio da razão prática, está em condições de criar uma comunidade que corresponde à universalidade. Neste sentido, Hegel se apropriou dessa perspectiva para afirmar que a partir da vontade livre se dá existência ao direito. Apropriou-se, portanto, de um pensamento essencial de Kant e o reformulou em seu sistema de eticidade. O pressuposto de estabilidade do direito não coercitivo, imprescindível à convicção de juridicidade não instrumental que Pawlik pressupõe como razão do Estado liberal, não poderia ser pensado sem Kant. *Ibid.*, p. 506.

<sup>55</sup> Quem ataca os elementos concretos da liberdade do outro, por exemplo, por meio de uma lesão pessoal – homicídio – modifica o núcleo do direito por um núcleo do injusto e se orienta por ele. Orienta-se contra o princípio do direito, qual seja: a liberdade. GIERHAKE, Katrin. *Op. Cit.*, 2017.

Considerar as condutas de homicídio a pedido e eutanásia ativa como manifestações concretas de liberdade, exige pensar a vida a partir do sujeito real, sensível. Todavia, conferir a qualidade de racional a tais condutas depende do rompimento de obstáculos impostos à concreção da liberdade humana, ou seja, deve-se retirá-la do plano abstrato e assumir uma libertação do direito penal frente aos aprisionamentos morais, religiosos e ético-sociais.

O homicídio a pedido e eutanásia ativa são condutas que se relacionam, essencialmente, com inclinações a impulsos naturais: notadamente, o impulso de morte como expressão de liberdade à dor, ao sofrimento e à angústia. Contudo, para o conceito abstrato de liberdade, tanto no sentido kantiano quanto hegeliano, a inclinação aos impulsos naturais representa a própria negação da liberdade humana e, portanto, um ato *irracional* merecedor de pena.

Para se pensar a vida humana a partir da liberdade, exige-se uma inversão desta racionalidade. O homicídio a pedido e a eutanásia ativa não poderiam ser equiparados à conduta arbitrária de homicídio, pois não possuem o sentido comunicativo de negação à liberdade humana e não representam um desrespeito ao momento concreto de existência da liberdade alheia. Podem significar um ato irracional do o ponto de vista moral e ético-social; mas, na realidade concreta, efetivam a manifestação da liberdade de vontade do sujeito sensível sobre sua própria vida e corpo. Logo, aquele indivíduo que efetiva esta manifestação não rompe nem nega a liberdade como fundamento do direito, pois não interfere de forma arbitrária contra o círculo de organização alheia, ao contrário, o realiza de acordo com a liberdade do sujeito sensível.

Ademais, as condutas de homicídio a pedido, eutanásia ativa e participação no suicídio, inseridas em um contexto de intensa dor e sofrimento, expressam a própria liberdade de vontade se esta for analisada como plena satisfação das necessidades humanas. Por conseguinte, a partir desse conceito de liberdade, o ato não possui a qualidade de irracional. Por serem expressões reais e concretas do sujeito sensível, a interpretação normativa que as proíbe e as concebe na condição de injusto penal se demonstra aprisionada ao moralismo jurídico. Se a sociedade é estruturada em torno de valores ético-sociais que glorificam a dor e o sofrimento, de maneira a colocá-los como sentimentos de nobreza humana e de elevação moral, então, a interpretação normativa acerca da vida humana para refletir esta estruturação e legitimar a repressão de condutas que expressam a liberdade concreta do sujeito sensível - em seu próprio âmbito de

organização - necessita de uma fundamentação metafísica para embasar a proteção penal da vida humana.

Contudo, defende-se que uma interpretação normativa que não parte da análise das condições concretas e reais de liberdade do sujeito sensível não pode ser considerada legítima, pois ela mesma nega o fundamento do ordenamento jurídico de modo a se equiparar ao próprio conceito de delito.

Em suma, as condutas de homicídio a pedido, eutanásia ativa e participação no suicídio expressam a manifestação concreta de liberdade de vontade do sujeito empírico não sendo indiferentes ao momento concreto de existência da liberdade alheia.<sup>56</sup> Portanto,

---

<sup>56</sup> De acordo com Gierhake, o comportamento que lesiona a liberdade na relação entre autor e vítima é de importância universal posto que a relação jurídica – no começo íntegra dos sujeitos da razão – configura o núcleo do âmbito comum do direito e o princípio de sua integridade, por isso, reconhece a liberdade alheia de maneira universal e, assim, como o fundamento da validade do direito. Na realização do injusto penal culpável, a autodeterminação do sujeito fracassa sobre o plano da relação consigo mesmo (o *Eu* pensado a partir do universal) assim como fracassa na relação de interpersonalidade imediata (autor-vítima) e também sobre o plano das relações jurídicas constituídas e instintualizadas. A pena rebate esta lesão ao direito e reafirma sua legitimação. Opera na relação interpessoal, bem como na relação de universalidade de modo a restituir a validade do direito. A negação ao direito não pode existir como o irracional que se tornou real, por isso, não pode apresentar nenhuma pretensão de validade. A pena como racional se afirma na condição de real para superar a negação do autor. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: Out.2018.

O conceito de injusto como contradição da vigência do direito exige o preenchimento de três planos: o da relação jurídica interpessoal, do direito estatal constituído universalmente e o da relação do autor consigo mesmo (plano da culpabilidade). Preenchidos tais níveis, afirma-se a necessidade de superação do ato irracional por meio da pena racional e, portanto, real. *Ibid.*, p. 511.

Ao projetar esta perspectiva ao homicídio (*matar alguém*), deve-se apresentar o sentido comunicativo de afetação à relação jurídica interpessoal (há uma efetiva negação absoluta do sujeito ao arbítrio de outro), ao direito constituído universalmente (atinge-se a legislação universal da proibição do homicídio) e manifestação irracional da relação do autor consigo mesmo. Gierhake afirma que, para o conceito de injusto construído a partir da noção de contradição à vigência do direito, análise deste conteúdo deve ser realizada para se compreender a necessidade ou não de superação da conduta praticada por meio da pena. Ora bem, não nos parece que as condutas de homicídio a pedido, eutanásia ativa e participação no suicídio representam o conteúdo comunicativo destas três fases de preenchimento do injusto penal, expostas por Gierhake. A decisão do sujeito não comunica o desprezo ao outro e não nega o direito cuja origem está em sua própria vontade.

Dessa forma, se se considera que tais condutas preenchem o conteúdo de injusto penal, bem como são merecedoras de pena, o fundamento metafísico reside no julgamento de que a decisão de finalizar a própria vida e a intervenção de terceiros para efetivar tal vontade representam atos irracionais (em termos morais) que devem ser contraditos pela pena na condição de resposta racional que se afirma como real.

não apresentam o significado de injusto penal merecedor de pena, pois não há violação de dever perante a colaboração com a manutenção do ordenamento da liberdade.<sup>57</sup>

### 6.5 Ausência de materialização do injusto no âmbito dos crimes contra a vida nos casos em que não se configura a atribuição pela afetação na organização alheia

O significado do injusto está interligado a sua posição no contexto social. Logo, faz-se necessário compreender a expressão de sentido do próprio injusto para se definir os limites da intervenção punitiva.<sup>58</sup> Essa expressão de sentido não pode ser determinada levando-se em consideração apenas a relação entre um indivíduo isolado e uma norma, mas a partir da referência às pessoas de modo a atender as regras de uma específica socialidade. Esta hipótese se desdobra em algumas proposições. Diante da igualdade formal entre as pessoas, compreende-se que todos – nesta referência - podem reclamar a relação de liberdade de comportamento nos limites do risco permitido. O injusto relevante ao âmbito jurídico-penal deve ultrapassar tais limites. Essa primeira proposição envolve

---

<sup>57</sup> A característica essencial do injusto penalmente relevante consiste na desfiguração própria do sujeito que atua e lesiona a relação interpessoal com outros tal que a importância de ser igual ao outro e, com ela, a validade do princípio jurídico universal da liberdade para todos se questiona. [...] O sujeito faz da lesão externa da liberdade uma máxima da ação irracional e, portanto, afirma o irracional como se fosse sua própria razão. O direito vigente é atacado mediante esta conduta em duas formas: primeiro, como direito do indivíduo ao reconhecimento de seu *status* de liberdade; segundo, como direito de todos que generalizaram a ideia de reconhecimento e que desenvolveram o ordenamento jurídico sobre esta base. [...]. Dessa forma, a lesão ao bem jurídico é a forma de lesão ao reconhecimento que se pode efetivar externamente e, desse modo, a afirmação de que a conduta seja proveniente de um ser racional exige um ataque à validade universal do direito. GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: Out.2018. p. 497.

<sup>58</sup> Wolfgang Frisch tenta complementar a noção de delito como expressão de sentido no que se refere à necessidade de conceber uma concretização, um conteúdo operativo ao conceito comunicativo de delito. Salienta, ainda, que a observação de uma perspectiva social e, também, da vítima é importante para que se possa encontrar a medida para a pena. Desse modo, Frisch indaga se é necessário substituir o conceito tradicional de delito por uma nova concepção de delito como a comunicativa, e responde de forma afirmativa. A concepção de delito como expressão de sentido se faz necessária no contexto da sociedade atual. A preocupação reside, portanto, em compreender a maior ou menor dimensão do questionamento da norma de comportamento típica infringida que se expressa no delito, e conferir uma pena correspondente a esta dimensão. Assim sendo, Frisch complementa a ideia de delito como expressão de sentido por meio dos requisitos jurídico-constitucionais na configuração do conceito de delito. Neste contexto, ressalta-se que a interferência do Estado nos direitos da pessoa somente pode se afirmar quando for necessária para a consecução dos fins estatais importantes: o recurso a pena é para confirmar a vigência da norma e a manutenção de sua força vinculante, mas este recurso deve estar sujeito à reserva da necessidade. Por conseguinte, “[...] o conceito de delito deve conter um ponto de advertência ou uma categoria que garante a seleção de todos os pressupostos do conceito de delito frente à configuração expressa da vigência da norma por meio da pena.” FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, p. 23, jul. 2014.

relações entre pessoas responsáveis no sentido de se entender o mundo configurado responsabilmente e, portanto, confiável em termos de organização. Por fim, compreende-se que a comunidade, para reconduzir a responsabilidade àquele que se comporta incorretamente, deve abarcar o próprio comportamento incorreto.<sup>59</sup>

Distinções devem ser consideradas no interior do próprio injusto penal no que tange às diferentes condutas que podem se configurar frente à mesma norma penal. Jakobs pondera qual é a legitimidade de um tratamento desigual perante condutas desiguais, sendo que ambas infringem a mesma norma. O autor responde tal questionamento por meio do conceito de subjetividade configurado na relação entre autor e vítima em torno da perda de legitimação à exigência de proteção naqueles casos em que a própria vítima renuncia à autoproteção.<sup>60</sup>

Em um retorno à concepção hegeliana, a subjetividade encontra-se na relação de reciprocidade e reconhecimento frente ao outro. Nesse contexto, uma pessoa somente é considerada como pessoa em virtude de outra pessoa. A proibição de desrespeitar o outro se reduz à proibição de abandonar o rol de pessoa.<sup>61</sup> Remonta-se à seguinte ideia hegeliana: quem é pessoa respeita os demais como pessoa.

Ademais, ser pessoa significa representar um papel perante a configuração social. É a representação de uma competência socialmente compreensível. A subjetividade de um ser humano é acessível sempre por meio de manifestações, isto é, de objetivações que são interpretadas no contexto das demais manifestações concorrentes.<sup>62</sup>

Parte-se da análise do conceito hegeliano de pessoa para verificar a validade da justificação perante o homicídio a pedido e a participação no suicídio. Hegel encontra a liberdade somente no público-geral, justamente na ética, e não na esfera das relações fundamentais privadas que, se bem formam o indivíduo, são causais no público; pois é a determinação dos indivíduos de levar uma vida geral.<sup>63</sup> Todavia, Jakobs acredita que esta

---

<sup>59</sup> JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004. p. 86.

<sup>60</sup> Ibid., p. 95. (grifo nosso).

<sup>61</sup> Ibid., p. 92.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Id. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003. p. 32.

Organização alheia deve ser entendida como a estruturação da conduta ou do comportamento segundo aqueles modelos indicados a partir de uma pessoa diferente daquela do autor do fato. Ibid., p. 34.

consideração de Hegel não se enquadra na configuração atual da sociedade moderna, pois tal configuração comporta, em sua base, uma estruturação individualista.<sup>64</sup>

Os seres humanos configuram o mundo e nesta organização não devem sofrer lesões os demais. Esta relação fundamentalmente negativa constitui a pessoa no direito abstrato. Além do mais, os seres humanos vivem em um modelo social configurado concretamente por meio de instituições e devem desempenhar papéis sem os quais estaria em perigo a existência das instituições irrenunciáveis.<sup>65</sup>

Por conseguinte, a interpretação do comportamento deve ser realizada com referência ao sujeito efetivo para se alcançar uma compreensão do contexto de comportamentos e do sistema de normas determinante. Esta análise permite demonstrar o significado vinculante que o injusto apresenta. “Se se quer que esse padrão (que demonstra o significado do injusto) crie ordem, este não pode assumir o caos da massa de peculiaridades subjetivas, ao contrário, deve orientar-se a base de funções, estruturas objetivas.”<sup>66</sup>

Deve-se diferenciar as relações negativas das relações positivas, no interior do sistema social, e averiguar as responsabilidades penais que decorrem desta diferenciação. A expectativa juridicamente garantida não é vazia de conteúdo. Este pode ser dividido em dois aspectos: 1. Sob as relações negativas; 2. Sob as relações positivas. Perante qualquer pessoa, há a expectativa de organização no sentido de que seu círculo de organização não produza danos para os círculos de outras pessoas. Estes são concebidos de forma separada para que um não deteriore o do outro.<sup>67</sup> Pois bem, tais afirmações de Jakobs se referem à formação das relações negativas entre as pessoas, isto é, entre estas existe a expectativa de que uma não perturbe o círculo de organização da outra.

No que se refere à relação positiva, Jakobs demonstra que essas relações apresentam como conteúdo o dever de uma pessoa de melhorar o *status* da organização de outra, ou o *status* de uma instituição do Estado.<sup>68</sup> Existem mandados voltados a todas as pessoas na situação em que estas devem retirar sua organização quando resultar em ameaça ou lesão

---

<sup>64</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003. p. 35.

<sup>65</sup> Ibid., p. 39.

<sup>66</sup> Ibid., p. 95.

<sup>67</sup> Id. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri: Manole, 2003. p. 1.

Ricardo Robles Planas. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **InDret**: Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, octubre de 2013. Disponível em: <http://www.indret.com/es/>. Acesso em: outubro de 2018.

<sup>68</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri: Manole, 2003.

às outras. Assim sendo, na relação negativa verificam-se os deveres estipulados à função geral do cidadão; e, na relação positiva, encontram-se os deveres especiais, ou seja, os deveres dos titulares de um *status* especial.<sup>69</sup>

A partir da concepção de uma sociedade de liberdades, de uma sociedade que encarrega os cidadãos da configuração do comportamento desde que esse comportamento não gere consequências danosas, tem-se que a liberdade de escolhas de comportamento resulta em uma correspondente responsabilidade pelas consequências destas escolhas.<sup>70</sup> Portanto, compete à liberdade de comportamento a responsabilidade pelas consequências, pois se assim não fosse a convivência social seria impossível. Cada pessoa é, então, garantidora de sua conduta.

Deve-se demonstrar a existência de uma intervenção também no âmbito da comissão. Do mesmo modo que o delito de omissão só poder ser cometido por uma pessoa competente, ou seja, por um garantidor, o delito de comissão só pode ser cometido por uma pessoa que se conduz gerando um risco não permitido.<sup>71</sup> Desse modo, como consequência da normatização do conceito de comportamento, cabe ao delito de comissão à imputação por violação de deveres, ainda que materialmente sejam deveres relacionados a não lesionar outra pessoa por conta da configuração da própria organização.<sup>72</sup>

Pois bem, projeta-se esta racionalidade jurídico-penal à orientação dogmática dos crimes contra a vida como uma forma de se retirar os obstáculos epistemológicos que impedem considerar a vida humana a partir da liberdade pessoal perante o contexto do sujeito empírico.

---

<sup>69</sup> Acrescenta-se, ainda, que as relações positivas podem apresentar-se sob a forma de proibições (esta não é característica apenas das relações negativas): proíbe-se ao sujeito obrigado que faça abdicação de sua capacidade para cumprir seu dever. Do mesmo modo, as relações negativas podem se configurar enquanto mandatos, concretamente, quando é necessário um mandato para evitar ou cessar a lesão de uma organização alheia. JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri: Manole, 2003.

<sup>70</sup> Ibid., p. 6.

Na perspectiva de Jakobs, as pessoas têm liberdade em seu círculo de organização: “[...] estão autorizadas a excluir qualquer outra pessoa dessa organização, a única preocupação seria a não produção de danos no círculo de outrem, e caso este ocorra configura-se uma responsabilidade por tais danos. Esta preocupação na não produção de danos não se limita ao âmbito do agir, mas também em condutas omissivas: Jakobs cita, como exemplo, o caso em que quem assume uma propriedade deve se preocupar que desta não emanem riscos para outras pessoas. Pergunta-se: a quem incumbiria a prevenção de danos, se não ao único autorizado para levar a cabo a organização, vale dizer, o proprietário ou o titular? Neste sentido, Jakobs complementa que, nos deveres que apresentam o conteúdo de configurar a organização própria sem produzir danos a outrem, pode-se concorrer vários círculos de organização no que se refere à competência. Assevera-se, ainda, no âmbito da relação negativa, que o sujeito que está obrigado pelo dever negativo não pode permitir que ocorra um prejuízo à liberdade alheia.” Ibid.

<sup>71</sup> Ibid., p. 56.

<sup>72</sup> Ibid., p. 56.

A conduta de homicídio, *matar alguém*, se configura como injusto penal no contexto da atribuição de responsabilidade pela organização lesiva aos deveres fundamentados institucionalmente.<sup>73</sup> Ora bem, torna-se um tanto quanto incoerente equiparar condutas essencialmente distintas sob a mesma proibição normativa. Desse modo, cabe questionar a possibilidade de conferir a mesma valoração para condutas que se referem ao homicídio a pedido e às tipologias de eutanásia de maneira a submetê-las à mesma proibição normativa: Art. 121, Código Penal; ou, se o enquadramento dessas condutas na previsão do Art. 121, §1º, Código Penal é suficiente para abarcar a complexidade do assunto. É imperativa uma (re)orientação acerca da racionalidade jurídico-penal que responda negativamente a tais questionamentos.

Se a autodestruição não apresenta o significado de injusto, uma racionalidade jurídico-penal coerente e lógica iria transferir esta afirmação para os casos de participação e de heterolesão com consentimento a próprio risco do lesionado, pois tais condutas não representam uma lesão cuja produção se ocasione pela interferência no âmbito de organização de outrem. Ao contrário, constituem uma auto-organização conferida por pessoa responsável que vulnera um bem pessoal. Trata-se de uma forma de modelar a própria vida tanto de forma pessoal quanto por meio de uma divisão de tarefas com outras pessoas.

Assevera-se que, apesar desta constatação ser evidente, se for analisada de acordo com a estrutura da sociedade moderna, o Direito não conseguiu acompanhá-la. Proíbe-se o homicídio a pedido da vítima e estipulam-se limites significativos em relação ao consentimento perante lesões (até mesmo porque no âmbito da medicina imputa-se ao médico a posição de garante no que tange à responsabilidade pelo resultado diante de uma intenção suicida).

Há no contexto brasileiro a tipificação da conduta de participação no suicídio.<sup>74</sup> Percebe-se que o antagonismo entre a realidade e a moralidade é absorvido pelo Direito positivo de modo a demonstrar um conflito em torno da autoconsciência da sociedade. A

---

<sup>73</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003.

No contexto do liberalismo clássico, o Direito é considerado como externo e a moral como a esfera interna. Para o Direito são condutas constitutivamente relevantes as ações externas de ingerência direta na esfera jurídica alheia e não os motivos internos. Hoje, observa-se uma dissolução desta limitação. Tem-se a proteção da integridade e identidade do indivíduo em sua particularidade. SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofia del derecho y derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 54.

<sup>74</sup> No contexto alemão, a participação no suicídio não se constitui como injusto já que há ausência de fato típico. JAKOBS, Günther. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p.396.



razão que encoberta a consideração de tais condutas como injustos penais reside, exclusivamente, no medo difuso de não poder assumir tais comportamentos por meio de argumentos racionais.

Pode-se observar a perda de racionalidade, de modo notável, na equiparação do homicídio a pedido da vítima a qualquer outra conduta de homicídio; pois, dessa forma, caberia afirmar que a pessoa que formula o pedido também tem participação no comportamento devido à sua vontade expressada por meio do requerimento, de maneira a ser imputável pela sua própria morte. Para camuflar tamanha irracionalidade, questiona-se a vontade do sujeito sensível no que tange à sua liberdade de vontade, já que tal liberdade é anulada quando o sujeito se entrega aos impulsos naturais, como o impulso de morte sob o aspecto de necessidade de fuga de uma situação de sofrimento à qual aquele sujeito específico não deseja se submeter. O sistema moral não admite esta fuga, transformando a vontade do sujeito em algo irracional. Uma conduta não livre não é culpável. E, por isso, ao sujeito não seria imputável a sua própria morte. Todavia, o que aqui se pondera é que esta fundamentação metafísica tão-somente oculta a irracionalidade penal, não a soluciona.

O injusto que configura os crimes contra a vida consiste na atribuição de responsabilidade pela afetação ao âmbito de organização alheia. Diante da racionalidade jurídico-penal, desenvolvida por Jakobs, é impossível que haja injusto quando a própria pessoa que tem direito de atuar em seu âmbito de organização participa de maneira imputável. Nesse caso, não se poderia atribuir responsabilidade a terceiros que atuem por pedido da própria pessoa.<sup>75</sup>

A vontade ou a atuação a próprio risco impede a configuração de um injusto porque priva a organização alheia do elemento de atribuição. Para Jakobs, o Direito positivo deve lidar com a pessoa real - campo do *ser* - antes de analisar a pessoa do *dever ser*. Até mesmo porque *verdade, objetividade e moralidade* não são administradas desde a vinculação pública na configuração social moderna.<sup>76</sup>

Resta evidente que na conduta referente ao homicídio a pedido, o sujeito que o deseja confere razão ao impulso determinante de sua própria morte. Portanto, não se

---

<sup>75</sup> JAKOBS, Günther. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p. 396.

<sup>76</sup> Ibid., p. 396

Há limites no que se refere à consideração do consentimento. Este é somente uma modalidade de fundamentação da competência da vítima em relação a sua lesão. Trata-se da atuação a próprio risco que tem efeitos justificantes se a finalidade estiver relacionada de modo adequado à magnitude do risco. Se a relação é desproporcional, segue havendo heterolesão punível.

configura o injusto penal em relação à lesão da pessoa posto que falta uma atribuição pela interferência na organização alheia.<sup>77</sup>

É insuficiente a definição de autolesão apenas pela característica de que quem sofre a lesão é quem deu causa por meio do seu próprio comportamento com o qual se produziu o resultado.<sup>78</sup> O decisivo é quem tomou a decisão acerca da realização ou não de determinada conduta. As concepções naturalistas sobre causalidade não conseguem acompanhar as exigências reais em torno desta problemática. A razão dogmática que procura fundamentar a punibilidade ao homicídio a pedido e, ao mesmo tempo, a não punibilidade aos casos de tentativa de suicídio encontram-se, exclusivamente, nas concepções naturalistas no sentido de se defender a determinação da sequência temporal para verificar qual pessoa possuía o poder de decisão, de modo a verificar quem atuou em último lugar na realização da conduta.

Todavia, a real razão que acoberta esta justificativa dogmática é colocada, por Jakobs, como uma ferramenta de se manter o *tabu* em torno da conduta do suicídio no sentido de colocá-lo em um mundo imaginário do “*não-dever-ser*”. Esta é a verdadeira razão de se manter a punibilidade do homicídio a pedido, das tipologias de eutanásia e da participação no suicídio. Portanto, perante a perspectiva de Jakobs, em termos dogmáticos não se encontraria uma racionalidade que pudesse confirmar a punibilidade destas condutas, pois o próprio injusto não resta preenchido. O fundamento para tanto reside tão somente no campo da moralidade e as concepções tradicionais da dogmática jurídico-penal tentam, a todo custo, manter o direito penal refém deste *tabu*.

Para Jakobs, é muito fácil construir obstáculos que impeçam desvendar essa perda de racionalidade à proteção penal da vida humana, notadamente, por meio de argumentos que afirmem que a impunidade nos casos de homicídio a pedido da vítima, de eutanásia e de suicídio assistido, transformaria a conduta de suicídio em instrumento de redução de custos extremos com tratamentos médicos. Rebate-se este argumento no sentido de que o sujeito que realiza tal pedido deve se encontrar em uma situação de vida na qual esta apresenta uma razão para se entregar. Ora, se o próprio sujeito em seu âmbito de organização e perante sua própria racionalidade assim decide, o Estado não deveria intervir e o sistema jurídico-penal não deveria questionar suas razões e sua vontade.

---

<sup>77</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003.

<sup>78</sup> Id. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p. 396.

Da mesma forma, naquelas situações em que o sujeito encontra-se em um intenso sofrimento e em uma intensa agonia, não se poderia compreender que a pessoa que decide cessar esse sofrimento interfere de forma negativa no círculo de organização alheia; pois, na configuração da sociedade atual, parte-se de uma concepção social segundo a qual não há sentido em manter alguém em uma situação de sofrimento intenso somente sob o manto de que a morte natural é salvação moral do indivíduo. Segundo Jakobs, o Direito Penal perpetua o medo de encarar as situações reais de vida e, assim, deve-se abandonar seu paternalismo em nome das liberdades pessoais.<sup>79</sup>

Em específico sobre as situações de homicídio a pedido da vítima, indaga-se se haveria necessidade de discutir a posição de garante. Em primeiro lugar, é importante destacar que não se considera o comportamento e suas consequências desde que se refiram ao processo natural. O comportamento humano, para Jakobs, somente é socialmente relevante como comportamento que lesiona o círculo de organização da liberdade alheia. O significado do comportamento deve ser verificado no contexto da configuração social que ele reflete.

Desse modo, com base na teoria da imputação objetiva, nem toda causação é contrária à norma. Deve ocorrer uma defraudação, ou seja, a causação cujo dever de evitar o resultado está garantida.<sup>80</sup> Nos casos de conduta omissiva, torna-se extremamente complexa a diferenciação entre homicídio a pedido da vítima e participação no suicídio.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> JAKOBS, Günther. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p. 398.

Distinção entre autolesão e consentimento: “[...] *las personas de confesión Cristiana, por un lado, y los agnósticos, por outro, tienen ideas extremadamente divergentes acerca del peso de la muerte, dependiendo de la situación en la que se produce, comienzo de la vida eterna, comienzo de la condena eterna, punto final de una vida bella o llena de sufrimientos; son cuatro cosas distintas. El derecho, sin embargo, no tiene en cuenta ese tipo de suposiciones, porque no pueden encontrar cabida en sus categorías. El Derecho sólo conoce la identidad terrenal, y la mujer que fue engañada sabía que iba a dejar de existir en cuanto sujeto terrenal. Por consiguiente, la víctima carece de dolo, más exatamente: es cuasi no dolosa, y con ello instrumento de un autor mediato, sólo cuando desconoce la pérdida de su bien; y autor mediato es quien es competente respecto de ese desconocimiento.*” Ibid., p. 406.

<sup>80</sup> JAKOBS, Günther. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p. 400.

Quando uma pessoa gravemente enferma recebe oxigênio por meio de um aparelho, o médico que o conectou se torna garante de sua administração sendo que realizará injusto se retirar tal aparelho. Agora, se o médico não é garante da administração de tal aparelho não se pode imputar a ele a morte do paciente no caso de desligamento da máquina. Portanto, somente se pode imputar as consequências se o dever de evitar o resultado for consequência da posição de garante do autor.

<sup>81</sup> Jakobs demonstra a complexidade em distinguir os limites dogmáticos para o enquadramento em uma situação de participação na autolesão e de uma heterolesão em regime de autoria mediata. Configura uma autolesão em todos os casos nos quais a competência da vítima enquanto sua autoproteção não se gera antes de que se fundamente a competência dos demais partícipes. Neste caso, é a própria vítima que decide realizar o comportamento. O autor mediato responde à decisão que toma desde uma posição de

Discute-se, ainda, se há casos de homicídio a pedido e participação no suicídio nos quais, de forma notável, configura-se um estado de necessidade quando a própria vítima sacrifica determinados interesses para proteger outros. Nas situações em que se decide pela subtração da vida, quando o sujeito acredita que enfrentará uma situação que transformará sua vida em algo intolerável, pode-se falar em estado de necessidade justificante. Trata-se dos sujeitos que decidem pelo fim de suas próprias vidas com a finalidade de evitar um intenso sofrimento, como nos casos daqueles que poderiam se tornar vítimas de tortura no contexto de estados totalitários.<sup>82</sup> Não se pode afirmar que o racional é, em todos os casos, a manutenção da vida a qualquer custo.

O limite do que pode ser considerado racional ou irracional não cabe ao Direito. Este deve realizar uma ponderação de interesses apenas em âmbito real, concreto. A manutenção de uma vida em um contexto de sofrimento extremo com o argumento de salvação eterna da alma ou pautada em fundamentos vazios de conteúdo que questionam a vontade racional do sujeito é considerada, se visto por meio de categorias concretas e efetivas, como uma manutenção *irracional* da vida humana.<sup>83</sup>

A heterolesão não é suficiente para se afirmar a configuração do injusto penal no setor dos crimes contra a vida. Explica-se: quando há autolesão ou quando o sujeito empírico organiza sua própria lesão em um regime de divisão de tarefas junto com outra pessoa ou, ainda, quando consente com uma heterolesão não se pode falar em privação de direitos; mas, pelo contrário, o sujeito comunica seu direito para configurar sua existência, mesmo que seja de forma extrema. Não se pode preencher o conteúdo do injusto penal nos casos em que não há afetação ao âmbito de organização, pois a conduta expressa a própria liberdade de organização de sua existência. Portanto, não se preenche a materialidade do injusto essencial aos delitos contra as pessoas.<sup>84</sup>

A análise histórica da racionalidade jurídico-penal, no contexto brasileiro, que embasa a interpretação do conceito de vida humana, no campo dos crimes contra a vida, evidencia que o direito penal brasileiro não admite esta racionalidade exposta pela teoria funcional de Jakobs devido a adoção filosófica que mantém a estrutura dogmática

---

superioridade. Assim como existe a autoria mediata por meio de um instrumento justificado, também é possível que o homicídio a pedido da vítima seja justificado. *Ibid.*, p. 410.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 407.

<sup>83</sup> Se o sujeito se autolesiona ou consente a tal lesão por uma determinada razão, a sociedade deve suportar tal comportamento em nome desta mesma razão. *Ibid.*, p. 408.

<sup>84</sup> JAKOBS, Günther. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p. 411.

tradicional presa, ainda, em um discurso moralista e etizante de modo a representar um reflexo da configuração da sociedade brasileira em termos concretos. Pode-se dizer que, por medo em relação ao próprio assunto ou, ainda, por causa de um paternalismo exacerbado, mantém-se de forma contraditória com toda a lógica que recai sobre a pessoa responsável e a sociedade configurada na liberdade individual.

No contexto brasileiro, aquelas doutrinas que consideram as tipologias de eutanásia, principalmente, a denominada eutanásia ativa, o homicídio a pedido, a participação no suicídio e o aborto consentido<sup>85</sup> como condutas puníveis devido ao suposto preenchimento material do injusto penal acabam por afirmar, propositalmente, um sistema jurídico-penal orientado por *tabus* que apresenta seu ponto de partida ainda em valores morais baseados em um mundo ideal do *dever-ser*, o que reflete, nitidamente, o tipo de configuração social brasileira. Este sistema jurídico-penal orientado por *tabus* possui seu fundamento filosófico em um sistema abstrato que não considera o sujeito em suas condições empíricas, mas, tão somente, a pessoa moral em seu mundo imaginário, assim como transformam a liberdade humana em mera utopia.

A posição de Jakobs não pretende colocar em dúvida a indisponibilidade da vida humana em termos de fundamentação religiosa ou moral. Todavia, estas fundamentações não podem ser transformadas em racionalidade jurídico-penal. Em outras palavras: a fundamentação religiosa ou a moral sobre a vida humana não podem embasar a norma penal.

A suposta racionalidade apresentada pela leitura dogmática tradicional que procura, a todo custo, fundamentar a punibilidade do homicídio a pedido reside, para Jakobs, em uma exposição a perigo abstrato o que não é suficiente para embasar a proibição normativa, já que o setor dos crimes contra a pessoa exige a atribuição pela interferência injusta na organização alheia, o que não se verifica neste caso.

---

<sup>85</sup> Jakobs, em seu texto denominado “*Existe um aborto lícito de pessoas?*” discute a problemática sobre a compreensão do feto enquanto pessoa. O pensamento dogmático tradicional que reconhece ao feto o direito à vida o coloca na posição de pessoa. Como já comentado, o conceito de pessoa se refere aqueles que possuem a titularidade sobre direitos e obrigações. Portanto, se se reconhece ao feto o direito à vida, também lhe restará reconhecida sua personalidade: atesta-se o *status* de pessoa. Em contraposição a este reconhecimento, Jakobs afirma não ser possível considerar o feto como pessoa apesar de lhe atribuir o status de um bem altamente valorado. Analisa-se a possibilidade de interrupção da gravidez por meio da análise do modelo discursivo orientado pela percepção (não somente em relação às situações de necessidade), mas em relação à subjetividade da mulher. Diante das situações nas quais não cabe ao Estado decidir sobre conflitos de interesses, resta apenas assessorar. Portanto, a teoria funcional desenvolvida por Jakobs reconhece o aborto como uma questão relativa à subjetividade da mulher e não do Estado não sendo possível a este a resolução do conflito. JAKOBS, Günther. Existe un aborto lícito de personas? **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n. 60, p. 159-168., 2000.

Assim, o critério da decisão dogmática convencional encontra sentido somente na preocupação paternalista de que o sujeito tome, por si mesmo, a decisão definitiva sobre sua vida ou na impossibilidade deste sujeito de delegar a efetivação da conduta a um terceiro. Portanto, o homicídio a pedido, as tipologias de eutanásia e a participação no suicídio não são delitos de lesão contra a pessoa, mas uma escolha paternalista da dogmática ao transformar a proibição normativa em um meio contra outras perspectivas de se considerar a própria vida humana.<sup>86</sup>

A interpretação normativa contra o homicídio a pedido e as tipologias de eutanásia, bem como o tipo penal da participação no suicídio procuram manter viva a proibição moral que recai sobre o próprio suicídio frente ao qual a persuasão penal não pode intervir. Logo, para se manter o Direito Penal paternalista e as interpretações normativas concentradas no perigo abstrato torna-se necessário adotar a fundamentação metafísica pautada, exclusivamente, em um sujeito ideal, em uma liberdade abstrata e em um mundo imaginário para o qual o sofrimento, a dor e a agonia ainda apresentam sentido à vida humana.<sup>87</sup>

#### 6.5.1 Sentido privado conferido à vida humana na configuração da sociedade atual

Hegel, em sua obra *Princípios da Filosofia do Direito*, no parágrafo 70, expõe seu posicionamento a respeito da subtração da própria vida por escolha de seu titular. Afirma que a vida é a totalidade que compreende toda a atividade exterior e por isso não é coisa exterior à personalidade como imediata e presente.

O contrário, sob o aspecto de existência da personalidade, é a alienação e o sacrifício da vida. Nenhum direito tenho, pois, a decidir tal alienação, e só uma ideia moral, na medida em que absorve essa personalidade e dela faz a sua própria força eficaz, é que tem um direito sobre ela. Assim como a vida, enquanto tal é imediata, assim a morte é a negação imediata e deverá, portanto,

---

<sup>86</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003. p. 49.

A origem da norma poderia ser explicada sem considerar que Deus, em todo caso, e não o ser humano, administra o começo e o fim da vida, portanto, sem considerar que o ser humano é uma criatura, ou, dito de modo secularizado, sem o entendimento da imutabilidade das coisas naturais como também de estar vinculado a uma ideia ética. Ibid.

<sup>87</sup> Ibid., p. 50.

receber-se de fora como um acidente natural ou, servindo uma ideia, por intermédio de mãos alheias.<sup>88</sup>

Jakobs analisa que se é racional existir como pessoa, nem por isso há de ser também racional viver ou seguir vivendo.<sup>89</sup> Desse modo, o suicídio não pode ser compreendido com base no modelo de ordenamento, principalmente negativo, do direito abstrato; mas somente no ordenamento das instituições éticas. Nessas instituições, cuja autoridade é posta de maneira superior ao próprio desenvolvimento da natureza, têm origem os deveres que vinculam a vontade e liberam o indivíduo, concretamente, da dependência em que está no impulso meramente natural e da opressão que sofre enquanto particularidade subjetiva nas reflexões morais do dever ser e do poder ser.<sup>90</sup>

Todavia, apesar desta constatação, Jakobs pondera que esta interpretação acerca das instituições éticas não corrobora a configuração social atual. “O Estado moderno não administra o geral, senão o comum como base para o privado.”<sup>91</sup> Reconhece-se uma máxima categórica somente na medida de se desenvolver uma comunidade ideal.

Deve-se apreender o contexto histórico-social no qual Hegel estava inserido que por certo influenciou seus posicionamentos acerca do suicídio. Em sua concepção, a vinculação da ética com o geral substancial retrata uma concepção de liberdade publicamente vinculada. Observa-se que este modelo de liberdade já não mais concerne à estrutura do Estado moderno no que se refere ao sentido conferido à vida humana.<sup>92</sup>

A configuração da sociedade atual se estrutura em uma base, essencialmente, individualista. Negar esta estrutura corresponde a se ater ao mundo imaginário. Esta contextualização foi efetivada por Jakobs de modo a transpor à dogmática penal este aspecto sociológico sem o qual a racionalidade jurídico-penal distancia-se da realidade concreta e, sendo assim, não consegue resolver a complexidade dos conflitos sociais do sistema atual.

---

<sup>88</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003.

<sup>89</sup> Ibid., p. 42.

<sup>90</sup> Ibid., p. 42.

<sup>91</sup> Ibid., p. 43.

<sup>92</sup> A respeito da personalidade dos demais, é possível ser subtraído, por meio do suicídio, ao menos faticamente, o cumprimento dos deveres. Para Jakobs, o direito a ser respeitado pelos demais constitui a pessoa, e nessa medida os demais não perdem nada se por meio da morte desaparece, faticamente, o destinatário do respeito. Desse modo, o pensamento de Hegel se limita à constatação de que o suicídio representa um oposto da existência da personalidade. Todavia, nada afirma se a base natural desta constituição deve permanecer. Ibid., p. 51.

No contexto da sociedade moderna não há um programa de direito natural no sentido de obrigar o ser humano ao seu aperfeiçoamento moral da mesma forma que os vínculos religiosos foram transferidos para o círculo privado. Nesse contexto, não se poderia afirmar que o Estado deve administrar objetivamente a moralidade. O Estado não possui a competência de estabelecer o sentido da vida, mas tão somente de garantir as condições externas para tanto e consiste no garantidor de tais condições para a proteção da qualidade de vida.<sup>93</sup>

Contudo, o sentido que recai sobre a vida humana é extraído do campo privado e não mais por uma vinculação pública. Pensar de outra forma demonstraria uma incongruência com a organização da sociedade moderna em termos estruturais *reais*. Por conseguinte, o âmbito público não pode obrigar o sujeito a um modo de vida objetivamente correto.

Os discursos jurídico-penais que determinam um sentido público vinculante à vida humana resultam em proibições normativas que recaem sobre as condutas de eutanásia, homicídio a pedido, participação no suicídio e, até mesmo, sobre o aborto consentido. Neste contexto, defende-se que haja um sentido social em se manter a vida, independente de qualquer situação concreta a que ela esteja submetida, até que se alcance a morte em sua determinação natural. Este sentido social que vincula a vida humana é extraído, exclusivamente, de uma ideia ética.<sup>94</sup>

Questiona-se se tais proibições convencionais afetam o âmbito privado livre de vinculações ou se referem à opinião pública vinculante? Para responder a esse questionamento, uma análise sociológica acerca da realidade concreta é de extrema necessidade. Sem esta influência sociológica sobre a dogmática jurídico-penal distancia-se esta da realidade efetiva.

Se compreendermos a configuração da sociedade atual como uma estrutura social individualista torna-se contraditório apreender do sentido conferido à vida humana uma vinculação pública. Propõe-se, aqui, que a racionalidade jurídico-penal deva se embasar no sentido da vida humana a partir da esfera privada do sujeito efetivo como forma de se compatibilizar com a sociedade atual em termos de sua concreção. Portanto, quem decide

---

<sup>93</sup> Cita-se como exemplo o pensamento de Alejandro Rosillo Martínez e Urenda Queletzú Navarro Sánchez os quais acreditam que o direito à vida comporta não somente a obrigação de proteção por parte do Estado, como também a obrigação de proporcionar os meios materiais que suprimem as necessidades e proporcionem a satisfação da vida humana. Rosillo Martínez, Alejandro; Navarro Sánchez, Urenda Queletzú. A dupla dimensão da vida nos direitos humanos: como fundamento e como direito. **Meritum**. Belo Horizonte. v. 9. n. 2. p. 41-75. Jul./dez.2014.

<sup>94</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003. p. 45.



sobre a conferência do sentido à vida é o próprio titular desta, ou seja, o próprio sujeito empírico e não o âmbito público.<sup>95</sup>

[...] se algo tem sentido ou não, e qual é esse sentido, fica outra vez no âmbito privado livre de vinculações. Um âmbito privado livre de vinculações e um sentido da vida público não combinam entre si; por isso, a norma contra o homicídio a pedido e a conversão em proibição convencional, mais ou menos vinculada diretamente a isso, do suicídio, em uma sociedade que maximiza o âmbito livre de vinculações, perdem seu contexto; o contexto no qual se fundem seria o de um sentido da vida público, ao menos a garantia pública de algum sentido, qualquer que seja.<sup>96</sup>

Os discursos jurídicos que se contrapõem ao sentido da vida humana a partir do campo privado de seu titular apreendem, de forma comum, suas argumentações em um elemento respaldado pela natureza, ou seja, a verdadeira explicação que se pode extrair dos posicionamentos defendidos por tais discursos se refere ao medo de lesão mortal que poderia resultar no desaparecimento da humanidade. Confere-se um sentido público vinculado à vida humana sob o argumento comum de proteção à coexistência social, respaldado sob o impulso natural do ser humano de medo perante a morte ocasionada por uma lesão *injusta* de outrem. Esta afirmação, no âmbito da dogmática penal, resulta em proibições normativas fundamentadas em perigo abstrato. Contudo, este fundamento que recai sobre tais proibições é apreendido a partir de um elemento da natureza, o qual não proporciona um limite categórico, pois o medo natural que o ser humano apresenta em torno da lesão mortal é da mesma qualidade que a vontade de se interromper uma vida determinada pela dor, pela angústia e pelo sofrimento. Ambos os argumentos são encontrados a partir de um impulso natural, o que prejudica o fundamento da proibição normativa referente à proteção da coexistência social.<sup>97</sup>

Como bem observa Jakobs, é possível que o cidadão individual adote em sua vida privada um sentido categórico, suscetível de restrições, que não se veja afetado pela finalização de sua vida. Porém, esta decisão refere-se ao âmbito de organização do próprio

<sup>95</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003.

A ética em si mesma já não é um fim do Estado e não pode sê-lo em um Estado que garante por meio de direitos fundamentais o pluralismo e o individualismo; uma sociedade com um Estado dessa índole necessariamente tem de privatizar a ética. Segundo Jakobs, na configuração social atual, não se pode mais conceber que o Estado disponha do material necessário para se determinar o suicídio. “Não pode julgar se um suicídio é racional ou irracional.” Ibid.

<sup>96</sup> Ibid., p. 51

<sup>97</sup> “[...] uma vida que tem um sentido *per se* justamente não perde esse sentido pela dor, mas sim uma vida cujo fundamento se esgota, por falta de um sentido vinculante na qualidade de vida. Ademais: não somente os padecimentos transmitidos pelos vínculos com o corpo são os que podem fazer apresentar-se uma vida como não desejável; melhor ainda, trata-se de qualquer classe de padecimento; se não existe um sentido categórico, se pode computar, em princípio, todo o restante.” Ibid., p. 52.

sujeito. Caso este entenda que o único sentido que se possa conferir a sua vida seja o seu próprio término, compete à sua própria razão.<sup>98</sup>

Em termos dogmáticos, pode-se verificar um paradoxo ao discurso tradicional que obstaculiza a compreensão da vida humana como uma liberdade pessoal no sentido de recair em um verdadeiro erro técnico: de acordo com as regras do estado de necessidade, o direito individual das pessoas deve prevalecer em caso de conflito com o interesse público em evitar a concretização de perigos abstratos. Ora bem, o direito da pessoa em determinar sua vida e sua morte somente tem contra si a existência de obediência à norma que proíbe a conduta de homicídio a pedido.<sup>99</sup> Afirma-se que:

Duvidosa a plausibilidade das razões para um homicídio a pedido, porém, no caso de um pedido com plausibilidade objetiva, carece de interesse. Ao Estado não incumbe em nada a maneira pela qual o peticionário chegue ao fim de sua vida: ninguém tem por que deixar-se impor a renúncia a aceitar a ajuda de outro, pelo fato de que também poderia alcançar sua meta por si mesmo. [...] o fim da norma contra o homicídio a pedido tem sido estabelecido de modo demasiado individualista, na evitação de acelerações. [...] se trataria de estabelecer uma proibição convencional de matar o outro em absoluto, especialmente em vista da enfermidade e da debilidade; se tem de expulsar todo o ato racional sobre o valor da vida.

A interpretação normativa, no campo dos crimes contra a vida, não deveria questionar a racionalidade do sujeito que decide pelo término de sua própria vida com a intervenção de terceiros para a concretização de seu pedido ou de sua vontade. A proibição convencional em torno da conduta de homicídio a pedido e das tipologias de eutanásia que são enquadradas no tipo penal do Art. 121, Código Penal, resulta em um determinismo moral, além de se fundamentar em argumentos metafísicos em torno da suposta proteção da coexistência social.

[...] o contra-argumento de que os enfermos graves poderiam ser mortos com o pretexto da ajuda ativa a morrer, é verdade que se amplia o âmbito em que se poderiam cometer abusos: até agora eles somente poderiam ser mortos sobre o pretexto de ajuda passiva para morrer. [...] o mesmo acontece com o argumento de que pessoas gravemente enfermas poderiam ver-se constrangidas a matar-se ou a deixar-se matar; também se pode obter por coação a renúncia ao tratamento. Ocorre que sempre que se confecciona de modo mais amplo o manto da liberdade, também é possível que com maior facilidade se oculte sob ele a violência.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> “[...] nada se pode censurar se o sentido da vida desapareceu do âmbito público; pois, então, nada vinculante de ordem pública pode se contrapor ao disposto no âmbito privado. somente isto é o que importa.” JAKOBS, Günther. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003. p. 53

<sup>99</sup> Ibid., p. 55

<sup>100</sup> Ibid., p. 56.

A ideia de liberdade vinculada com responsabilidade resulta na constatação de que o sujeito efetivo responsável por sua própria vida deve suportar o peso da liberdade conferida a ele e, portanto, a responsabilidade de decidir por si mesmo. Os argumentos contra uma nova racionalidade no setor dos crimes contra a vida que exija a interpretação desta a partir do seu sentido privado não são suficientes para embasar a proibição normativa como o caminho necessário à prevenção de abusos no que concerne à morte proposital de graves enfermos com o intuito de redução de gastos.

Pode-se elencar, pelo menos, três contra-argumentos a tal colocação: em primeiro lugar, cumpre destacar que se trata de um fundamento restrito ao campo do *dever-ser* com vista a uma configuração ideal de mundo; em segundo lugar não se tem comprovações empíricas de que haveria um aumento proposital de enfermos mortos devido à não proibição do homicídio a pedido e das tipologias de eutanásia; por fim, por se tratar de argumentos restritos à concepção de um mundo ideal - sem constatação da realidade concreta - não se percebe que a finalização proposital de vidas humanas para a redução e corte de gastos, tanto em hospitais públicos quanto privados, já ocorre independente de haver tal proibição.

No contexto brasileiro, a denominada ortotanásia, o desligamento dos aparelhos respiratórios, não é mais considerada como um enquadramento ao tipo de homicídio. Em um contexto no qual o sistema jurídico-penal é, de forma notável, refém de um determinismo moral, pode-se afirmar que a verdadeira razão para a não punição do desligamento dos aparelhos se conferiu em um meio, nitidamente, econômico e por razões econômicas. Resta um tanto quanto contraditório o tratamento jurídico-penal e o sentido conferido à vida humana.

Descarte os esforços - notadamente, bioéticos - acerca da valoração à vida humana a partir de uma concepção de qualidade de vida, o sistema jurídico-penal flexibilizou casos de ortotanásia por meio de um discurso sobre a não causação da morte, mas tão somente a não intervenção ao seu curso natural, em um contexto de mera “coincidência” com as exigências econômicas de grupos empresarias que controlam o sistema de saúde.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Eduardo Saad-Diniz analisa a lógica dos hospitais privados no que se refere ao atendimento emergencial. A descrição da conduta típica do Art. 135-A, CP, alcança a reprovação da exigência de qualquer garantia ou preenchimento prévio de formulários administrativos para o atendimento médico-hospitalar emergencial. Afirma Saad-Diniz que é pouco razoável que os funcionários ou mesmo os médicos destas instituições privadas assumam a responsabilidade pela criação do risco.

Resta evidente que nos casos de graves enfermidades nas quais o sujeito não mais possui meios para expressar sua vontade, um modelo de sociedade que não confere mais sentido a uma vida repleta de dor e sofrimento exigiria um modelo jurídico-penal que não resulte em punibilidade àqueles que cessem tal situação vital.

Todavia, a racionalidade jurídico-penal que confere o sentido à vida humana a partir do círculo de liberdade pessoal do sujeito efetivo não é compatível com o modelo de uma sociedade que ainda confere sentido à dor e ao sofrimento. Em termos de verificação concreta, a sociedade brasileira se encontra refém deste modelo moral. E, por isso, a flexibilização da punibilidade em torno da ortotanásia não convence de que tenha se dado a partir da valoração da qualidade de vida; mas, sim, por razões e determinismos econômicos.

#### 6.5.2 *Limites à punibilidade em relação à conduta de homicídio a pedido e à participação no suicídio*

Günther Jakobs, em seu texto denominado “*La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB (homicidio a petición de la víctima)*”, demonstra a complexidade em fixar os limites entre a liberdade do sujeito plenamente responsável em requerer a interrupção do tratamento médico e a configuração do homicídio a pedido. Tal complexidade alcança os limites em torno da consideração do médico em sua posição de garante e, nesta condição, torna-se possível enquadrá-lo na configuração típica do homicídio a pedido por omissão.

Diante do Código Penal brasileiro ainda se pode enfrentar a dificuldade em distinguir tais situações daquela prevista no Art. 122 (induzimento, instigação e auxílio ao suicídio). Perante a teoria funcional, compreende-se que a responsabilidade jurídico-penal do médico

---

Este argumento – de inegável efeito moralizante – até poderia reclamar a ética profissional por trás da instituição privada, mas omissão de socorro relevante deveria estar adstrita a quem detém o poder decisório ou gerencial. Mas o problema alcança outros limites, para além da subjetividade médica, na maioria das vezes indefesa perante as instituições privadas, que lhe impõe programas de cumprimento de metas, procedimentos e eficiência no atendimento. O problema é deixar de atender o paciente quando ele se torna “fator de custo” e “sem interesse econômico”. É a observação de que a vida do paciente em estado emergencial não gera valor agregado à receita dos hospitais privados, se vier desacompanhada dos vínculos de confiança no pagamento. E algumas indeterminações preocupam a eficácia do tipo penal: como limitar o conceito de atendimento emergencial, diferenciar quem o sistema incorpora/quem o sistema deixa de fora; e o preenchimento de formulário administrativo, exigindo-se atendimento sem o conhecimento efetivo das condições clínicas (p. ex., histórico de atendimento). SAAD-DINIZ, Eduardo. Omissão de socorro nos hospitais privados: porque você é pobre deve morrer mais cedo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 236, p. 7., jul. 2012.

deriva de um risco especial imposto a um círculo de organização alheia. Se o médico conferiu ao paciente uma organização externa perigosa não poderá cessar sua atividade, sob pena de responsabilidade jurídico-penal. A obrigação normativa que decorre da tipificação do homicídio a pedido resultará em responsabilidade médica somente quando se organiza a situação de perigo não podendo o paciente renunciar ao dever do médico em cessar tal situação, mesmo contra a sua vontade real.

Ilustra-se: o médico que inicia uma operação não pode abandonar o paciente durante a cirurgia e deixá-lo a morrer, pois colocou o paciente em uma situação perigosa e, portanto, deve liberá-lo desta. Isto não significa que deva, a todo custo, concluir a operação, mas, ao menos, retornar à situação anterior. Trata-se de uma compensação do perigo criado na organização alheia. Por conseguinte, tem-se um homicídio a pedido por omissão quando se vulnera o dever emanado da competência pela organização.<sup>102</sup> Nestes casos, a vontade real do paciente é inválida. A tipificação do homicídio a pedido retrata, então, não a vontade real do paciente, mas a vontade que o ordenamento jurídico considera como racional.

Não se confunde com o enquadramento típico referente à participação no suicídio. No homicídio a pedido, o paciente não organiza, por si mesmo, sua morte. De acordo com Jakobs, não se deve falar em homicídio a pedido por omissão quando o paciente se retira do âmbito de atuação do médico e organiza, por si mesmo, sua morte; de forma a impedir, de qualquer modo, que o médico revogue o perigo criado.

A dogmática jurídico-penal brasileira comete um grave equívoco dogmático ao equiparar o homicídio a pedido e as tipologias de eutanásia a qualquer outra conduta de homicídio tipificado no art. 121 do Código Penal. A interpretação normativa que enquadra tais comportamentos na previsão do §1º também não se demonstra suficiente para solucionar a falta de racionalidade resultante do não preenchimento material do injusto. Além da consideração de diferenciação ao nível de injusto penal, tal tipificação demonstra um total determinismo moral sobre o sistema jurídico-penal. Além do mais, mesmo que houvesse uma tipificação própria ao homicídio a pedido, resta evidenciado que a

---

<sup>102</sup> Por exemplo, uma terceira pessoa impede ao médico de realizar uma medida de salvamento que se efetua contra a vontade do paciente e este morre por causa desta intervenção de terceiro. Este não cometeu um homicídio a pedido, não há configuração típica, pois não interveio, de nenhum modo, no *status quo* do paciente. JAKOBS, Günther. La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el par. 216 StGB – homicidio a petición de la víctima. In: Jakobs, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p. 415.

racionalidade penal convencional, no âmbito brasileiro, não considera a vida humana a partir da liberdade pessoal de seu titular.

Destaca-se que uma concepção dogmática puramente naturalista sobre a causalidade não apresenta rendimento para definir os limites entre comissão e omissão, no setor dos crimes contra a vida. Os limites entre a conduta de interrupção do tratamento médico a pedido do paciente, a configuração do homicídio a pedido e a participação no suicídio devem ser elencados de acordo com a teoria da imputação objetiva.

Para a concepção normativa, a imputação é atribuída aos titulares, determinados normativamente em relação aos seus âmbitos de organização. O que tais titulares realizam dentro de seus âmbitos de organização - sem efeitos externos à organização social - não é relevante penalmente. Portanto, se um sujeito pretende destruir a si mesmo seja por comissão seja por omissão, é socialmente indiferente. Assim também deveria sê-lo se o sujeito delegar tal tarefa a terceiros.

Todavia, como o sistema jurídico-penal ainda se mantém refém de determinados *tabus*, a consideração de punibilidade ao homicídio a pedido é fato. Cabe, portanto, discutir certos limites a tal punibilidade. As relações entre âmbitos de organização devem levar em consideração a ordem social concreta. A posição de garante do médico relaciona-se com seu papel em tal ordem, porém o rechaço do paciente em não aceitar o tratamento médico desvincula este de sua posição de garante. Se o médico descumprir a vontade do paciente há, concretamente, uma gestão não permitida no âmbito privado de organização do paciente.

Na hipótese de se tratar de uma prestação contínua do médico, esta deverá cessar quando o paciente se pronuncia contra a continuação do tratamento. Ademais, o médico pode ser obrigado por terceiras pessoas a encerrar tal atividade. Nestes casos, não há responsabilidade jurídico-penal que recaia sobre o médico ou sobre o terceiro, no âmbito da configuração típica do homicídio, pois não houve uma intervenção no *status quo* do paciente. O médico somente está obrigado a ajudar o paciente se este assim o desejar.

Por outro lado, haverá responsabilidade jurídico-penal para aquele que interfere no *status quo* de uma organização alheia no sentido de reduzir tal *status* mesmo que seja a pedido do titular. Se decorrer a morte do requerente devido a esta intervenção alheia, pode-se configurar o campo típico do homicídio a pedido.

De acordo com Jakobs, o paciente pode vetar intromissões externas em seu âmbito de organização. Todavia, as prestações que interferem, por elas mesmas, em seu âmbito de organização não devem ser bloqueadas, nem a pedido do paciente. Se as prestações são de

importância vital, não devem ser interrompidas, sob configuração do homicídio a pedido.<sup>103</sup> Isto ocorre devido ao posicionamento da dogmática convencional para a qual o ordenamento jurídico não considera a vontade real do sujeito como racional.

---

<sup>103</sup> Ilustra-se com o seguinte exemplo: o sujeito desconecta, a pedido de sua esposa, os aparelhos respiratórios que fazem esta respirar. Após a conduta, tal mulher vem a morrer por falta de oxigênio. Outra hipótese: o sujeito em vez de desconectar os aparelhos, aplica uma substância venenosa a qual leva sua esposa a morte. Neste último comportamento, considera-se que há uma destruição no status de organização enquanto que o desligamento de aparelhos de respiração artificial significa que se evita tolerar, contra a sua vontade, a intromissão externa em seu âmbito de organização. Desse modo, a primeira conduta não é punível enquanto a segunda se enquadra no campo do homicídio a pedido. JAKOBS, Günther. La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el par. 216 StGB – homicidio a petición de la víctima. In: Jakobs, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas/UAM, 1997. p. 418.





## **PARTE III**

### **A CRÍTICA E A PROPOSIÇÃO**

**Nova racionalidade jurídico-penal aos crimes contra a vida: a vida pensada a partir do sujeito sensível**



## **CAPÍTULO 7 A VALORAÇÃO EFETIVA CONFERIDA À VIDA HUMANA NA SOCIEDADE DO CAPITAL E A FUNDAMENTAÇÃO REAL QUE EMBASA A PROTEÇÃO PENAL DA VIDA HUMANA**

Desde a orientação materialista exposta no terceiro capítulo do presente trabalho, estipula-se que a percepção de vida humana deve ser efetivada a partir do sujeito sensível inserido em uma dada realidade material. Considera-se, portanto, que para além dos elementos referidos à liberdade e à necessidade como constitutivos do objeto de estudo - vida humana -, acrescenta-se também a atividade humana referida ao trabalho, por meio do qual se torna possível alcançar a objetivação social, bem como a liberdade concreta e a satisfação das necessidades humanas. Dessa forma, o modelo social de trabalho estipulado à sociedade do Capital se projeta à essência da existência humana e, a partir desta modelação, apreende-se a valoração real conferida à vida na sociedade moderna, assim como o fundamento real que embasa a proteção penal da Vida humana.

### **7.1 A Vida humana estranhada**

*A vida humana é projetada enquanto aparência de existência humana sendo que a realidade concreta demonstra uma efetiva existência inumana.<sup>1</sup>*

Karl Marx analisa os teóricos da economia política clássica e constata que a partir dos conceitos econômicos torna-se evidente a redução do trabalhador à condição de mais miserável mercadoria. Esta constatação fática permite conceber a interconexão essencial entre os conceitos econômicos (com destaque ao Capital, à propriedade privada e à divisão social do trabalho) e o *(des)valor* conferido ao ser humano perante as relações sociais de estranhamentos.

Em termos de realidade empírica, é notável que o trabalhador se torna tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, ou melhor, o trabalhador se torna uma mercadoria tão mais barata quanto mais mercadorias cria. Assim, percebe-se que, por meio da valorização do mundo das coisas, se intensifica, em proporção direta, a desvalorização dos seres humanos.

O conceito de vida estranhada desdobra-se do conceito de trabalho estranhado. Tais conceitos são constatações de uma dada organização social. O objeto produzido pelo

---

<sup>1</sup> BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 249.

trabalho isto é, o seu produto, lhe defronta como um ser estranho, como um poder independente do produtor. O produto do trabalho é o trabalho que se fixou num objeto. Há a objetivação do trabalho. Esta objetivação é considerada, ao mesmo tempo, perda do objeto e servidão ao objeto. A apropriação do objeto tanto mais aparece como estranhamento quanto mais objetos produz. Nesse ciclo, quanto menos o sujeito possuir, mais aprisionado ficará ao domínio do Capital.

A partir desta determinação de que o trabalhador se relaciona com o produto de seu trabalho como um objeto estranho decorrem todas as demais consequências e se edifica um modo de vida concreto. Quanto mais o ser humano se desgasta como humano, tanto mais poder se coloca no mundo objetivo. Assim, quanto mais pobre de espírito se torna o ser humano, menos pertence a si próprio.<sup>2</sup>

O estranhamento do trabalhador em seu objeto se expressa, pelas leis nacional-econômicas, em que quanto mais o trabalhador produz, menos tem para consumir; que quanto mais valores cria, mais sem-valor e indigno ele se torna; quanto mais bem formado o seu produto, tanto mais deformado ele fica; quanto mais civilizado seu objeto, mais bárbaro o trabalhador; que quanto mais poderoso o trabalho, mais impotente o trabalhador se torna; quanto mais rico de espírito o trabalho, mais pobre de espírito e servo da natureza se torna o trabalhador.<sup>3</sup>

A economia política clássica acaba por ocultar as relações de estranhamento que constituem a essência do trabalho porque não considera a relação imediata entre trabalho e produção. A relação imediata do trabalho com seus produtos é a relação do trabalhador com os objetos da sua produção. Todavia, as relações de estranhamento não se encontram apenas no produto final da produção, mas principalmente no ato de produção dentro da própria atividade produtiva. A produção é a exteriorização de toda a atividade.<sup>4</sup>

Na sociedade contemporânea, o trabalho continua a ter um sentido obrigatório. Desta forma, não se apresenta como a satisfação de uma carência, mas como um meio para satisfazer necessidades fora dele. O trabalho no qual o homem se exterioriza é um trabalho de autossacrifício, de mortificação. Não é construído de uma forma que favoreça a sua autoatividade. Esta pertence a outro. O trabalho estranhado representa a perda de si mesmo - de maneira obrigatória - já que é por meio dele que se pode alcançar as mínimas condições de sobrevivência.

---

<sup>2</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid., p. 83.

Em resumo, compreende-se que o estranhamento da vida humana se apresenta em dois aspectos: 1. A relação do trabalhador com o produto do trabalho como objeto estranho e poderoso sobre ele. Essa relação é ao mesmo tempo a relação com o mundo exterior sensível, com os objetos da natureza como um mundo alheio que lhe se defronta hostilmente; 2. O estranhamento da coisa resulta na relação do trabalho com o ato de produção no interior do trabalho. Essa relação é a relação do trabalhador com a sua própria atividade como uma atividade estranha não pertencente a ele, a atividade como miséria, a força como impotência. A unidade entre estes dois aspectos do estranhamento gera o próprio estranhamento de si.<sup>5</sup>

Por conseguinte, o trabalho estranhado faz do ser genérico do homem, tanto da natureza quanto da faculdade genérica espiritual dele, um ser estranho a ele, um meio da sua existência individual. Estranha do homem o seu próprio corpo, assim como a natureza fora dele, tal como a sua essência espiritual, a sua essência humana. A consequência imediata disso, de o homem estar estranhado do produto do seu trabalho, de sua atividade vital e de seu ser genérico é o **estranhamento do homem pelo próprio homem**.<sup>6</sup>

Explica-se que o ser humano estranhado do seu próprio ser genérico, significa que um homem está estranhado de outro, assim como cada um deles está estranhado da essência humana. Todavia, a atividade estranhada pertence a um outro homem o qual não está na posição de trabalhador. Evidencia-se que o estranhamento da essência humana é perpetuado não por um ideal de sistema econômico abstrato, mas sim pelo próprio ser humano. Nas palavras de Marx, apenas o ser humano é o poder estranho que incide sobre o homem. O ser humano estranha de si mesmo a sua própria atividade. Outro ser humano se apropria desta atividade.

A filosofia de Karl Marx aponta para uma política de emancipação do trabalhador e, sendo assim, defende uma emancipação humana universal, pois a opressão humana está vinculada à relação do trabalhador com a produção e todas as relações de servidão são apenas modificações e consequências dessa relação.<sup>7</sup> Em suma, a perspectiva de Marx se orienta à emancipação total da vida humana.

---

<sup>5</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 85.

<sup>6</sup> Ibid., p.86.

<sup>7</sup> Ibid., p. 89.

Ser humano se comporta em relação ao mundo e o mundo em relação ao ser humano como estranhos. A esperança se encontra no fim da autoalienação e da objetividade afetada pelos elementos estranhos. Assim, a liberdade se torna um ser-em-possibilidade. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 205-207.

Ao se admitir e analisar o estranhamento do trabalho enquanto um fato presente questiona-se como este estranhamento está fundado na essência do desenvolvimento humano. A resposta estaria na análise da origem da propriedade privada e sua relação com o trabalho exteriorizado, ambos postos como a marcha do suposto desenvolvimento da humanidade. Contudo, Karl Marx deixa evidente que se deve separar tais elementos, já que quando se referencia à propriedade privada sempre fala-se em algo exterior ao homem enquanto que o trabalho deveria ser tratado imediatamente como algo interior ao próprio indivíduo.

O conjunto de estranhamentos que determina o modo de vida no sistema capitalista de produção reflete também na divisão social do trabalho. A relação entre os indivíduos é condicionada pelas posições que ocupam frente às relações sociais. Os indivíduos não estabelecem suas relações como simples indivíduos. Na divisão do trabalho, as relações sociais se desenvolvem, necessariamente, como relações de classes. O indivíduo como tal, considerado por si mesmo, é subordinado à divisão do trabalho que o torna unilateral, o deforma e o determina.<sup>8</sup>

A partir de uma leitura econômica da sociedade evidencia-se o que se pode auferir sobre uma suposta qualidade de vida em um contexto no qual a própria vida humana adentra na sistemática do conceito de estranhamento. A leitura da sociedade capitalista, a partir da teoria marxista deixa evidente a análise concreta, real e material sobre a vida humana distante dos aspectos idealizados das fundamentações metafísicas sobre a valoração da pessoa humana e de sua própria vida.

A análise sobre a degradação da vida humana no sistema capitalista pela semelhança conferida à natureza do trabalho e à mercadoria é explicada por Karl Marx, em sua obra *“Manuscritos Econômico-Filosóficos”*, no sentido de que a procura por trabalhadores regula necessariamente a produção de trabalhadores, assim como de qualquer outra mercadoria. Se a oferta é maior que a procura, então uma parte dos trabalhadores recai sob uma situação de miséria ou resta a eles apenas a morte pela fome. A existência do ser humano enquanto trabalhador é reduzida à condição de existência de qualquer outra mercadoria. Esta é a valoração real e concreta que a vida humana recebe no sistema capitalista. O ser humano se torna uma mercadoria. E a procura, da qual a vida humana passa a depender, vincula-se à escolha daqueles que detém o poder do capital.

---

<sup>8</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 421.

Ao se pensar em uma sociedade na qual a riqueza progride, existe, em um primeiro momento, a impressão de que este seria o cenário mais favorável ao ser humano na condição de trabalhador. Todavia, até mesmo nessa situação, a valorização da vida humana é questionável.

Perante a riqueza crescente, apresenta-se uma situação favorável ao trabalhador, pois a concorrência entre os capitalistas resulta em uma procura por trabalhadores acima de sua oferta. Entretanto, a elevação do trabalho impele ao sobretrabalho. Quanto mais se aumenta em termos de ganhos salariais, tanto mais tem de sacrificar o seu tempo e executar trabalho de escravos. Com isso, encurtam o seu tempo de vida em termos de qualidade.<sup>9</sup> Compreende-se que a sociedade em situação de enriquecimento progressivo só é possível se há acumulação de muito trabalho, já que o capital é trabalho acumulado. A acumulação do capital aumenta a divisão do trabalho e esta intensifica o número de trabalhadores; inversamente, o número de trabalhadores aumenta a divisão do trabalho, assim como a divisão do trabalho intensifica o acúmulo de capitais.

Neste momento, o crescimento da classe de indivíduos trabalhadores aumenta a concorrência entre eles, portanto o seu preço abaixa. A concorrência entre a classe trabalhadora se torna natural, maior e violenta. A classe dos mais miseráveis se reserva à morte pela fome. A elevação do trabalho desperta no trabalhador a obsessão do enriquecimento típica do capitalista que apenas pode satisfazê-la mediante o sacrifício do seu *espírito* e de seu *corpo*. A elevação do salário pressupõe o acúmulo de capital. Torna, portanto, o produto do trabalho cada vez mais estranho perante o trabalhador. A divisão do trabalho o torna cada vez mais unilateral e dependente, assim como acarreta a concorrência não só dos homens, mas também entre máquinas. Posto que o ser humano se reduz à condição de máquina, esta passa a enfrentá-lo como concorrente.

Finalmente, tal como o acúmulo de capital aumenta a quantidade da indústria e, portanto, de trabalhadores, essa mesma quantidade resulta através dessa acumulação, uma grande quantidade de obras malfeitas que se tornam sobreprodutos e, assim, acabam. Neste ponto, coloca-se novamente uma grande quantidade de trabalhadores fora do jogo e aos que ficam reduzem-se o salário ao mais miserável possível em comparação às exigências

---

<sup>9</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.  
Todo o ser humano que vive sem capital, sem renda, sem terra e que vive puramente de seu trabalho (abstrato) é considerado, para Marx, como operário.

de sobrevivência. Estas são as consequências de uma situação da sociedade que é a mais favorável ao ser humano, a saber, a situação da riqueza crescente, progressiva.<sup>10</sup>

Pode-se concluir que até mesmo frente à situação mais progressiva da sociedade capitalista, a vida humana refere-se ao sofrimento de uma maioria. A sociedade do interesse privado conduz à infelicidade da própria sociedade e transforma esta infelicidade em finalidade da economia nacional.

A realidade efetiva demonstra que ao trabalhador pertence, em termos econômicos, uma parte mínima necessária para a sua existência. Ressalta-se não estar a se falar de sua existência enquanto ser humano, mas como classe de trabalhadores. Portanto, esta classe para sua sobrevivência, tem de vender-se a si própria e a sua humanidade.<sup>11</sup>

A análise marxista sobre a liberdade muito se refere à própria condição de classe. Para Marx, o trabalhador não possui liberdade no sentido de vender sua força de trabalho, ou seja, não apresenta uma posição de livre vendedor. Já o capitalista é sempre livre para querer empregar tal trabalhador ou não. Dessa forma, aqueles em situação de operário são sempre forçados a venderem seu trabalho. Para que a vida humana seja uma mercadoria, é preciso admitir que continuamos em um sistema de servidão no qual a liberdade não é real.

Se o trabalho é uma mercadoria, o é com as mais infelizes propriedades. O regime econômico atual reduz, ao mesmo tempo, o preço e a remuneração do trabalho; aperfeiçoa o trabalhador enquanto degrada sua humanidade.

Neste sentido, a análise de Marx demonstra que não se trata somente de uma defesa pela transformação econômica, mas sim de uma revolução da história do *ente* humano. A obra de Karl Marx, *Manuscritos econômico-filosóficos*, atinge o ponto central desta pesquisa: a essência e o valor conferido ao ser humano em uma concreta situação histórica. As contradições entre as relações subjetivas, bem como o conceito de liberdade e sua relação imanente com o aspecto da necessidade são pontos chave para a compreensão da essência humana no sistema capitalista de produção. Portanto, da mesma forma que Herbert Marcuse apontou em sua obra “*Materialismo e existência*”, a crítica da economia política desenvolvida por Karl Marx e iniciada em seus manuscritos apresenta uma central significação para toda a substância da existência humana.<sup>12</sup> Nas palavras de Marcuse:

---

<sup>10</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 29.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 108.



Objeto da crítica é a economia política enquanto justificção científica, a saber, cobertura de uma **alienação total e desvalorização da realidade humana**, como a representa a sociedade capitalista – enquanto uma ciência que faz do homem o seu objeto, enquanto um ser desnaturado **cuja existência total é determinada através da divisão entre trabalho**, capital e terra, através de uma **desumana divisão do trabalho**, através de concorrência privada.<sup>13</sup>

Neste contexto, apreende-se um mundo estranho ao homem enquanto poder hostil do antagônico mundo da mercadoria e do dinheiro no qual a maior parte da humanidade só existe como trabalhadores abstratos separados da completa realidade da existência humana, assim como separados do objeto de seu trabalho, coagidos a vender a si próprios na condição de mercadorias para poder manter apenas sua existência física geral.<sup>14</sup>

A realidade se efetiva como uma realidade desumana, pois o sujeito concreto é reduzido à objetivação na categoria de coisa perante a um conjunto de estranhamentos. A vida se apresenta de forma estranhada da essência/substancialidade humana. Há uma total *desconcretização* do ser humano. O mundo objetivo não é a mais autêntica propriedade humana, “apropriada em livre atividade e campo da livre afirmação e afirmação de toda natureza humana, mas sim um mundo de coisas possuídas, utilizáveis e trocáveis na propriedade privada a cujas leis o homem está submisso.”<sup>15</sup>

Deve-se encarar a história do ser humano para alcançar uma compreensão da própria existência humana. De acordo com Marcuse, a discussão não pode ser reduzida ao aspecto econômico:

[...] vêm a ser colocados em questão, através da sociedade capitalista, não só fatos e objetos econômicos, e sim a total existência do homem, a realidade humana, que é, para Marx, o decisivo fundamento da revolução proletária enquanto uma revolução total e radical a qual só exclui impreterivelmente a mudança parcial ou evolução.<sup>16</sup>

A filosofia marxista não se centraliza em aspectos puramente econômicos, mas se desenvolve em termos de compreensão da própria existência humana em uma dada realidade e situação histórica. Para analisar a realidade desumana diante da configuração da sociedade capitalista, deve-se partir dos conceitos já desenvolvidos por Marx, que envolvem a categoria do trabalho. Esse não apenas produz mercadorias, mas também produz a si mesmo e os indivíduos enquanto mercadorias. O trabalhador produz estranhos objetos para indivíduos estranhos a si mesmo. Sua condição humana é transformada

<sup>13</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 108. p. 108. (Grifo nosso)

<sup>14</sup> Ibid., p. 108.

<sup>15</sup> Ibid., p. 108.

<sup>16</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 112.

espiritualmente e materialmente à condição de máquina, de maneira a se reduzir o ser humano a uma atividade abstrata.

A partir da constatação empírica acerca do trabalho apreende-se que não se verifica, concretamente, uma total e livre realização do ser humano, mas que este se tornou uma total desrealização.<sup>17</sup> A existência humana se *desrealiza* perante a alienação do trabalho. O que se pretende alcançar é a compreensão de que a descrição econômico-política de Karl Marx demonstra que a situação econômica do trabalhador remete à sua própria existência ou, em termos específicos, se refere à substância e à essência da realidade do ser humano enquanto ser humano no campo dos comportamentos econômicos. Os conceitos de alienação<sup>18</sup> e objetivação, desenvolvidos por Karl Marx, representam uma significação central à compreensão da vida humana na sociedade capitalista.

A vida humana se perde em favor do objeto estranho resultado do trabalho de forma a se antagonizar estranhamente. O trabalho alienado passa a ser o comportamento do ente humano: sua total *desrealização*. Marcuse, com certa cautela, autoriza uma análise de cunho ontológico sobre o *ser* e sua relação com o próprio trabalho no sentido de que o trabalho exterioriza e realiza o ente humano. O trabalho passa a ser analisado como uma determinação ontológica do ser humano.

A partir da colocação do trabalho como autoconstitutivo ou auto-objetivante do homem, o trabalho como atividade vital, como vida produtiva considerado como um dado ontológico, Marx desenvolve sua crítica perante a esses elementos ontológicos básicos já elaborados por Hegel. As categorias hegelianas de objetivação referem-se ao ponto central da problemática filosófica de Hegel na visão de Marcuse.<sup>19</sup>

A questão é como são avaliados por Marx, o ser e o ente do homem? A resposta se refere à ideia de *totalidade do ser humano*. A realização do ente humano seria a base da teoria marxista. O homem é considerado como um ente-espécie que se conduz como universal e assim, livre.

---

<sup>17</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 113.

<sup>18</sup> Atitude do homem diante do seu objeto.

<sup>19</sup> Marcuse aponta que o homem só pode realizar seu ente quando ele se realiza enquanto objetivo, isto é, quando ele cria um mundo objetivo externo, material, em cuja elaboração ele se apresenta realmente. O trabalho, assim apreendido, constitui a específica afirmação do ente humano: nele se realiza e se mantém o peculiar sentido humano. MARCUSE, H. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.

O comportamento humano se apresenta em objetividade e o modo humano de produzir é considerado como universalidade e liberdade.<sup>20</sup> A objetivação compete à essência do homem. Apenas uma forma da objetivação pode ser superada: a coisificação. **O sujeito empírico é um ente objetivado, um ente com essenciais forças objetivas materiais.**<sup>21</sup> O indivíduo pode externar sua vida apenas a objetos reais, ou seja, sensíveis. O mundo objetivo pertence ao próprio ser humano como necessária objetivação do homem: há a *auto-objetivação* humana.

No modo de produção capitalista, a objetivação humana se transforma em coisificação: o objeto perde plenamente o seu ente. Diante de uma sociedade organizada a partir do trabalho alienado e da propriedade privada, o objeto se tornou autônomo e superior ao seu ser. A sensibilidade é posta como um conceito ontológico, mas dentro de uma determinação essencial ao ser humano. O ser sensível representa o ser real. Desse modo, ser objeto sensível significa ter objetos sensíveis fora de si, ter objetos da sua sensibilidade. Devido à complexidade no estudo acerca do conceito de sensibilidade, será tratado em tópico específico.

### *7.1.1 A vida estranhada de sua essência humana e sua relação com a propriedade privada*

De acordo com Marx, a vida material dos indivíduos, que de modo algum depende de sua mera vontade, o modo de produção e as formas de intercâmbio que se condicionam reciprocamente são a base real do Estado e do Direito. Desse modo, continuam a sê-lo em todos os níveis em que a divisão do trabalho e a propriedade privada ainda são necessárias de forma inteiramente independente da vontade dos indivíduos.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 120.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 121.

A racionalidade jurídico-penal que embasa a fundamentação metafísica da proteção penal da vida humana orienta esta proteção à pessoa moral. Portanto, parte-se da noção de sujeito responsável e de sujeito de direito em contraposição à análise sobre o sujeito empírico, sensível, real.

Alamiro Velludo Salvador Netto explica que a igualdade formal, baseada no individualismo liberal, está ligada à construção do conceito de sujeito de direito de modo afastado da realidade material, transformando-o na abstração com a qual se outorga igualmente a todos uma série de deveres, sempre lastreados sob as noções (abstratas) de responsabilidade e de livre-arbítrio. A prática do delito surge como um fenômeno ou acontecimento notoriamente individual, produto exclusivo da vontade expressa pelo sujeito de direito responsável e, por conseguinte, a pena mostra-se como a legítima resposta estatal derivada da culpa, da reprovação decorrente deste comportamento singular, individual. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 151-152.

<sup>22</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 318.

As condições reais não foram criadas pelo poder abstrato do Estado; elas são, antes, o poder que o cria. Os indivíduos que dominam nessas condições abstraem-se do fato de que seus poderes constituem poder enquanto Estado. Tais indivíduos conferem às suas vontades, levadas por essas condições bem determinadas, uma expressão geral como vontade do Estado e do Direito. Estas expressões gerais, cujo conteúdo é conferido pelas condições de classe, refletem, como exemplificação clara, toda a edificação do Direito Privado e do Direito Criminal.<sup>23</sup>

Desse modo, a imposição dos indivíduos independentes uns dos outros e da sua própria vontade, que sobre essa base é necessariamente egoísta em seu comportamento recíproco, torna necessária a autorrenúncia à lei e ao direito. Desse modo, o Direito é concebido como exteriorização da liberdade.

Assim como o direito não procede da pura arbitrariedade, tampouco procede dela o crime, isto é, a luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes. Ao contrário, ele está nas mesmas condições que aquele domínio. Os mesmos visionários que vislumbram no direito e na lei o domínio de uma vontade universal independente para si mesma conseguem ver no crime a simples quebra do direito e da lei. Portanto, não é o Estado que subsiste por meio da vontade dominante, mas o Estado que procede do modo de vida material dos indivíduos tem também a forma de uma vontade soberana. Se esta perde o domínio, então se modificou não só a vontade, mas também a existência e a vida material dos indivíduos, e só por causa disso a sua vontade.<sup>24</sup>

A compreensão da vontade individual atrelada à vontade geral se expressa na visão idealista a respeito do Estado. Nesta perspectiva idealista, Direito e Estado se originam de um conceito geral da mesma forma que se considera o crime como um ato contra o conceito e a pena como a afirmação dos conceitos violados. Neste caminho metodológico,

---

<sup>23</sup> Alamiro Velludo Salvador Netto, em sua obra *Direito Penal e propriedade privada*, analisa que a dogmática penal dos crimes contra o patrimônio é um espaço privilegiado para os estudos do pensamento jurídico crítico tanto em termos criminológicos quanto no tocante à estruturação das normas componentes deste setor de criminalização. O autor questiona em que medida a dogmática dos crimes patrimoniais ajuda na formatação de um sistema que pune de forma desigual. Ressalta-se que não se buscam indagações propriamente sociológicas ou criminológicas em relação às estruturas formais de controle, mas se busca perceber como a articulação legal, por trás de sua inerente e citada igualdade formal, também pode ajudar a propiciar uma realidade desigual. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>24</sup> Marx ressalta as pessoas que foram assassinadas, na época do terror, em nome do Povo soberano, ou seja, do Sagrado. Marx critica as concepções, como a de Sancho, para as quais o crime enquanto uma negação ao Direito seria, então, um pecado, um desprezo pelo Sagrado. Já a pena seria a autodefesa deste. “O furto cometido por um pobre-diabo que se apropriou de um talher alheio pode ser subsumido na categoria dos contra a lei; por isso, esse pobre-diabo cometeu o furto por pura vontade de violar a lei [...] as leis teriam sido promulgadas e os ladrões teriam sido trancafiados unicamente por causa do Sagrado.” MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 327. Sancho confunde, na concepção de Marx, o Código Criminal com um manual de moral religiosa.

a realidade se configura a partir de conceitos gerais. Todavia, com o desenvolvimento da sociedade burguesa, a transformação dos interesses pessoais em interesses de classe exigiu que as relações jurídicas se modificassem. Tais relações não poderiam mais ser concebidas como individuais, mas universais. Para Marx, as condições reais sobre as quais se edificaram as formas do Direito e suas expressões jurídicas, de acordo com as relações de classe, demonstram os conceitos idealizados perante as condições bárbaras.<sup>25</sup> Interessante a observação de Marx de que às condutas violentas por parte do Estado são denominadas Direito, já a violência provinda do comportamento individual designa-se como crime.

As condições reais, concretas, materiais da vida dos indivíduos são acobertadas pela propriedade privada. Todavia, essas condições entram em contradição com a ideia jurídica abstrata de propriedade privada. Desse modo, Karl Marx critica a filosofia idealista alemã no sentido de que tal filosofia encontra o reconhecimento político da propriedade privada no Direito em vez de partir das relações materiais de produção.

Com esta inversão, Marx critica o conceito de direito e seus preceitos abstratos. Em outras palavras, não se poderia, por exemplo, falar do direito à vida a partir de preceitos jurídicos fictícios, mas sim a partir das relações materiais concretas. Explica-se:

As relações de produção dos indivíduos até aqui estabelecidas igualmente devem ganhar expressão em relações políticas e jurídicas. No âmbito da divisão do trabalho, essas relações obrigatoriamente se tornam independentes dos indivíduos. Todas as relações só podem ser expressas em termos de linguagem na forma de conceitos. O fato de essas generalidades e esses conceitos serem considerados como forças misteriosas é uma consequência necessária da autonomização das relações reais cuja expressão elas constituem.<sup>26</sup>

Desse modo, é nas relações de produção que reside o fundamento das relações de propriedade e não no Direito. A filosofia que coloca como ponto de partida a consciência

---

<sup>25</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 351.

<sup>26</sup> Ibid.

No mesmo sentido, Alamiro Velludo Salvador Netto observa que as categorias jurídicas são justificativas teóricas do controle que recai sobre determinadas relações sociais materiais. O sistema criminal se apresenta como interessado na defesa do bem comum, da convivência igual entre os cidadãos, quando, de fato, oculta a essência das relações materiais e atua como efetivo instrumento de tutela do domínio de classe. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

Do mesmo modo, o conceito de pessoa moral oculta a verificação do sujeito sensível. “[...] o Direito Penal, ao ocultar a realidade mediante sua linguagem normativa, legitima sua atuação, produzindo uma representação acerca de si mesmo que não vai além da aparência, de uma falsa consciência, de uma ideologia jurídica” Ibid., p. 152.

Ora bem, a racionalidade metafísica que mistifica o fundamento real da proteção penal da vida humana nada mais é do que um reflexo das relações sociais materiais as quais são estruturadas a partir da máxima repressão às manifestações concretas de liberdade na condição de percepção das necessidades e superação destas.

resulta em uma filosofia moral. Observa-se bem: o preceito sobre o qual reside o mandamento de que se abstenha de interferir na propriedade alheia seria um preceito derivado das relações de propriedade e não do Direito. Questiona-se: “[...] então a maioria possuir apenas alguns trapos seria uma consequência natural da satisfação que essa maioria sente por ter trapos?”<sup>27</sup>

A autoexclusão dogmática de cada indivíduo perante a propriedade alheia representa, somente, uma ilusão jurídica. O modo de produção e intercâmbio atual trata de excluir todos da propriedade que lhe pertence. Assim sendo, se compreendemos o direito e a propriedade privada a partir das relações materiais de produção, o conceito de liberdade será diferente do colocado por meio da filosofia idealista.

Ao contrário do exposto no capítulo sobre a filosofia hegeliana, Karl Marx não considera a propriedade privada uma exteriorização da liberdade humana. Pelo contrário, concebe a propriedade privada como um resultado, um produto das relações de estranhamento, ou seja, a propriedade privada é a consequência necessária do trabalho exteriorizado, da relação externa do trabalhador com a natureza e consigo mesmo; resulta, portanto, do conceito de trabalho exteriorizado, isto é, de homem exteriorizado, de trabalho estranhado, de vida estranhada, de homem estranhado.

A propriedade privada, antes de ser fundamento, é a consequência do trabalho exteriorizado e estranhado. Esta relação se transforma em relação recíproca: somente no significativo estágio do desenvolvimento da propriedade privada vem à tona novamente este seu mistério, qual seja: que é, por um lado, o produto do trabalho exteriorizado e, em segundo lugar, o meio pelo qual o trabalho se exterioriza, a realização desta exteriorização.

O salário é somente uma consequência necessária do estranhamento do trabalho, o trabalho aparece não como fim em si, mas a serviço do salário. Uma violenta elevação do salário nada seria além de um melhor assalariamento do escravo; não proporciona ao indivíduo alcançar sua dignidade e determinação humana. O salário é, portanto, uma consequência imediata do trabalho estranhado e este é a causa imediata da propriedade privada.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

<sup>28</sup> Karl Marx deixa evidente, por meio de sua análise sobre comércio internacional, que a aquisição burguesa é totalmente independente da política. Todavia, a política é totalmente dependente da aquisição burguesa. Dessa forma, quando, por exemplos, trabalhadores exigem um aumento salarial, mesmo que o Estado e a política mediem este processo, eles nada ganharão já que continuarão sendo trabalhadores e seus adversários, capitalistas. *Ibid.*, p. 349.

No contexto do trabalho exteriorizado, a apropriação aparece como estranhamento, como exteriorização, e a exteriorização como apropriação. Assim, o estranhamento é posto como a verdadeira civilização e o cidadão, ou seja, o homem já estranhado de sua essência humana adquire os valores civis burgueses. A propriedade privada, como a expressão resumida do trabalho exteriorizado, abarca as duas relações: a relação do trabalhador com o trabalho, com o produto do seu trabalho e com o não-trabalhador; e a relação do não-trabalhador com o trabalhador e com o produto do trabalho deste último.<sup>29</sup>

A subjetividade é considerada a partir do fato de que o trabalho e, portanto, o capital é o homem totalmente perdido de si mesmo. O homem nada mais é do que trabalhador e, como trabalhador, suas propriedades humanas são apenas na medida em que são para o capital, que lhe é estranho.<sup>30</sup>

Dessa forma, nas relações de propriedade privada, o ser humano não tem existência enquanto ser humano, mas apenas em sua condição de trabalhador e, nessa condição, é relegado aos riscos da morte pela fome.<sup>31</sup>

[...] o ladrão, o mendigo, o desempregado, o faminto, o miserável, o criminoso são figuras que não existem para a economia nacional. As carências do trabalhador são assim apenas a necessidade de conservá-lo durante o trabalho, afim de que a raça dos trabalhadores não desapareça. O salário possui, por conseguinte, exatamente o mesmo significado de conservação de qualquer outro instrumento produtivo, tal qual o consumo do capital em geral, de modo a poder reproduzir-se com juros. O salário pertence, pois, aos custos obrigatórios do capital e do capitalista e não deve ultrapassar a necessidade desta obrigação.<sup>32</sup>

A relação da propriedade privada é trabalho, capital e a relação entre ambos. A relação de propriedade privada determina sua relação como trabalho, assim como a relação dela mesma como capital e a conexão destas duas expressões uma com a outra.<sup>33</sup>

---

“Com o desenvolvimento e a acumulação da propriedade burguesa, isto é, com o desenvolvimento do comércio e da indústria, os indivíduos se tornaram cada vez mais ricos, ao passo que o Estado se tornou cada vez mais endividado. [...] tendo a burguesia juntado algum dinheiro, o Estado é obrigado a mendigar junto a ela, acabando, na prática, por ser comprado por ela. Isso aconteceu num período no qual a burguesia ainda se defrontava com outra classe, ou seja, no qual o Estado ainda podia manter uma certa aparência de independência em relação a ambas. Porém, mesmo depois de ser comprado, o Estado continua necessitado de dinheiro e, por isso, continua a ser dependente dos burgueses, sempre podendo, não obstante, quando exigido pelo interesse dos burgueses dispor de mais recursos do que outros Estados menos desenvolvidos e, em consequência, menos endividados.” MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 349.

<sup>29</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 90.

<sup>30</sup> Ibid., p. 91.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid., p. 92.

<sup>33</sup> Ibid., p. 97.

Por um lado, trata-se da produção da atividade humana enquanto trabalho, ou seja, enquanto uma atividade totalmente estranha a si, ao homem e à natureza e, por conseguinte, a consciência e manifestação de vida também como atividade estranha; a existência abstrata do homem como um puro homem que trabalha e que, por isso, pode precipitar-se diariamente de seu pleno nada no nada absoluto e, portanto, na sua efetiva não-existência. Por outro, trata-se da produção do objeto da atividade humana como capital, no qual toda determinidade natural e social do objeto está extinta, em que a propriedade privada perdeu sua qualidade natural e social no qual também o mesmo capital permanece o mesmo na mais diversificada existência natural e social, é completamente indiferente ao seu conteúdo efetivo. Esta oposição levada ao seu extremo é necessariamente o auge, a culminância e o declínio de toda a relação.<sup>34</sup>

A essência subjetiva da propriedade privada é o trabalho. Ela se incorpora ao homem e o reconhece enquanto sua essência. Compreende-se que o trabalho não livre é apreendido como a fonte da nocividade da propriedade privada e da existência estranhada do homem. A propriedade privada material imediatamente sensível é a expressão material-sensível da vida humana estranhada.<sup>35</sup> Assim, o trabalho como essência subjetiva da propriedade privada se apresenta, também, como exclusão desta. O Capital, como trabalho objetivo, é a própria exclusão do trabalho. Essa é a relação contraditória entre propriedade privada, capital e trabalho.

Karl Marx propõe uma sociedade na qual a expressão positiva da propriedade privada seja supressumida. A religião, a família, o Direito, a Moral e a ciência se apresentam somente como formas particulares da produção. A supressumção positiva da propriedade privada enquanto apropriação da vida humana resulta na supressumção positiva de todo o estranhamento. Por conseguinte, há o retorno do homem, da religião, da família, do Estado à sua existência humana, isto é, sua existência como ser social.

O caráter universal do movimento representa a sociedade como produtora do homem, bem como ela é produzida por meio deste. A essência humana está, portanto, no

<sup>34</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 93.

Alamiro Velludo Salvador Netto analisa a dimensão política do conceito de propriedade como sendo determinante para a conformação de grande parte das relações sociais. O conteúdo do conceito como objeto de proteção também do Direito Penal se aperfeiçoa tanto no aspecto jurídico quanto naquele político, sendo o primeiro uma espécie de sedimentação normativa das formas assumidas pela propriedade no âmbito político-social. Assim sendo, a dimensão política do conceito de propriedade proporciona a percepção de seu conteúdo o qual possui as suas matrizes políticas determinadas por certos interesses, refletindo um contexto social específico e suas estruturas de poder. Conclui-se que a propriedade não é um instituto natural, divino (como afirmava o *jusnaturalismo*), mas construído e reconstruído pelo homem, como atributo elementar em suas relações, mediadas por coisas, com os outros. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

“[...] as agressões patrimoniais relevantes para o Direito Penal nas sociedades ocidentais e, conseqüentemente, no Brasil, não são nem aleatórias nem produzidas espontaneamente, como revelações de um Direito Natural. Os crimes aqui estudados são produtos de uma dimensão política e de um conceito jurídico específico.” Ibid.

<sup>35</sup> Ibid., p.106.



homem social. A *minha* existência é concebida como atividade social, por isso, “o que faço a partir de mim o faço para a sociedade e com a consciência de *mim* como um ser social.”<sup>36</sup>

A filosofia marxista realiza uma inversão em questões valorativas no sentido de retirar a sociedade como uma abstração frente ao indivíduo. Este é o ser social e sua manifestação de vida é uma externalização e confirmação da vida social.

Minha consciência universal é apenas a figura teórica daquilo de que a coletividade real, o ser social, é a figura viva, ao passo que hoje em dia a consciência universal é uma abstração da vida efetiva e, como tal, se defronta hostilmente a ela. Por isso, também a atividade da minha consciência universal – sob o aspecto de uma atividade – é minha existência teórica sob o aspecto de ser social.<sup>37</sup>

Na condição de consciência genérica, o homem confirma sua vida social real e transfere ao pensamento sua existência efetiva enquanto o ser genérico se confirma na consciência genérica e é, em sua universalidade, ser pensante *para si*.

O homem é, do mesmo modo, tanto a totalidade, a totalidade ideal, a existência subjetiva da sociedade pensada e sentida para si, assim como ele também é na efetividade, tanto como intuição e fruição efetiva da existência social, quanto como uma totalidade de externalização humana de vida.<sup>38</sup>

A propriedade privada é a expressão sensível do homem objetivo para si e, assim, sua transformação em um objeto estranho e não humano. A exteriorização da vida representa uma efetivação estranha.

A propriedade privada nos fez tão cretinos e unilaterais que um objeto somente é o nosso objeto se o temos, portanto, quando existe para nós como capital ou é por nós imediatamente possuído, comido, bebido, trazido em nosso corpo, habitado por nós; enfim, usado. Embora a propriedade privada apreenda todas estas efetivações imediatas da própria posse novamente apenas como meios de vida, e a vida, à qual servem de meio, é a vida da propriedade privada: trabalho e capitalização.<sup>39</sup>

Compreende-se que no sistema capitalista de produção, a vida humana é direcionada pelo sentido do *ter*. As regras de propriedade privada, sob a proteção do Direito, apreendem todas as efetivações imediatas como meio de vida. Esta passa a ser a vida da propriedade privada e não do ser humano. Sob a lei regida pelo sentido do *ter*, os sentidos espirituais passam a ser ocupados por seus próprios estranhamentos e a essência humana é reduzida à miséria.

<sup>36</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

O estranhamento do homem perante si mesmo e perante todos os outros homens impulsiona para que se procure no outro uma nova carência para ser explorada. Diante do domínio do sentido do ter sob o sentido do ser, o ser humano se torna cada vez mais pobre enquanto ser humano. Nas palavras de Marx, cresce sua penúria à medida que aumenta o poder do dinheiro.<sup>40</sup>

Ao passo que o modo de produção capitalista reduz a carência do trabalhador, a mais necessária e mais miserável substância da vida física e sua atividade ao movimento mecânico mais abstrato afirma que o homem não tem nenhuma outra carência, nem de atividade, nem de fruição, pois ele proclama também esta vida como vida e existência humanas, na medida em que ele calcula a vida mais escassa possível como norma e, precisamente, como norma universal vigente para a massa dos homens, ele faz do ser humano um ser insensível e sem carências, assim como faz de sua atividade uma pura abstração de toda atividade.<sup>41</sup> Afirma-se que “Quanto menos tu fores, quanto menos externares a tua vida, tanto mais tens, tanto maior é a tua vida exteriorizada, tanto mais acumulas da tua essência estranhada.”<sup>42</sup>

O estranhamento está no fato de que o meu meio de vida pertence a outro, ou seja, os meus desejos estão em posse inacessível de outro, bem como no fato de que cada coisa é um outro em si mesmo. A própria atividade apresenta-se como outro para mim até se alcançar o nível de que o poder não humano domina. A história do sistema capitalista de produção tem representado não a histórica do desenvolvimento do ser humano na condição de ser humano; não representa a história da existência humana porque tal sistema retira qualquer humanidade da essência do homem. A histórica da sociedade contemporânea continua a ser a história do Capital. A transformação da propriedade privada em outras formas de Capital representa a vitória deste sobre todas as qualidades humanas.

Karl Marx não nega que a vida humana tenha necessitado, em certo momento histórico, da propriedade privada para a sua efetivação. Mas, afirma que, por outro lado,

---

<sup>40</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 139.

Sobre o dinheiro: “O dinheiro faz da representação efetividade e da efetividade uma pura representação, transforma igualmente as forças essenciais humanas efetivas e naturais em puras representações abstratas e, por isso, em imperfeições, angustiantes fantasias, assim como, por outro lado, transforma as efetivas imperfeições, e fantasias, as suas forças essenciais realmente impotentes, que só existem na imaginação do indivíduo, em forças essenciais efetivas e efetiva capacidade. [...] O dinheiro representa a inversão universal das individualidades. É a confusão e a troca universal de todas as coisas. É o mundo invertido. É a troca de todas as qualidades naturais do ser humano.” Ibid., p. 160.

<sup>41</sup> Ibid., p. 140.

<sup>42</sup> Ibid., p. 142.

Ao ser humano só é permitido ter tanto para que queira viver, e só é permitido querer viver para ter.

necessita-se da suprassunção daquela para se ter um retorno à vida essencialmente humana. A sociedade na qual vivemos, ainda hoje, funda-se na supremacia do interesse privado sobre o social, apesar dos discursos jurídicos declararem o contrário.

O empobrecimento e a desessencialização da atividade individual mediante a divisão do trabalho são reconhecidos. Troca e divisão do trabalho são reconhecidas como produtoras da grande diversidade dos talentos humanos, uma diversidade que, pelas primeiras, se torna, novamente útil. [...] a divisão do trabalho é circunscrita pelo mercado - O trabalho humano é simples movimento mecânico; o principal é feito pelas propriedades materiais dos objetos. - A um indivíduo tem de ser atribuído o mínimo possível de operações - fragmentação do trabalho e concentração do capital; nulidade da produção individual e a produção da riqueza em massa - entendimento da livre propriedade na divisão do trabalho.<sup>43</sup>

Marcuse assevera que a propriedade privada constitui a expressão material sensível da vida humana alienada. Seu movimento é a revelação, realização e realidade do homem. Expressa todo o acontecer da vida humana. A vida que se exterioriza na propriedade privada é a vida estranha e desumana, portanto, representa uma *desrealização*.<sup>44</sup> Por isso, a superação da propriedade privada não se pode dar somente em termos econômicos.

A propriedade privada se trata da realização de um comportamento humano. O problema é que se realiza na propriedade um ente humano alienado. Assim, a propriedade representa esta forma desfeita do comportamento essencialmente humano. A propriedade não se apresenta, neste contexto, como autenticamente humana.<sup>45</sup>

## 7.2 O sistema moral moderno como meio de adaptação à vida que aprisiona a humanidade

O presente tópico, embasado nos estudos de W. Reich e E. Bloch, pretende apresentar uma crítica ao sistema moral moderno que recai, notadamente, à doutrina da virtude de Kant projetada à filosofia do direito penal de Hans Welzel em torno dos conceitos de pessoa moral (sujeito abstrato, responsável), de autonomia ética e de

<sup>43</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 246.

<sup>44</sup> MARCUSE, H. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 134.

Marcuse compreende que Hegel apreendeu a desrealização do homem como autorecuperação. O ente humano, em sua necessidade de exterioriza-se, se aliena para poder recuperar-se a si mesmo. Só no seu ser outro pode se tornar para si o que ele é. Este é o sentido positivo da negação, da dialética da negatividade. Bases ontológicas de Hegel. Ibid.

<sup>45</sup> KARL, Marx. Op. Cit., 2004. p. 134.

A apropriação e apossamento do ser humano à propriedade deveria apresentar um comportamento total, de maneira a se emancipar todos os sentidos humanos. Homem plenamente objetivo em sua obra e em sua realidade. Uma apropriação livre e universal aparece como o trabalho, não mais como realidade alienada, mas como realidade multilateral, autorealização e externamento. Ibid.

liberdade como autodeterminação conforme o sentido. Ademais, pretende-se estender as considerações críticas deste tópico à fundamentação moral-religiosa conferida à proteção penal da vida humana pela perspectiva de Nelson Hungria e Olavo Oliveira.

W. Reich parte do pressuposto de que todos os homens nascem livres, mas, ao mesmo tempo, se apresentam, por todos os lados, acorrentados.<sup>46</sup> Desta situação, resulta a angústia humana. Ernst Bloch explica a distinção entre o afeto expectante negativo que abarca os elementos de autodestruição (a angústia, o medo, o pavor, o horror e o desespero) e o afeto expectante positivo, o qual manifesta a esperança e a confiança.<sup>47</sup>

Diante da sociedade capitalista, a relação de tensão que se forma entre os seres humanos representa uma angústia incessante controlada pelas preocupações e desesperos que envolvem a ordem econômica. Este controle é realizado por bloqueios sociais ao impulso de autopreservação, que tenta se libertar dos afetos expectantes negativos intensificados de sobremaneira na sociedade do Capital.

As condições sociais existentes alimentam a angústia da vida e a angústia da morte - quando não as geram.<sup>48</sup> Para Bloch, a esperança seria o único afeto que poderia reduzir a angústia humana porque é a partir da esperança que surge a confiança capaz de se sobrepor ao afeto do desespero. As relações sociais pautadas no modo capitalista de produção transformaram a sociedade em uma empresa alienada, em gigantescas proporções.

As doutrinas morais e religiosas representam o papel de instrumento de perpetuação do sentimento de aprisionamento, o qual resulta na intensificação não somente da angústia humana, mas de todos os afetos expectantes negativos. Segundo Reich, a humanidade não tem apresentado a capacidade para estabelecer uma vida moral: na sociedade moderna, devastada por guerras e massacres, a Filosofia Moral precisou se transformar em instrumento de opressão.

Neste sentido, Reich afirma que é inútil discutir acerca do sentido conferido à vida humana se nós ignorarmos o que, realmente, é a Vida. Sua teoria representa um alerta de que há algo, essencialmente, errado no processo pelo qual o ser humano conhece a si

---

<sup>46</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 1.

<sup>47</sup> BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 79.  
Sobre a esperança, explica-se que o conteúdo ativo da esperança, na qualidade de conscientemente esclarecido, cientemente explicado, é a função utópica positiva, enquanto o conteúdo histórico da esperança é a cultura humana na relação com seu horizonte utópico-concreto. Ibid., p. 146.

<sup>48</sup> Ibid., p. 111

O bem estar da classe dominante é colocado como bem estar da humanidade.

mesmo. “Por onde lançamos nossos olhares, vemos o homem correndo em círculos, como se, preso numa armadilha, tentasse em vão escapar de sua prisão e de seu desespero.”<sup>49</sup>

O primeiro requisito para se desprender da Vida que aprisiona a humanidade é reconhecer estar em uma situação de aprisionamento. A estrutura emocional de caráter do homem se apresenta como uma armadilha, pois mesmo reconhecendo sua situação de prisioneiro não consegue encontrar a saída. Reich esclarece que esta existe, mas está escondida. Este é o maior enigma.

A saída é visível para todos os que estão presos. “Mas ninguém parece vê-la. Todos sabem onde ela está, mas ninguém se move em direção a ela. Quem quer que a indique é declarado louco, criminoso, pecador, digno de queimar no inferno.”<sup>50</sup> Além disto, se algum dos prisioneiros tentar sair da prisão, os outros o matam.

Na realidade, o grande problema não é a prisão em si, mas os próprios prisioneiros. O grande enigma a respeito da Vida e de sua origem é colocado por Reich como um problema psiquiátrico: refere-se à estrutura de caráter *encouraçado* do ser humano que procura por uma evasão do essencial a si mesmo.<sup>51</sup> Nesse sentido, o homem tem medo de encontrar a saída da prisão, isto é, o próprio ser humano teme uma Vida, essencialmente, livre: uma Vida viva.

Para habituar-se à vida na prisão, os homens desenvolvem técnicas elaboradas, destinadas a manter a Vida em um nível, significativamente, limitado em termos de potencialidades humanas. Reich acredita que os seres humanos, já adaptados à Vida reduzida à prisão, perderam o sentido da plenitude da Vida humana de modo que restou somente uma nostalgia intensa de uma vida regressa feliz. Mas esta lembrança não pode ser vivida de forma real, de maneira que se passa a cultivar um verdadeiro sentimento de ódio pela Vida.

A obra “*Assassinato de Cristo*” retrata que Cristo foi vítima desta estrutura do caráter *encouraçado* do ser humano por representar, em si mesmo, o princípio da Vida viva. Quando se fala em *Assassinato de Cristo* refere-se ao assassinato crônico no sentido de se viver em um modelo de vida no qual o princípio da Vida é, constantemente, eliminado. O *Assassinato de Cristo* permanece todos os dias em cada massacre, em cada guerra, em cada redução de vidas individuais aos níveis intensos de sofrimento e miséria humana.

---

<sup>49</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo: a peste emocional da humanidade.** 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 5.

<sup>50</sup> Ibid., p. 5.

<sup>51</sup> Ibid., p. 6.

A tragédia da vida humana é oculta por meio de discursos que se pretendem racionais, lógicos e coerentes válidos em um sistema que “opõe a lei ao crime, o Estado ao povo, a moral ao sexo, a civilização à natureza, a política ao criminoso, e assim por diante, percorrendo todo o rol de misérias humanas.”<sup>52</sup> De acordo com Reich, há boas razões para que a raça humana tenha se recusado a conhecer a profundidade e a verdadeira dinâmica de sua miséria crônica. A civilização continua em seu suposto progresso e em sua evolução mesmo que seja às custas de guerras, massacres e miséria. As vítimas do Assassinato crônico da Vida viva variam, as razões variam, os métodos variam, mas o motivo é sempre o mesmo.

A Vida se adapta a todas as condições de existência e, por isso, a *peste emocional* se apropria dela para alcançar seus fins. Dentro da prisão, a Vida se adapta às almas prisioneiras. Ela se acostuma com “a agitação, com a pressa, com o nervosismo, ao lado de uma vaga ansiedade, como um sonho desvanecido há muito tempo.”<sup>53</sup> Para propiciar esta adaptação, a Vida se encontrou de forma obrigada a desenvolver novos meios de existência. A supressão das liberdades incompatíveis com a Vida no modelo de prisão se tornou uma necessidade de existência.

A liberdade humana tornou-se um ideal por ser incompatível com a adaptação da Vida prisão. Os seres humanos sofrem por esta supressão de liberdade, sonham em um dia recuperá-la e, assim, passam toda a vida, simplesmente, esperando.<sup>54</sup> Nesse contexto, as doutrinas filosóficas moralistas que possuem como pressuposto a “*maldade inata*” do ser humano, bem como as ideias de Estado como meio de proteção à coexistência social (já que o homem seria, por si mesmo, *mau*) apontam o homem como um pecador que deve se conter perante a sua personalidade moral.

Por conseguinte, a filosofia moral não consegue apreender os enigmas da existência humana porque, na realidade, os oculta. A distância entre o *ser* e o *dever ser* se impõe e é por meio desta separação que a racionalização dos massacres contra vidas humanas se legitima. O que é e o que deveria ser se encontram em uma unidade e demonstram a

---

<sup>52</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 9.

Durante a Idade Média, o Catolicismo apresentou as mesmas características que o Fascismo do século XX.

<sup>53</sup> Bloch refere-se a uma sensação de que “há felicidade suficiente no mundo, menos para mim”. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 38.

<sup>54</sup> REICH, Wilhelm. Op. Cit., 1999.

história da humanidade. As doutrinas filosóficas que tentam corromper esta unidade mantêm o imobilismo na estrutura humana.

A história permaneceu imóvel porque o homem que a escreve está imóvel. O assassinato de Cristo poderia acontecer e acontece em nossos dias como antigamente. Os atuais conflitos econômicos e sociais refletem exatamente os conflitos daquele tempo: imperadores e governadores estrangeiros, uma nação dominada, impostos fiscais esmagadores, ódio nacional, zelo religioso, colaboração dos líderes do povo oprimido com o opressor.<sup>55</sup>

A separação entre o *ser* e o *dever ser* representa a separação entre o Eu *verdadeiro* e o Eu *fantasiado*, de modo a intensificar o abismo entre a *Vida verdadeiramente Viva* e a *Vida que aprisiona a humanidade*.

As fundamentações dogmáticas sobre a tutela penal da vida humana vinculadas à ideia de proteção à coexistência social partem da filosofia moral, cujo pressuposto é a maldade inata do homem e este é considerado como pecador e destrutivo. Todavia, a filosofia crítica desenvolvida pela Escola de Frankfurt, em sua primeira geração, desconstrói esses postulados das doutrinas morais no sentido de que a leitura religiosa que tais doutrinas filosóficas adotam é equivocada.

A crítica recai sobre os ideais do Cristianismo, pois estes não demonstram que Cristo não se julgava como um ser místico, mas que, simplesmente, vivia de uma forma que as pessoas em seu redor não conseguiam compreender. Cristo representaria aquilo que as pessoas não são. “Ele vê, ouve e toca as coisas com a totalidade de seu ser.”<sup>56</sup>

Os homens têm medo uns dos outros. São obrigados a representar uma comédia, com medo de se degolarem uns aos outros. Ninguém diz o que realmente pensa. Cristo, ele sim, diz o que pensa, simplesmente não finge. Os outros não dizem a verdade porque esta não pode ser dita. Honram a verdade e vivem na mentira. [...] O significado cósmico de Cristo, que os homens lhe atribuíram, numa ótica mística, residia em uma expressão verídica da Vida, em sua completa coordenação do corpo e emoções, no imediatismo de seu contato com as coisas. Assim, ele se colocava além do campo visual do homem que, por sua couraça, se acha confinado num domínio estritamente humano.<sup>57</sup>

Essa mistificação reflete que a *Vida verdadeira* só pode ser concebida como algo divino, inacessível, transcendente e não passível de conhecimento. Transforma-se a realidade em algo místico para não ser preciso enfrentá-la. Esta é a lei que rege a humanidade prisioneira.

<sup>55</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 82.

<sup>56</sup> Ibid., p. 31.

<sup>57</sup> Ibid., p. 33.

Portanto, por meio da leitura realizada por Reich, mesmo diante da configuração social atual e de sua suposta evolução em termos econômicos, se Cristo retornasse seria novamente assassinado pelos mesmos motivos, já que os seres humanos ainda não compreenderam o que significa a Vida livre contra o aprisionamento das potencialidades humanas. Ademais, seria assassinado novamente sob a proteção do sistema jurídico. Compreende-se que a configuração da sociedade moderna não é pautada pela valoração real à vida essencialmente humana.

*7.2.1 Finalidade imediata da existência humana: dor, angústia e sofrimento? A afirmação moralista de uma dada situação histórica como condição natural do ser humano e o impulso de fuga a tal situação como vontade irracional*

Schopenhauer, em seu manuscrito “*As dores do mundo*”, apresenta uma perspectiva, radicalmente, pessimista em relação à vida humana. Para o autor, nossa existência tem por fim imediato, a dor. Se esta não é a finalidade de nossa vida, então, não haveria razão de se estar no mundo. A felicidade não representa um aspecto positivo da vida humana, mas sim negativo. Apenas a dor seria positiva, pois, somente ela é vivida verdadeiramente, ou seja, a felicidade é uma ilusão enquanto a dor é real.

Na vida dos povos, a história só nos aponta guerras e sedições: os anos de paz não passam de curtos intervalos de entreatos, uma vez por acaso. A vida do homem é um combate perpétuo, não só contra os males abstratos, a miséria ou o aborrecimento, mas também contra os outros homens. A vida é uma guerra sem tréguas, e morre-se com as armas na mão.<sup>58</sup>

A vida humana, neste sentido, é considerada uma fraude, uma mentira, uma mistificação. O mundo no qual a vida se exterioriza é o imaginado inferno. “Os homens dividem-se em almas atormentadas e em diabos atormentadores.”<sup>59</sup>

Compreende-se que a dor e o sofrimento são reais. A história da existência humana representa a história de seu sofrimento. “Devemos considerar a vida como uma mentira contínua.”<sup>60</sup> Para Schopenhauer, a vida do corpo é a morte sempre suspensa, uma morte adiada – a existência humana é orientada para a finalidade de que a morte triunfe e, assim, cessa-se o sofrimento.

<sup>58</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. *As dores do mundo*. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 26.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 32.



A vida não se apresenta de modo algum como um mimo que nos é dado gozar, mas antes como um dever, uma tarefa que tem de se cumprir à força de trabalho; daí resulta, tanto nas grandes como nas pequenas coisas, uma miséria geral, um trabalho sem descanso, uma concorrência sem tréguas.<sup>61</sup>

Schopenhauer aponta que o sentimento de sofrimento é o sofrimento mais vivido. É aquele que nos dá a dimensão do tempo. A felicidade não passaria de um sonho. O pensamento de Schopenhauer acaba por apresentar uma assertiva sobre a configuração social atual: a existência da maior parte dos indivíduos é insignificante e destituída de interesse se vista exteriormente e é obscura se sentida internamente. Frente ao nosso modo de vida atual, cada vez mais a existência humana passa a atingir um grau excepcional de insignificância tanto sob o aspecto exterior quanto a internalização deste sentimento.

Na dor, no sofrimento e na angústia, o ser humano sempre se encontra sozinho consigo mesmo.

Cada indivíduo, cada rosto humano e cada existência humana são um sonho da vontade de viver persistente. Contudo, é esse o lado da vida que faz pensar e refletir, urge que a vontade de viver, violenta e impetuosa, pague cada uma dessas imagens fugitivas, cada uma dessas fantasias vãs, ao preço de dores profundas e sem número, e de uma morte amarga, por muito tempo temida, e que afinal chega. Eis porque o aspecto de um cadáver nos torna sérios.<sup>62</sup>

Os exemplos dados por Schopenhauer sobre os lugares em que o sofrimento torna-se evidente, apesar de serem exemplos de um contexto histórico distante, são, extremamente, atuais para representarem os locais nos quais os seres humanos, em sua dor e sofrimento, encontram-se largados às mãos da solidão: os hospitais, os lazaretos, os aposentos de torturas cirúrgicas, as prisões, os lugares de suplícios, às pocilgas dos escravos, os campos de batalha e os tribunais criminais. Este é o mundo da miséria que o ser humano tenta obscurecer para não encarar sua triste realidade existencial.<sup>63</sup>

Querer é essencialmente sofrer, e como o viver é querer, toda a existência é essencialmente dor. Quanto mais elevado é o ser, mais sofre. A vida do homem não é mais do que uma luta pela existência com a certeza a ser vencida. A vida é uma caçada incessante onde, ora como caçadores, ora como caça, os entes disputam entre si os restos de uma horrível carnificina; uma história natural da dor que se resume assim: querer sem motivo, sofrer sempre, lutar sempre, depois morrer e assim sucessivamente, pelos séculos dos séculos, até que o nosso planeta se faça em bocados.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. **As dores do mundo**. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 32.

<sup>62</sup> Ibid., p. 37.

<sup>63</sup> “Se um Deus fez este mundo, eu não gostaria de ser esse Deus: a miséria do mundo esfacelar-me-ia o coração!” Ibid., p.39.

<sup>64</sup> Ibid., p. 39.

Percebe-se que a filosofia de Shopenhauer não se distancia das condições materiais de vida humana que encontramos na configuração da sociedade capitalista. A crítica que pode ser apresentada a este pensamento refere-se não a uma negativa desta existência humana em puro sofrimento, mas à colocação desta situação histórica como condição natural do ser humano e incapaz de ser modificada. Nesse ponto, cabe realizar a projeção crítica à perspectiva de Nelson Hungria e Olavo Oliveira em relação à criminalização do homicídio a pedido e da eutanásia ativa, mesmo nos casos de submissão do sujeito sensível a contexto de extremo sofrimento, dor e angústia. Perante tais condutas, os autores legitimam a proteção penal da vida humana em torno da naturalização destes afetos expectantes negativos. Há uma significativa valoração destes elementos como reflexo dos valores ético-sociais que concebem o sofrimento como sendo a finalidade imediata da vida humana.

Ernst Bloch contradiz, de forma radical, o modo de pensar de Shopenhauer, pois representa uma tentativa de levar a filosofia à esperança. A partir de suas considerações materialistas e de sua compreensão acerca da Vida humana, de forma histórica, representa uma reviravolta na consideração da consciência e sua transposição ao concreto.<sup>65</sup> O conceito do princípio utópico apresenta o sentido de esperança concreta devidamente interligada aos conteúdos da dignidade humana. Desse modo, é uma forma de pensar direcionada para as expectativas de transformação do mundo.<sup>66</sup>

Apesar da reviravolta na consideração da consciência, a perspectiva hegeliana acerca do passado é mantida. Nesse sentido, o passado não pode ser compreendido de forma isolada senão retrata um passado sem consciência. A dialética materialista intensifica a totalidade do processo entre passado, presente e futuro de maneira que se reconhece no passado o que ainda está vivo e o se projeta ao futuro. O princípio utópico defendido por Bloch se relaciona com esta totalidade que procura o desenvolvimento de um modo de Vida perante o qual a essência humana é, realmente, efetivada.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Distingue-se do idealismo filosófico no seguinte sentido: a esperança age sem mediação na filosofia kantiana da consciência moral e em mediação com o mundo na dialética histórica de Hegel. Mas, ambos filósofos racionalistas, acabam por se limitar a um mundo feito, acabado, apreciado de modo passivo. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005.

<sup>66</sup> Compreende-se a expectativa, a esperança e a intenção voltadas para a possibilidade que ainda não veio a ser: este não é apenas um traço histórico básico da consciência humana, mas, retificado e compreendido concretamente, uma determinação fundamental em meio à realidade objetiva como um todo. Ibid., p. 17.

<sup>67</sup> Ibid., p. 26.

Não se discute nem se nega que as fontes do sofrimento humano são variadas. Ocorre que uma destas fontes decorre do tipo de organização que se confere às relações sociais.

A repressão é despersonalizada: a restrição do prazer passa a ser uma função da divisão social do trabalho. Os instintos do indivíduo são controlados por meio da utilização social da sua capacidade de trabalho. Ele tem de trabalhar para viver e deve ter um comportamento em conformidade com os padrões e com a moral do princípio de desempenho.<sup>68</sup>

Neste sentido, Ernst Bloch apresenta uma crítica aos pensamentos filosóficos mecanicistas para os quais não há civilização sem a repressão conferida à existência humana, concretamente, livre. A liberdade humana não poderia ser considerada tão-somente a partir da história regressa da humanidade:

Se o ser se compreende a partir do seu de-onde (do seu mundo), então ele se compreende, a partir daí, apenas como um para-onde, igualmente tendencial, inconcluso. O ser que condiciona a consciência, assim como a consciência que trabalha o ser, compreendem-se em última instância somente a partir de onde e para onde tendem. A essência não é o que foi, ao contrário: a essência mesma do mundo situa-se na linha de frente.<sup>69</sup>

A perspectiva sobre a impossibilidade de existir uma civilização que não reprime a liberdade humana decorre de um momento histórico no qual a essência do objeto era concebida de forma estacionária e regressa. Bloch propõe pensar esta essência por suas possibilidades futuras. Desse modo, o desejo por uma vida humana livre, sem dor, adequada à existência humana, sem angústia e sem autoalienação é considerado, por Bloch, como uma possibilidade real e não somente como uma fantasia inconsciente. A possibilidade real e efetiva pode ser levada ao processo por meio do próprio objeto na busca pela existência, essencialmente, humana. Determina-se, assim, a essência livre do ser humano pela sua possibilidade futura e não pelo presente ou passado. Nesta projeção futura acerca da essência humana livre, a dor, a angústia e o sofrimento não representam a finalidade imediata da Vida.

O ser humano consciente é “o animal mais difícil de saciar: é ele o animal que, para a satisfação de seus desejos, não vai direto ao ponto. Se lhe falta o necessário à vida, ele

<sup>68</sup> MARCUSE, HERBERT. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 68.

<sup>69</sup> BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 28.

sente essa carência como nenhum outro ser.”<sup>70</sup> Neste ponto, Bloch apresenta uma crítica ao idealismo filosófico o qual evidencia somente o modo de Vida capitalista e não apreende este aspecto de carência que envolve o ser humano. Retrata-se o mundo a partir do contexto pequeno-burguês: “à medida que a livre iniciativa perdia espaço para o capitalismo monopolista, diminuía o interesse e as chances para se trilhar o chamado caminho para as alturas. Mais atraente tornou-se o caminho para as chamadas profundezas.”<sup>71</sup> A história do desenvolvimento do capitalismo demonstra a necessidade de repressão ao ser humano em torno da busca pela satisfação das carências ao passo que as intensifica de sobremaneira.

Desse modo, Bloch analisa as pulsões fundamentais do ser humano a partir das variáveis condições socioeconômicas.

[...] se de fato se pretende distinguir pulsões fundamentais no homem, elas variam em função de condições materiais tais como classe e época, e conseqüentemente também conforme a intenção e a direção da pulsão. E o mais importante é que todas as pulsões fundamentais enfatizadas psicanaliticamente a rigor não são fundamentais: são parciais. Elas não se destacam de modo tão evidente como a fome, que psicanaliticamente foi deixada de fora em toda parte. Elas não são instância última do mesmo nível que a mais simples pulsão de se manter vivo. Esta é a pulsão de autopreservação. Só ela é tão fundamental a ponto de colocar em movimento as outras pulsões.<sup>72</sup>

Assevera-se que, na história da filosofia, muito pouco foi dito a respeito da fome. Em um contexto de pregações de doutrinas morais e valorações ideais a respeito da vida humana incorporadas pela dogmática jurídico-penal, a sociedade moderna continua a ignorar aqueles sucumbidos pela fome, isto é, indivíduos cujas condições materiais de vida os levaram à situação de necessidade mais elevada da história da existência humana. Bloch assevera que por mais alto que a fome grite, raramente é tratada do ponto de vista

---

<sup>70</sup> Bloch apresenta, nesta passagem, uma radical crítica a Freud (e esta crítica também atingiu o Idealismo Filosófico) no sentido de que houve uma determinação, em tais teorias, do contexto histórico-econômico no que tange à edificação da sociedade burguesa e dos problemas oriundos aos próprios burgueses. Como ponto de total discordância, Bloch critica Freud por este colocar como pulsão fundamental do ser humano a *libido*. Na perspectiva de Bloch, tal pulsão é a fome e a sede. Realmente, desde o olhar da classe burguesa, o problema da fome não aparece como um fator determinante na constituição do ser concreto. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005.

<sup>71</sup> Ibid., p. 62.

<sup>72</sup> Ibid., p. 67.

Um ser humano sem alimento perece, enquanto que é possível viver sem desfrutar do amor pelo menos por algum tempo. Ibid., p. 68.

científico e psicológico. Essa omissão mostra que a filosofia e a ciência sempre trataram apenas de sofrendores privilegiados.<sup>73</sup>

Pois bem, a pulsão vital (o *impulso pela vida*) é o instinto de autopreservação: “[...] não há uma estrutura natural da pulsão, mesmo em relação à fome, pois a percepção, o mundo dos estímulos, é historicamente variável.”<sup>74</sup> Portanto, as necessidades surgem e são condicionadas socialmente em interação recíproca com as demais necessidades sociais históricas variáveis. O ser é determinado por suas condições materiais econômicas. Logo, a liberdade como plena satisfação destas necessidades históricas também o será.

A última instância na estrutura das pulsões, ao longo da história, é representada pelo interesse econômico, mas mesmo ele e exatamente ele tem, como se sabe, suas formas históricas variáveis, suas modificações no modo de produção e de troca [...]. O ente é historicamente variável. O ente percorre a história para poder existir e vir a ser mediante o trabalho. A história é a metamorfose do homem, do si-mesmo em formação.<sup>75</sup>

Neste sentido, autopreservação significa o desejo de proporcionar condições mais adequadas e apropriadas ao nosso *si-mesmo* o qual se desdobra e se contrói por meio da *solidariedade* e na condição de *solidariedade*. Logo, aqueles argumentos que tentam fundamentar a proteção da vida humana, de forma absoluta, sob o argumento de proteção da coexistência social não compreendem que o instinto de autopreservação se constrói por meio da solidariedade (e não da repressão às liberdades pessoais). Em um contexto no qual os seres humanos não se reconhecem enquanto seres humanos e que as condições materiais de Vida humana não são propícias à solidariedade entre eles, não há tutela penal da vida humana que poderá resguardar a coexistência organizada pacífica, como assim propõem os penalistas.

De acordo com Bloch, a sociedade burguesa é o campo de tensão entre os seres humanos e, por isso, a liberdade humana não se efetiva. Nesse campo de conflito, as doutrinas morais aparecem com o intuito de impor o medo à própria condição humana. A angústia, a preocupação, o desespero são marcantes no estilo de vida da sociedade de classes<sup>76</sup> e, por isso, são transformados em dados ontológicos ao ser humano. A existência desumana - impregnada de dor, sofrimento e angústia - que determina a situação histórica

<sup>73</sup> Bloch ironiza o complexo de *Édipo* de Freud afirmando que o real problema está em torno do complexo *dinheiro*. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 68.

<sup>74</sup> Ibid., p. 71.

“A psicanálise nasceu de uma classe envelhecida, numa sociedade sem futuro.”

<sup>75</sup> Ibid., p. 72.

<sup>76</sup> Sobre a definição de classes sociais: POULANTZAS, Nicos. **As classes sociais no capitalismo de hoje**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. POULANTZAS, Nicos. **Teoria das classes sociais**. Porto: Escorpão, 1976.

da sociedade moderna é posta, pelas doutrinas morais, como finalidade imediata da própria Vida.

O desejo de ver as coisas melhorarem não adormece. Nunca nos livramos do desejo ou então nos livramos apenas ilusoriamente. Seria mais cômodo esquecer esse anseio do que realizá-lo, mas para onde isso levaria hoje?<sup>77</sup>

O Idealismo Filosófico não considera os impulsos vitais como construções histórico-sociais cuja influência dos meios materiais econômicos pode assumir um papel determinante. Ocorre que a naturalização do homem e a humanização da natureza seriam elementos cruciais a efetivação da liberdade humana.<sup>78</sup>

Karl Marx já havia analisado as situações de suicídio por carências vitais, intensificadas pelos meios materiais proporcionados por um determinado modelo econômico. A análise que Marx desenvolve em seu texto denominado “*Sobre o Suicídio*” evidencia as relações e comportamentos humanos degradantes na sociedade moderna. O escrito de Marx recai sobre histórias reais apreendidas pelo arquivista de Polícia, Jacques Peuchet. O suicídio apesar de ser um assunto referente à vida privada carrega, em si mesmo, questões sociais, como, por exemplo, a opressão sobre as mulheres, na configuração moderna de relações familiares, notadamente em torno da conduta de aborto.<sup>79</sup>

Dessa forma, por meio de uma crítica às relações privadas de propriedade e às relações familiares modernas, confere-se uma crítica social às condições de vida materiais. Afirma-se que a crítica social é compreendida a partir da unidade dialética entre a vida privada e a vida social/política. As contradições da vida moderna são apreendidas em relação a todos os âmbitos de configuração de convivência social.

Portanto, o escrito “*Sobre o suicídio*”, de Karl Marx, apreende a crítica radical da sociedade burguesa como forma de vida *antinatural*. Segundo Michael Löwy, o suicídio é

<sup>77</sup> BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 79.

<sup>78</sup> Ser humano humilhado, escravizado, abandonado, feito desprezível, daí provém o recurso ao proletariado como ponto de transbordo para a emancipação. O alvo permanece sendo a naturalização do ser humano e a humanização da natureza inerentes à matéria em desenvolvimento. Ibid., p. 207.

<sup>79</sup> Marx analisa, detalhadamente, um caso que recai sobre o *direito ao aborto*. Trata-se de “uma jovem que entra em conflito com as sacrossantas regras da família patriarcal e é levada ao suicídio pela hipocrisia social, pela ética reacionária e pelas leis burguesas que proíbem a interrupção voluntária da gravidez.” MARX, Karl. **Sobre o suicídio**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 19.

Para além da questão do aborto, Marx analisa outro caso de suicídio cometido por uma jovem mulher no contexto de um casamento o qual representa, para as mulheres, a mais infeliz condenação à escravidão. O próprio Código civil seria o instrumento legal que permite ao marido andar com sua mulher acorrentada como se fosse parte de seu inventário. Frente ao caso desta jovem mulher, Marx comenta que o suicídio da jovem mulher inserida naquela situação de aprisionamento, na verdade, representou um verdadeiro assassinato por parte do esposo o qual apresentava um extravagante sentimento de ciúmes em sua real condição de proprietário privado. Ibid., p. 41.

significativo, para Marx, como sintoma de uma estrutura social doente.<sup>80</sup> Nesta configuração social, o indivíduo é isolado dos demais de maneira a representar uma solidão em massa. “As pessoas agem entre si como estranhas, numa relação de hostilidade mútua: nessa sociedade de luta e competição impiedosa, de guerra de todos contra todos, somente resta ao indivíduo é ser vítima ou carrasco.”<sup>81</sup> Trata-se das relações sociais pautadas pelo conjunto de estranhamentos de modo a caracterizar a necessidade de isolamento em massa. O suicídio apresenta-se, portanto, em uma íntima relação com o isolamento dos homens no sentido de que cada indivíduo é estranho de si mesmo e todos são estranhos entre si.

O caráter *desumano* da sociedade capitalista atinge todas as classes sociais de modo que a crítica à sociedade burguesa não é limitada somente à questão de exploração econômica, mas assume um caráter social e ético sobre todos os aspectos opressivos.<sup>82</sup> Michael Löwy interpreta que a natureza desumana da sociedade capitalista fere os indivíduos das mais diversas origens sociais.<sup>83</sup>

Marx opõe aos ideais filantrópicos (os quais são pautados na ideia de que a incidência da angústia proletária é solucionada com o oferecimento de pão e de educação aos trabalhadores) a concepção de que não se delimita as angústias humanas somente em relação ao definhamento dos trabalhadores frente às condições de vida materiais, mas que tais angústias atingem a totalidade da sociedade. Portanto, o número elevado de suicídios, em uma sociedade, deve ser considerado como um sintoma da organização deficiente desta sociedade.<sup>84</sup> O suicídio, para Marx, não é mais do que um entre os mil e um sintomas da luta social geral.

Afirma-se que embora a miséria seja a maior causa do suicídio, este pode ser encontrado em todas as classes sociais. A diversidade das causas que recaem sobre o suicídio escapa à insensibilidade dos moralistas.<sup>85</sup> Sobre os motivos que abrangem o suicídio, em específico, em torno das classes baixas, tem-se que:

---

<sup>80</sup> MARX, Karl. **Sobre o suicídio**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 15

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> “Graças às condições sociais que ignoram o amor verdadeiro e livre, e à natureza patriarcal tanto do Código Civil como das leis de propriedade, o macho opressor pode tratar sua mulher como um avaro trata o cofre de ouro, a sete chaves: como uma coisa, uma parte de seu inventário.” Ibid., p. 19.

<sup>84</sup> Acrescenta-se: Na época de paralisação e das crises da indústria, em temporadas de encarecimento dos meios de vida e de invernos rigorosos, esse sintoma é sempre mais evidente e assume um caráter epidêmico. A prostituição e o latrocínio aumentam, então, na mesma proporção. Ibid., p. 24.

<sup>85</sup> Ibid., p. 24.

As doenças debilitantes, contra as quais a atual ciência é inócua e insuficiente, as falsas amizades, os amores traídos, os acessos de desânimo, os sofrimentos familiares, as rivalidades sufocantes, o desgosto de uma vida monótona, um entusiasmo frustrado e reprimido são muito seguramente razões de suicídio para pessoas de um meio social mais abastado, e até o próprio amor à vida, essa força energética, que impulsiona a personalidade, é frequentemente capaz de levar uma pessoa a livrar-se de uma existência detestável.<sup>86</sup>

Esta passagem de Marx corrobora com a análise de Reich sobre a impossibilidade de *amor à vida* em uma estrutura social encorajada que procura a todo o momento ocultar a própria essência humana da vida. As condições materiais de vida desumanas frente às quais os indivíduos são submetidos, em termos concretos, impedem o desenvolvimento do sentimento de amor à própria existência.

Por conseguinte, compreende-se que o suicídio não é uma resposta *antinatural* a tais condições degradantes de vida. Marx assevera que é absurdo considerar antinatural um comportamento que se consuma com tanta frequência, “o suicídio não é, de modo algum, antinatural, pois diariamente somos suas testemunhas. Ao contrário, está na natureza de nossa sociedade gerar muitos suicídios.”<sup>87</sup>

Salienta-se que a tentativa de extrair as motivações em torno de uma conduta de suicídio não pode recair em uma pretensão de medir a sensibilidade dos homens de modo igualitário (*igualdade das sensações*). Para Marx, o mesmo sentimento poderia provocar algo imperceptível a alguns enquanto para outros uma dor violenta. Percebe-se uma crítica de Marx aos julgamentos morais em torno da conduta de suicídio enquanto uma conduta irracional.<sup>88</sup> Ao suicídio:

[...] são contrapostos os desígnios da Providência, mas a própria existência do suicídio é um notório protesto contra esses desígnios ininteligíveis. Falam-nos de nossos deveres para com a sociedade, sem que, no entanto, nossos direitos em relação a essa sociedade sejam esclarecidos e efetivados, e termina-se por exaltar a façanha mil vezes maior de dominar a dor ao invés de sucumbir a ela. Faz-se do suicídio um ato de covardia, um crime contra as leis, a sociedade e a honra.<sup>89</sup>

Percebe-se que Marx desenvolve uma crítica que se refere notadamente aos valores éticos e morais que exigem um cumprimento de deveres para com a sociedade. Este cumprimento de deveres foi analisado, nesta pesquisa, nos capítulos referentes à doutrina

<sup>86</sup> MARX, Karl. **Sobre o suicídio**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 24.

<sup>87</sup> Ibid., p. 25.

<sup>88</sup> A felicidade e a infelicidade têm tantas maneiras de ser e de se manifestar quantas são as diferenças entre os indivíduos e os espíritos. Ibid.

<sup>89</sup> Ibid., p. 26.

Em específico, os deveres éticos e morais desde a perspectiva kantiana ilustram a situação criticada por Marx perante a qual se pode dispor o sangue e a vida dos indivíduos em nome do Estado, como demonstração de uma nítida contradição valorativa.



moral Kantiana, bem como a perspectiva filosófica de Hans Welzel. Entretanto, o que estes valores éticos e morais não apreendem é que se parte de uma estrutural social na qual o homem aparece como um mistério para com o próprio Homem; “sabe-se apenas censurá-lo, mas não o se conhece.”<sup>90</sup>

Ressalta-se a quantidade de sujeitos que são abandonados a mais intensa miséria ao mesmo tempo em que se exige para todo o indivíduo na qualidade de pessoa que se preserve a si mesmo ainda que se esteja diante de uma existência desumana. Resta, neste ponto, uma ferramenta crítica ao posicionamento de Hegel sobre a não permissão de disposição da própria vida.

Ademais, observa-se que o dever ético-moral contra a conduta de suicídio relaciona-se com as necessidades das classes privilegiadas no que tange a exercer um controle significativo à vida dos demais membros da sociedade, pois ao passo que se exige – moralmente – que os trabalhadores se submetam à vida que lhes fora proporcionada, há a finalidade de não diminuir de sobremaneira esta classe pelo suicídio geral da classe operária.

No que tange ao contexto social de riqueza progressiva, uma situação minimamente favorável às classes abastadas, tornam-se mais raros os suicídios como um ato de fuga à miséria social. Todavia, há, na realidade, uma modificação de motivação e não o desaparecimento da conduta em si.

Por fim, como ilustração, cabe salientar o caso de suicídio analisado por Marx que envolve a discussão acerca do *direito ao aborto*. A proibição normativa ao aborto tanto em relação ao Direito quanto à moral pode favorecer os casos de suicídio relacionados à opressão que a mulher recebe na configuração familiar moderna. Desse modo, Marx evidencia que diante dos aprisionamentos construídos pela moral, procura-se minimizar ou negligenciar os sinais extremos do desespero social. Em referência a Jacques Peuchet, conclui-se que a “nossa incredulidade diante da inclinação das outras pessoas ao suicídio corresponde, de um lado, ao isolamento social e, de outro, à moral então dominante.”<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> MARX, Karl. **Sobre o suicídio**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 25.

<sup>91</sup> “[...] o suicídio elimina a pior parte da dificuldade, o cadafalso ocupa-se com o resto. Somente com uma reforma de nosso sistema geral de agricultura e indústria pode-se esperar por fontes de recursos e por uma verdadeira riqueza.” Ibid., p. 50.

### 7.3 O conceito de sensibilidade humana – o *ser* sensível

A análise sobre o conceito de sensibilidade, para Karl Marx, demonstra-se em um sentido semelhante ao de Hegel notadamente no que se refere à crítica kantiana à razão pura. Frente à concepção Kantiana apresentada, a sensibilidade representa o conhecimento humano, mas de forma a se comportar meramente como algo passivo e receptivo. Em contraposição, a perspectiva materialista considera o homem em sua essência, determinado por sua sensibilidade.<sup>92</sup>

Marx assevera a necessidade de uma objetividade pressuposta ao ser. A sensibilidade retrata não algo passivo, mas, sim, a concreção responsável por vincular o ser ao mundo real. O ser humano é um objeto sensível.

Para Marx, as sensações do homem são autênticas afirmações ontológicas do ente – natureza. Tanto menos a penúria e indigência do homem são apenas econômicas, quanto elas se expressam no trabalho alienado, tanto menos são a emergente penúria e indigência, na sensibilidade, só conforme o conhecimento. Esta penúria e indigência não dizem respeito, em geral, a isolados comportamentos do homem, determinando, pelo contrário, seu ser inteiro: tratam-se de categorias ontológicas do ente humano.<sup>93</sup>

Compreende-se que o conceito de sensibilidade é posto como objetivação. E, sendo assim, determina a essência humana. Logo, se a sensibilidade humana é objetividade, é objetividade prática e social.

A filosofia hegeliana também apreende a essência do trabalho e do homem objetivado. Coloca-se o sujeito real enquanto sujeito resultado de seu próprio trabalho. Marcuse observa que Karl Marx se apropria deste pensamento hegeliano, mas modifica sua base de fundamentação. Marx apreende o trabalho não somente em relação à sua significação econômica, mas principalmente como atividade vital humana e, assim, enquanto realização do ente humano. O sujeito - ente sensível - é objetivo e, portanto, o trabalho é sua determinação.

Dessa forma, por meio do trabalho podem se tornar reais as condições mais degradantes à condição humana como também podem se tornar reais as condições mais universais e livres em que se possa pensar. Logo, é o modo de produção que condicionará o trabalho como sendo a primeira opção ou a segunda.

<sup>92</sup> KARL, Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

<sup>93</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 124.

O homem carece da totalidade da manifestação vital humana, precisa, para poder realizar seu ente, da manifestação de uma antagônica exterioridade, num autodepositar-se na exterioridade, de modo que se encontra já depositada uma alienação do ente do homem. No trabalho, o homem supera a simples *coisidade* dos objetos e os faz meio de vida no seu espaço vital.<sup>94</sup>

Se a realidade do homem é o seu trabalho, então, o homem se realiza nesse e se torna objeto do trabalho. Para além desta afirmação, há que não apenas o homem considerado de maneira individual se realiza por meio de seu trabalho, mas ao se realizar, a própria generalidade humana também se realiza. Neste sentido, a objetivação do trabalho é social. Revela a qualidade humana de um ser humano a outro ser humano. Agora, perante os moldes sociais que se proporciona a alienação do trabalho, a relação entre os homens se reduz às leis de propriedade e competição. A qualidade humana é corrompida.

Compreender o significado da objetivação do ser humano no trabalho é relevante, pois a partir desta compreensão é que se poderá construir a ideia de exteriorização da liberdade. O conceito de ser humano livre e universal retrata que:

Esta liberdade se fundamenta na penúria e carência na medida em que sejam liberdade apenas enquanto superação do concedido e do pressuposto. A atividade vital do homem é livre atividade pela qual o homem pode distinguir-se da imediata certeza da sua existência. Dar-se a si mesmo sua realidade, produzir a si próprio e à sua objetividade. Neste profundo sentido (não biológico) **deve-se entender o enunciado de que o homem produz o homem, de que a vida humana é a vida humana produtiva, a vida que engendra a vida. E somente assim pode-se falar do homem enquanto homem livre.**<sup>95</sup>

Nesta concepção, o trabalho aparece como uma categoria ontológica ao ser humano e como o único meio de torná-lo realmente livre. O trabalho é a real expressão da liberdade humana. Se o trabalho é apreendido enquanto trabalho alienado e a objetivação do ser humano como coisificação, então, não há liberdade humana concreta.<sup>96</sup>

No sistema capitalista de produção, verifica-se uma total inversão do trabalho e de sua relação com o ente humano. Marx apresenta sua crítica à existência humana e sua

<sup>94</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 126.

Bloch afirma que Marx reconhece que o homem é um objeto sensorial, mas este reconhecimento aparece cumulado com a seguinte crítica: sem a concretização do humano nos homens realmente existentes, sobretudo socialmente ativos, com relações reais entre si e com a natureza, materialismo e história teriam divergido constantemente, apesar de toda antropologia. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 250.

<sup>95</sup> MARCUSE, Herbert. Op. Cit., p. 128.

<sup>96</sup> Ibid., p. 129.

essência a partir da realidade sobre a alienação do ente humano expressada no trabalho.<sup>97</sup>

No sistema econômico a que estamos submetidos:

O trabalho não é atividade livre, não é autorrealização universal e livre do homem; mas, sim a sua total escravização e desrealização. Não se tem, na realidade capitalista, o homem em sua manifestação vital; mas, sim, um sub-homem, um puro sujeito físico em atividade abstrata. Os objetos do trabalho não são exteriorizações e comprovações da essência humana e sim mercadorias estranhas. Torna-se a existência do homem, perante o trabalho alienado, não um meio da sua realização essencial. Ao contrário, se torna o próprio ente humano um meio da sua mera existência: a pura existência física constitui a meta cujo serviço se dispõe toda a sua atividade vital [...]. A animalidade torna-se o humano e o humano torna-se a animalidade.<sup>98</sup>

Verifica-se, portanto, uma total inversão no comportamento do homem enquanto homem. A vida humana torna-se vida estranhada. A coisificação atinge todas as classes sociais. A história se converte em história do Capital. A vida, no sistema capitalista, não é a vida do ser humano, mas da propriedade privada, do trabalho alienado e da comercialização.

A liberdade humana apenas se tornaria real e concreta com a superação total da coisificação do homem no trabalho alienado e da propriedade privada. Ao contrário da filosofia idealista, Marx apreende a história real do ente humano determinável na história e, assim, compreende que a total inversão do ser humano é a própria essência do Capital. Nas palavras de Marcuse, o Capital é a catástrofe do ente humano.

#### **7.4 Construção do conceito de liberdade a partir da percepção das necessidades humanas**

Perante a perspectiva marxista, a liberdade humana deve ser interpretada a partir de sua realização frente à percepção da necessidade. A liberdade se exterioriza na vontade de existência histórica imediata. É a autorrealização e a autocriação do ser humano em sua totalidade.

Herbert Marcuse parte da concepção de que a história apreende os modos de ser da existência humana, isto é, os diversos modos de comportamento da existência humana enquanto fenômenos naturais da própria existência. A historicidade passa a ser a

---

<sup>97</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.p. 130.

<sup>98</sup> Ibid., p. 130.

fundamental determinação da existência. Neste sentido, a liberdade consiste na posse da herança em cumprimento autoimposto pela necessidade.<sup>99</sup>

O sentido e a essência do ser humano se encontram no ser concreto e situado. Para se descobrir o homem concreto deve-se analisar a sua concreta situação histórica. A historicidade trata do modo do ser da própria existência humana. Mas o que seria esta existência concreta? Explica-se que a compreensão da essência do comportamento existencial se refere ao mundo no qual o sujeito concreto está inserido. Dessa forma, o decisivo para se compreender a existência humana concreta é a análise da constituição *material* da historicidade.

A existência humana histórica deve ser analisada por meio de sua base material, isto é, a partir de suas condições históricas concretas. E, para tanto, apenas o método dialético no sentido defendido pela filosofia marxista é que poderia apresentar o objeto como histórico e, assim, colocá-lo em uma situação histórica concreta e real. Nesse sentido, há que a existência humana e a liberdade devem ser analisadas a partir dessa situação histórica efetiva.

A afirmação do homem na condição de ente universal se refere ao seu ser como universal. Toda a natureza seria um meio de vida humana. Portanto, constitui o seu pressuposto. “O homem não pode aceitar o mundo objetivo ou apenas se acomodar a ele: dele precisa apropriar-se, fazê-lo seu próprio; precisa moldar sua vida, que nele e através dele atua.”<sup>100</sup>

A natureza é o meio de vida, a matéria, o objeto, o instrumento da atividade vital do homem, ou seja, do trabalho. Karl Marx ultrapassa a análise da natureza material que envolve o homem e alcança sua natureza espiritual. Nesse contexto, afirma que a *universalidade do homem consiste em liberdade*, pois o homem só se produz autenticamente na liberdade se esta for posta em relação à necessidade.<sup>101</sup>

Nesta liberdade a partir da percepção de necessidade, o homem reproduz toda a natureza de modo a modificá-la e apropriar-se dela como sua própria vida; quando esta reprodução preenche uma necessidade imediata e efetiva, o *ser* se torna real. Assim, é a história da vida humana.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 72.

<sup>100</sup> Ibid., p. 119.

<sup>101</sup> Ibid., p. 120.

<sup>102</sup> Ibid., p. 120.

O conceito de liberdade humana, em Karl Marx, se refere à análise sobre o mundo objetivo em sua totalidade como mundo social. A realidade da sociedade humana e sua vinculação à objetivação humana representa a concretização da totalidade do ente humano em uma unidade entre homem, natureza e objetivação social. Apenas por este caminho poder-se-ia falar em um conceito ser humano universal e, efetivamente, livre.

Observa Marcuse que as relações de produção se apresentam, na configuração da sociedade moderna, como verdadeiras algemas ao ser humano de maneira a submetê-lo a um poder estranho. A força produtiva é alienada frente às relações de produção. Neste contexto, a valoração da vida humana é medida pela situação de sua força produtiva. Todavia, é o próprio ser humano que estabelece as relações coisificadas. Logo, o poder de modificar a coisificação para a efetivação da liberdade está nas mãos do próprio indivíduo.

Marcuse evidencia que a análise da alienação na condição de auto-alienação, a partir da essência do homem, não é uma análise própria de Marx, mas sim de Hegel e que se encontra de maneira evidente em sua obra “*Fenomenologia do Espírito*.” Nesta, a libertação humana é posta como negação da negação, ou seja, a exteriorização da essência humana é atraída pela alienação e coisificação. Por conseguinte, a libertação seria a superação desta atração.

A contribuição de Marx a este pensamento é ressaltada no que se refere à constatação de que a atitude do ser humano frente ao seu objeto reflete-se, por sua vez, em seu comportamento perante as relações sociais. A coisificação como modelo determinante da relação entre sujeito e objeto, na configuração das relações sociais modernas, irá regular a possibilidade (ou impossibilidade) sobre a efetivação da liberdade humana.

Wilhelm Reich critica o esvaziamento de conteúdo das ideias que circulam a liberdade humana no âmbito da filosofia moderna. A liberdade não é real porque o medo da liberdade está nas próprias pessoas. “Enquanto as pessoas temerem o fluxo da Vida viva em seus corpos, temerão a verdade e evitá-la-ão por todos os meios.”<sup>103</sup> Inclusive, pelo meio jurídico-penal.

Dessa forma, Reich rechaça a influência teológica acerca das considerações sobre liberdade humana.

A igreja é o domínio dos sacerdotes. Deixemos cada domínio ter seus próprios direitos, iguais e honestos. Da mesma forma que nenhum psiquiatra ou médico tentará interferir com os negócios internos da igreja, a nenhuma igreja deveria

---

<sup>103</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 266.

ser permitido estender sua influência e poder para além de seu próprio domínio.<sup>104</sup>

O direito à vida humana, à liberdade e à felicidade se relaciona com a luta pela Vida efetiva, pela liberdade concreta e pela felicidade. Todavia, o que se observa é uma separação destes campos de modo a colocá-los uns contra os outros. Assim, o direito à vida é contraposto ao direito à liberdade e ao direito à felicidade em vez de ocorrer uma unidade entre ambos. Para Reich, isto ocorre não por causa de uma ideologia particular, mas devido à atuação da própria estrutura de caráter do ser humano.<sup>105</sup>

Esta estrutura de caráter é dominada, segundo Reich, pela “*peste emocional*” a qual segrega os seres humanos de modo a excluir o que é comum entre eles. Ora bem, o Capitalismo achou seu instrumento perfeito: a peste emocional que transforma a humanidade em uma humanidade imobilizada. Nas palavras de Reich, o sistema capitalista representa o resultado último de uma economia da humanidade blindada, desamparada e estacionária. O modo de produção capitalista é, portanto, o real sistema de opressão da Vida viva e das manifestações concretas de liberdade.

O sistema de produção capitalista se apropriou da estrutura de caráter do homem moderno no sentido de se aproveitar do medo que as pessoas têm da liberdade e da incapacidade estrutural para o autogoverno. Ou melhor, muito mais do que o simples aproveitamento, Reich assevera que a estrutura social exige a blindagem contra a liberdade humana.<sup>106</sup> Os ideais de liberdade são colocados, na visão de Reich, como verdadeiros mascates da liberdade. As pessoas vivem de acordo com as regras morais de evasão do essencial, mas desejam, ao mesmo tempo, o contato direto, pleno e simples com as coisas.<sup>107</sup>

O sistema capitalista incentiva a morte de cada movimento de uma mente verdadeiramente livre, distancia o ser humano da concentração sobre o essencial na vida humana. Perpetua obstáculos para a libertação da Vida contra seu assassinato crônico, ou seja, potencializa a perda do sentimento da Vida viva (*livre*) em seus corpos.<sup>108</sup> Portanto, o Capitalismo impede que a Vida seja ela mesma. Perpetua o modo de vida estagnado antagônico a qualquer concepção de libertação efetiva.

---

<sup>104</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 266.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 281.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 293.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 307.

## 7.5 Construção do conceito de vida a partir do conceito de liberdade como plena satisfação das necessidades humanas: A Vida viva

Uma parte da tragédia do homem é ele não ver o precipício e acreditar num andar perfeito, pronto, ao invés de remover o obstáculo do caminho da verdade em crescimento, ou seja: da Vida viva.<sup>109</sup>

De acordo com Wilhelm Reich a verdade é o contato pleno, imediato, entre o Vivo que percebe e a Vida que é percebida. A verdade seria uma função natural relacionada à interação entre o Vivo e aquilo que é Vivido.<sup>110</sup> O vivo, em sua constante interação com seu ambiente, vive plenamente a verdade até o grau em que esteja em contato com suas próprias necessidades ou com a influência do ambiente para satisfazer as necessidades naturais.<sup>111</sup>

Entende-se que viver verdadeiramente é quando o ser humano consegue controlar os elementos e sobreviver. Do ponto de vista da totalidade do funcionamento natural, a verdade é parte integrante do organismo e depende tanto da integridade quanto da integração de todos os sentidos.<sup>112</sup>

A Vida viva é o movimento. Percebe-se que na estrutura social construída pelo modo de produção capitalista, a Vida perde seu movimento natural e o contato com os sentidos naturais do ser humano e se torna “encouraçada”. Ou seja, compreende-se que o sistema capitalista de produção intensifica, de sobremaneira, a perda do movimento da Vida viva ao ponto de estabelecer, como regra, o imobilismo ao ser humano. O contato pleno com todas as situações da vida é incompatível com a estrutura social da modernidade.

A perda da Vida viva é a exclusão e repressão dos sentidos naturais do homem. Esta perda não decorre, exclusivamente, do modo capitalista de produção. Todavia, o que aqui se propõe é a percepção de que a estrutura social deste modelo econômico potencializa a perda da Vida. Intensifica-se a perda do viver de modo verdadeiro. A sociedade que tanto valora a vida humana, em seu discurso jurídico-penal, na realidade concreta, destrói a

<sup>109</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 246.

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> Ibid., p. 234.

<sup>112</sup> Ibid., p. 234.

Reich evidencia que a única forma do homem comum se libertar do modelo de vida que aprisiona as próprias qualidades humanas, é conhecer, compreender e enfrentar a própria realidade em vez de mistificá-la. REICH, Wilhelm. **Escuta, Zé-Ninguém**. São Paulo: Martins Fonte, 1974.



própria Vida viva, em sua essência mais pura, devido ao alto grau de repressão e isolamento social.

Prevaleceu a evasão da verdade e não mais a busca pela verdade. “A verdade, como uma manifestação do mais pleno contato da Vida consigo mesma e com seu ambiente, está indissoluvelmente ligada à economia da energia Vital.”<sup>113</sup> A verdade precisa ser evitada. A Filosofia Moral exposta no início deste trabalho condena a busca real pela verdade e a coloca no campo da imoralidade. A verdade sobre a Vida humana é transformada em verdade mística e transcendental. Só Deus concede a Vida e só Deus a retira.

A estrutura do caráter do homem *encouraçado* apresenta a supressão plena das leis da Vida viva. A verdade perturba os ajustamentos necessários ao difícil modo de vida, sob dadas condições estruturais e de trabalho.<sup>114</sup>

Cuidado com o mascate da liberdade em questões de amor e Vida. Ele não leva a sério o que diz. Nada sabe sobre a Vida e os obstáculos em seu caminho. Transforma todas as realidades em formalidades e todos os problemas práticos da Vida viva em ideias sobre um paraíso futuro da humanidade.<sup>115</sup>

Toda *verdade como um modo de viver* exige uma oportunidade para se expressar livremente. Pode-se reconhecer, na contextualização do modo de produção capitalista, que o modo de vida não é a verdade; mas sim a oportunidade perfeita ao crônico assassinato da Vida humana. Na configuração social pautada pelo modo de produção capitalista, as pessoas se apoiam em uma mentira sobre a Vida. Desse modo, cada indivíduo não consegue encontrar sua própria verdade.

A verdade deve ser um pedaço de teu Eu. Não tentes viver uma verdade que não é aparentada a teu ser total. Ela se converterá em uma mentira. Uma mentira ainda pior do que a mentira que cresceu organicamente nos substitutos da vida social. A verdade é orgânica. Não há nenhuma verdade absoluta. Manter o especial no comum, a variação na regra, é a essência da sabedoria.<sup>116</sup>

A servidão humana está sempre pronta a estabelecer uma mentira institucional e essa edifica as regras perante as relações sociais. O *inimigo* da Vida viva se torna a própria verdade sobre a vida saudável que recai sobre a Vida doente.

O inimigo é a própria podridão contagiosa. A humanidade está podre e permanecerá podre. Sê um bom cidadão. Não tentes melhorar o mundo; ele não pode ser melhorado. O pecado é inato, a malignidade é a própria essência do

<sup>113</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 236.

<sup>114</sup> Ibid., p. 237.

<sup>115</sup> Ibid., p. 241.

<sup>116</sup> Ibid., p. 244.

homem. Sê cortês para com teu assassino, dize ‘obrigado’ a teu enforcador e mostra uma modesta reconciliação com a má sorte que te manteve vinte anos na penitenciária por crime nenhum cometido. Não está dito no livro santo “Ama teu próximo como a ti mesmo” e “perdoa teus inimigos”? Está. Portanto, fica quieto. Tua vida é curta e de qualquer modo tu és um insignificante. Portanto, comporta-te com dignidade e não prestes atenção ao assassinato de Cristo.<sup>117</sup>

A Vida saudável não aceita como seu ponto de partida uma vida deteriorada “O inimigo é tua própria insensibilidade, que serve para te proteger contra o sentimento pleno da Vida.”<sup>118</sup> Compreende-se, portanto, que o inimigo da Vida verdadeira é a insensibilidade à plenitude da experiência e existência humana.

## 7.6 A racionalidade jurídico-penal influenciada pelo princípio do desempenho

A civilização moderna exige a repressão das manifestações concretas de liberdade como condição de progresso. Esta repressão é absorvida pela interpretação normativa acerca da proteção penal da vida humana e fundamentada a partir da pessoa moral. Os instintos naturais são aqueles que agem com a finalidade de plena satisfação das necessidades humanas. A doutrina moral de Kant pretendeu afirmar, no plano teórico, a repressão sobre tais instintos de forma que os conceitos kantianos referentes à autonomia e à liberdade humana são claros exemplos desta pretensão incorporada pela dogmática jurídico-penal.

A aceitação do indivíduo a um *status quo* resulta em determinadas consequências em sua estrutura instintiva, no campo da psique. Há um **modelo moral ideal** de sujeito civilizado e os **sujeitos empíricos reais**, ao perseguirem tal modelo, se punem por tamanha **incompatibilidade**.

Verifica-se uma completa e radical inversão da concepção de liberdade humana, como plena satisfação das necessidades. No contexto da introjeção da moralidade, a unidade entre **liberdade** e **necessidade** se limita a uma aceitação da necessidade de não

<sup>117</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 258.

“Tal como hoje se enviam para reformatórios adolescentes carecidos de afeto, haverá um dia instituições que isolam os que enlameiam a reputação dos outros. Surgirão novos juízes e delegados de justiça que não mais administrarão em formalismo e impostura, mas sim em verdade e tolerância. Leis novas hão de erigir-se em proteção da vida, leis a que terás de obedecer por muito mais que isso te pese. Sei, porém, que durante três, cinco ou dez séculos teremos de suportar-te como o portador por excelência da peste emocional, o núcleo da difamação, da intriga, da inquisição abusiva. Mas acabarás por sucumbir à tua própria pureza; hoje enterrada tão profunda e inacessivelmente no teu ser.” REICH, Wilhelm. **Escuta, Zé-Ninguém**. São Paulo: Martins Fonte, 1974.

<sup>118</sup> REICH, Wilhelm. Op. Cit., 1999. p. 261.

liberdade, de modo racional. Esta inversão se intensifica no contexto da configuração atual da sociedade capitalista, na qual, para além da repressão básica e ‘natural’, há uma *mais-repressão*, uma repressão adicional. Esta mais-repressão é aquela parcela que constitui o resultado de condições sociais específicas, mantida no interesse específico de certa dominação.<sup>119</sup>

A depender da configuração social, há uma prevalência pela não satisfação das necessidades humanas de modo que, para se obter qualquer satisfação, o trabalho torna-se imperioso por ser o único meio para tanto. As categorias de prazer são radicalmente reprimidas. Os instintos básicos da vida humana em busca de prazer são substituídos pela dor e pela glorificação ao sofrimento. A repressão excessiva e adicional imanente à configuração da sociedade atual é fundamentada como sendo racional e protegida pelas doutrinas morais e jurídicas.

Diante desta exigência de repressão aos instintos naturais como condição de progresso a *qualquer* civilização, Marcuse apresenta o controle do *princípio do prazer* pelo *princípio da realidade*. Todavia, este controle que recai sobre o princípio do prazer não alcança os níveis profundos do inconsciente o qual continua governado pelos mais remotos processos instintivos primários. O campo inconsciente se preserva livre do domínio da realidade: há a fantasia vinculada ao princípio do prazer. O princípio do prazer derrotado pela realidade externa se mantém no inconsciente e de certa forma consegue atingir a própria realidade que busca constantemente superá-lo.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 66.

O instinto de morte é um conceito essencial ao estudo frankfurtiano sobre liberdade e satisfação das necessidades humanas. A essência do ser é retirada do *Logos* e colocada no *Eros*. O instinto de morte representa a negação do ser contra o Eros. Neste sentido, *ser* é lutar pelo prazer. Porém, a luta pela existência (ou seja, pelo prazer) foi organizada no interesse da dominação. Quando a filosofia coloca a essência do ser no Logos (na razão), já se trata de *Logos de dominação* (a razão que subjuga os instintos). A história da ontologia reflete o princípio de realidade que governa o mundo empírico. Ibid., p. 94.

Sobre a relação entre a estrutura psíquica e a moralidade, explica-se que as camadas da estrutura mental, segundo Freud, se dividem da seguinte forma: 1. **Id**: Refere-se ao inconsciente o qual abarca os instintos primários. É a maior parcela da estrutura mental humana e não é afetado pelo tempo nem perturbado por contradições: ignora os valores, o bem e o mal, a moralidade. Esforça-se unicamente pela satisfação de suas necessidades instintivas. Portanto, rege-se pelo princípio do prazer. 2. **Ego**: Representa o conflito entre o *Id* e o mundo externo. O ego recebe influência do mundo externo e se refere a uma parte muito pequena do complexo *Id*. O Ego ao observar a realidade procura uma adequação a ela e, por conseguinte, reprime os impulsos de acordo com as exigências do meio externo. Portanto, substitui o princípio do prazer pelo princípio da realidade de modo a rejeitar os impulsos que levam à *destrutividade* da vida. 3. Por fim, há a terceira camada da estrutura psíquica: o **Superego**. Este representa a parcela mais sujeita às influências sociais e culturais. É no superego que se solidifica a **moralidade** estabelecida pelo meio social. Ibid.

Compreende-se, portanto, que o princípio da realidade procura superar o princípio do prazer, de modo a substituir o prazer *imediate* pelo prazer *adiado*. Sob o domínio do princípio da realidade, o ser humano desenvolve a *razão* no sentido de observar a realidade e nela distinguir o que lhe é útil e o que lhe é prejudicial, em termos de conservar sua própria existência.<sup>121</sup> O princípio da realidade exige do sujeito consciente certa racionalidade que lhe é imposta de forma externa: a luta entre a consciência e o inconsciente representa a luta pela existência.

A leitura frankfurtiana expõe que a intensa repressão aos instintos primários do ser humano não é algo natural, mas um fenômeno histórico. Como tal, a subjugação dos instintos mediante controles repressivos não é algo imposto pela natureza, mas pelo próprio homem.<sup>122</sup> Nesse sentido, indaga-se a respeito do conceito de liberdade desenvolvido pela filosofia kantiana a qual influenciou de modo significativo as considerações dogmáticas em torno do conceito de vida humana. A liberdade não pode significar o grau de controle que o sujeito apresenta sobre seus instintos e impulsos naturais, como prega a doutrina moral de Kant, pois tal afirmação não representa a liberdade humana, mas a sua repressão concreta. A filosofia kantiana, portanto, ilustra formas conceituais que contêm em si, a luta da *civilização contra a liberdade*. Esta luta se reproduz na *psique* do homem como autorrepressão e esta, por sua vez, se apoia em doutrinas morais, instituições e organizações sociais de cunho repressivas.

A *liberdade humana* compreendida a partir da *plena satisfação das necessidades humanas* (e, portanto, não a partir de sua repressão) se refere à medida perante a qual essa plenitude se transforma em *felicidade*. A liberdade humana enfrenta intensos obstáculos à

“As restrições externas que, primeiro, os pais e, depois, outras entidades sociais impuseram ao indivíduo são introjetadas no ego e convertem-se em sua consciência. Daí em diante, o sentimento de culpabilidade e a necessidade de punição pelo desejo de transgredir essas restrições impregna a vida mental. O ego efetua as repressões ao mando do superego. Contudo, as repressões cedo se tornam inconscientes, como se fossem automáticas, e uma grande parte do sentimento de culpa se mantém no próprio inconsciente.” MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 25.

Segundo Bloch, a camada psique referente ao *Ego* afirma, nega e censura as pulsões humanas. Dele depende a consciência. O *Ego* é o poder que confere coesão a nossa vida psíquica. Ele é o próprio poder. O *Superego* se refere a um outro conteúdo do *Ego*. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 55.

<sup>121</sup> MARCUSE, Herbert. Op. Cit., p. 10.

A crítica radical que Bloch confere a Freud se destaca no sentido de que os aspectos moralizantes da teoria de Freud representam os usos do mundo burguês. Dessa forma, os princípios de prazer se referem aos processos impulsivos e os princípios de realidades serão pautados pelo homem burguês individual analisado pela psicanálise de Freud de uma forma também burguesa. Em suma: o princípio de realidade, em Freud, é a realidade do mundo exterior burguês no qual o psicanalista está inserido. BLOCH, Ernst. Op. Cit., 2005. p. 56.

<sup>122</sup> MARCUSE, Herbert. Op. Cit., p. 13.

sua concretização devido aos padrões impostos pela civilização estruturada pelas relações sociais do modo capitalista de produção. Deste modo, a vida livre e plena de felicidade se torna algo impossível de se concretizar sendo relegada apenas à fantasia e à utopia.

A luta pela existência - como fundamento do *princípio da realidade* - busca a transformação da substância da estrutura instintiva de maneira a encontrar sua motivação no campo econômico, pois a sociedade seleciona o *trabalho* como meio de prover a vida de seus indivíduos. Portanto, torna-se uma necessidade à civilização que se desvie as energias vitais do ser humano para o trabalho. Há, assim, a racionalização da repressão.

Todavia, a organização social construída por meio das relações produtivas do sistema capitalista transforma o trabalho como energia vital em trabalho alienado. Rompe-se com o sentido dado ao trabalho e essa ruptura é posta de forma racional. Toda a atividade vital do indivíduo é canalizada a algo estranho a ele. Desse modo, do trabalho alienado resulta a *coisificação* do ser humano a qual proporciona uma significativa repressão à concretização da liberdade por meio do trabalho.<sup>123</sup>

As instituições e as relações sociais construídas a partir do modo de produção capitalista determinam o *princípio de desempenho* como sendo o *conteúdo do princípio de realidade*. Assim, as leis e os valores morais transmitem e impõem o controle sobre a modificação dos instintos, de modo a acompanhar a necessidade de preenchimento deste

---

<sup>123</sup> Sobre a divisão social do trabalho como um obstáculo à vida humana efetivamente livre, Karl Marx explica que o trabalho produtivo imediato é o trabalho humano mecânico o qual a indústria substitui, muitas vezes, pelas máquinas. O trabalho produtivo não imediato se refere ao trabalho único, ou seja, relacionado com uma pessoa e suas particularidades. Por exemplo, um artista, um dançarino, um cantor, um médico notável representam tipos de trabalhos produtivos não imediatos. Todavia, ambos são organizados de acordo com as leis do modo de produção. Dessa forma, tanto o trabalho humano mecânico quanto o trabalho humano não imediato são corrompidos pelas regras de produção capitalista. Para Marx, a diferenciação entre trabalho humano e trabalho único é demonstrada absurdamente, pois a concentração exclusiva do talento artístico somente sobre determinados indivíduos se transforma em uma verdadeira asfixia às grandes massas, resultado este da divisão social do trabalho de modo a intensificar a alienação do trabalho e seu conjunto de estranhamentos. Conseqüentemente, esta diferenciação corrobora o estilo de vida estranhada tida como a essência do Capitalismo. A filosofia idealista acaba por negligenciar a divisão do trabalho, a produção material e o intercâmbio material, tudo aquilo que submete os indivíduos a determinadas relações e modos de atividade. Portanto, o idealismo filosófico não é suficiente para compreender e apreender as contradições reais da Vida humana perante a configuração da sociedade capitalista. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. p.380-382.

Na época do racionalismo, a produção, inicialmente concebida em termos puramente matemáticos, que estabelecem e definem apenas objetos formais, se transformou na formação do mundo. E continua a se tratar de um conceito de produção predominantemente formal, ou seja, orientado pela matemática, na qual a razão constitui o mundo da experiência, como em Kant. Depois, em Hegel, a produção se tornou experimental em termos de conteúdo, além de bem acabada, na perspectiva da história e de sua gênese, o que se dá pelo fato de que, para Hegel, todos os conteúdos formais do mundo devem brotar dialeticamente da razão sólida regendo continuamente. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p.188.

específico princípio de realidade. Logo, o controle estatal sobre o direito à vida, isto é, a transferência da titularidade do direito à vida à coletividade representa uma forma de controle público sobre a existência própria do indivíduo. Procura-se controlar os instintos de Vida e Morte sob a sistemática do princípio de desempenho.

O princípio de desempenho não teria sustentação sob o aspecto de princípio da realidade se não estivesse vinculado ao modelo de trabalho alienado. Este modelo, como poder independente sob o qual os indivíduos devem se submeter se quiserem adquirir meios materiais básicos para a manutenção de suas vidas, se torna tanto mais estranho quanto mais especializada se torna a divisão do trabalho. Assim sendo, os indivíduos não vivem suas próprias Vidas, apenas *desempenham* funções preestabelecidas. O trabalho alienado não consegue proporcionar uma plena satisfação das faculdades, potencialidades e necessidades humanas. Os indivíduos, simplesmente, trabalham para a alienação.<sup>124</sup>

O trabalho, que deveria se afirmar como concretização da liberdade humana, se torna a sua absoluta negação. As restrições do trabalho alienado, por meio da repetição, são incorporadas de forma automática na psique humana a ponto de se transformarem nos próprios desejos individuais. Há, nesse momento, a vitória da moralidade e da autonomia kantiana.

Neste contexto, o indivíduo vive e deseja apenas na medida em que sua repressão e a moral lhe permitem. As poucas horas de lazer e prazer se transformam em um pequeno descanso, somente para que se possa prosseguir com sua produtividade no trabalho. Não há lapso temporal que propicie um real desenvolvimento de suas qualidades, de seus prazeres e de sua felicidade. Portanto, perante o princípio do desempenho como conteúdo do princípio da realidade, a vida humana se transforma em instrumento de trabalho alienado.

A dominação sobre todo e qualquer sentido humano é considerada racional e, assim, proporciona um isolamento entre as pessoas de forma a distanciá-las das relações reais, espontâneas e naturais. As relações entre os seres humanos se tornam virtuais de modo a impactar os instintos psíquicos no sentido de afetar tanto o instinto de vida quanto o

---

<sup>124</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 35.

Os desejos são distintos de acordo com a classe social em que a pessoa se encontra (ou seja, segundo sua posição no modo de produção). Enquanto o rico pode satisfazer qualquer um de seus desejos, o sonhador não burguês imagina como seria uma vida sem exploração. Todavia, apesar da classe burguesa ter acesso aos meios materiais irá desenvolver outros sentimentos, como, por exemplo, o tédio. “Mas, por mais que se leia apenas o lado esquerdo de todos os cardápios – ao contrário dos empregados que lêem o direito onde constam os preços -, é justamente este excesso que gera uma forma específica de desejo mais maduro, mais sedimentado: ao invés da penúria, o tédio.” BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 41.

instinto de morte, o que acaba por intensificar o controle externo repressivo sobre tais pulsões. Nas palavras de Marcuse, a vida humana é posta de uma maneira corroída, em uma civilização doente.

Para os Frankfurtianos, a vida livre não impede relações sociais duradouras e civilizadas. A Vida viva apenas não aceita o modelo de organização social intensamente repressivo que procura por uma absoluta negação do princípio do prazer. A dialética destrutiva alcança a civilização na medida em que as restrições intensas sobre os instintos vitais liberam, logicamente, as forças de destruição da própria Vida. Essa dialética representa a luta da liberdade pela sua própria libertação em um mundo de absoluta repressão. O único espaço que a liberdade encontra está no campo da fantasia,<sup>125</sup> no qual o domínio do desempenho sofre certas limitações. Entretanto, o sistema moral transforma o campo da fantasia em algo perverso e imoral.

Na configuração social capitalista, o valor social do indivíduo não é medido por meio de sua autonomia e responsabilidade pessoal, mas sim por meio de suas aptidões e qualidades de adaptação às técnicas padronizadas de comportamento. O sistema moral é o fundamento racional que a sociedade moderna encontrou para transformar a vida humana em mero instrumento de trabalho alienado encontrando, de certa forma, êxito no controle da psique humana.<sup>126</sup> Portanto, a racionalidade jurídico-penal que embasa a proteção penal da vida humana não se fundamenta, propriamente, no propósito de proteção máxima à vida, mas na manutenção desta sob o controle do princípio de desempenho no sentido de

---

<sup>125</sup> De acordo com Marcuse, a fantasia é a atividade mental que retém um elevado grau de liberdade. Desse modo, a fantasia comporta uma função crucial na estrutura mental, pois é responsável pela ligação entre as camadas mais profundas do inconsciente ao mais elevado grau de consciência. A arte é meio pelo qual a camada da fantasia e do sonho alcança a realidade concreta. É a libertação da liberdade humana. A realização da fantasia, portanto, se dá por meio da criatividade artística como a única saída, diante das condições materiais concretas, de se alcançar um nível significativo de libertação. A dimensão estética se opõe à repressão institucionalizada. A arte impõe a imagem do ser humano na condição de sujeito livre. Sustenta-se a liberdade diante da negação à liberdade. Compreende-se, assim, que se a liberdade se resguarda no inconsciente, a fantasia e a imaginação, que alcançam o campo artístico se transformam em um meio para que a liberdade se torne consciente. *Ibid.*, p. 108.

<sup>126</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 117.

Em relação à necessidade de trabalho não há objeções. Em qualquer modelo de sociedade, o trabalho como canalização das energias vitais é necessário. O problema reside no modelo de trabalho que se tem imposto aos indivíduos na organização social capitalista, ou seja, o trabalho alienado acumulado a mais-repressão, sob legitimação do princípio de desempenho. Assim, a repressão instintiva que Reich, Marcuse e Bloch tentam combater reside na organização social específica do trabalho imposta pelos interesses de dominação: a mais-repressão. Não se propõe eliminar o trabalho, mas a organização da existência humana como um instrumento de trabalho alienado. A libertação da vida humana criaria novas relações de trabalho.

efetuar a máxima repressão possível às manifestações concretas de liberdade pensada a partir da plena satisfação das necessidades humanas.

### 7.7 A proteção penal da vida humana e a não apreensão da liberdade concreta

De acordo com Bloch, Karl Marx obteve uma total compreensão da sociedade na qual estava inserido no sentido de que sua teoria apresenta uma concordância com a tendência histórico-social de seu tempo. Dessa forma, a filosofia marxista contém uma real unidade entre sujeito e objeto. Portanto, resta evidente que as ideias filosóficas só conseguem atingir um patamar de concretização quando as condições histórico-materiais assim permitem.<sup>127</sup>

Neste sentido, a humanidade se atribui tarefas no limite das quais consegue cumprir. As ideias que transcendem o seu tempo histórico no que se refere às possibilidades histórico-materiais se tornam concretamente irrealizáveis. Por isso, permanecem no campo abstrato. A filosofia kantiana se ateve ao modo abstrato no que tange à possibilidade de liberdade humana (fator subjetivo) contra as condições de existência concretas (fator objetivo).<sup>128</sup>

Bloch constata que o fator subjetivo referente à liberdade humana deve formar uma unidade dialética com os fatores objetivos (condições histórico-materiais) para que atinja sua concretização. “Os dois fatores, tanto o subjetivo quanto o objetivo, precisam antes ser compreendidos em sua constante interação dialética, interação indivisível, não isolável.”<sup>129</sup> Portanto, a orientação kantiana de liberdade humana não apreende esta unidade dialética.

---

<sup>127</sup> BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 130.

<sup>128</sup> Ibid.

Dessa forma, Bloch evidencia que para Kant o ideal aparece no imperativo categórico da lei moral. Neste sentido, a dignidade do ser humano encontra-se em oposição a todas as pulsões naturais. Porém, logo em seguida, o ideal aparece em Kant como força de orientação finalística.

<sup>129</sup> Ibid., p. 148.

Objetivamente possível é tudo aquilo cuja ocorrência pode ser cientificamente esperada, ou que pelo menos não pode ser excluída com base no mero conhecimento parcial de suas condições dadas. Realmente possível, em contrapartida, é tudo aquilo cujas condições dadas ainda não estão integralmente reunidas na esfera do próprio objeto, seja porque elas ainda estão amadurecendo, seja sobretudo porque novas condições – ainda mediadas pelas existentes – concorrem para a ocorrência de um novo real. O ser em movimento, que vai se modificando, que pode ser modificado, assim como se apresenta em termos dialético-materiais, tem esse poder-vir-a-ser inconcluso, esse ainda-não-estar-concluído, tanto na sua base quando no seu horizonte. E, enquanto a realidade não for completamente determinada, enquanto ela contiver possibilidades inconclusas, não poderá proceder da realidade meramente fática qualquer objeção absoluta contra a utopia. Ibid., p. 195.



Marcuse considera que a Filosofia hegeliana também retém a razão e a liberdade humana ao campo abstrato da Ideia, do Espírito. Assim, em termos concretos, nem o Estado nem a Sociedade consubstanciam a forma suprema da liberdade, por mais racionalmente organizados que estejam. O mundo empírico permanece na negatividade. Isso comprova o governo do mundo empírico pelo princípio da realidade na condição de princípio de desempenho.<sup>130</sup> A Filosofia hegeliana apreende este mundo empírico e o descreve. Todavia, não há superação do problema relativo à colocação da liberdade tão-somente no campo da abstração.

Explica-se que a atitude agressiva em relação ao mundo, que nega a liberdade, visa à dominação do homem pelo homem. Neste contexto, a satisfação do *ser em si mesmo* condiciona-se pela sua relação negativa ao Outro. O conteúdo da liberdade humana é medido por sua relação negativa com o Outro e, portanto, assumir a liberdade afeta a totalidade da vida. A liberdade só pode ser concreta quando se arrisca a própria Vida.

O ser humano plenificado deseja estar no *aqui* e no *agora* sendo ele mesmo, sem adiantamento nem distância.<sup>131</sup> Em uma civilização, verdadeiramente, humana, o sujeito não pode ser reduzido a instrumento de trabalho. Não há liberdade em uma realidade de trabalho alienado. A liberdade para se tornar concreta deve se apresentar atrelada à livre manifestação das potencialidades humanas. Deve-se entender que a libertação, em face da realidade, não é transcendente, ou seja, uma libertação intelectual. A realidade sob o princípio de desempenho é a realidade inumana da carência e da necessidade. Ser humano livre é aquele liberado da pressão dos propósitos e desempenhos a que a carência obriga.

A posse e a obtenção das necessidades da vida são pré-requisitos e não o conteúdo de uma sociedade livre. O reino da necessidade, da labuta e do trabalho alienado não é o da liberdade, visto que a existência humana, nesse domínio, é determinada por objetivos e funções que não são propriamente seus.<sup>132</sup>

O *desvalor* conferido à liberdade, no campo da interpretação normativa acerca da vida humana, é um reflexo da sua não existência na configuração da sociedade atual. Pensar a vida humana na condição de liberdade exige que as condições histórico-materiais concretizem a Vida humana em termos de satisfação das necessidades. Enquanto tais condições não propiciarem a libertação real da condição humana, a liberdade irá se

---

<sup>130</sup> BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 89.

<sup>131</sup> Ibid., p. 26.

<sup>132</sup> Ibid.

restringir ao campo abstrato. Logo, a valoração da Vida, no campo dogmático-penal, não conseguirá apreendê-la para além da perspectiva meramente abstrata.

No domínio dos padrões da racionalidade instrumental contrária à efetivação da liberdade o que interessa é organizar um sistema de atividades inumanas, mecânicas e rotineiras, tudo sob a legitimidade de proteção à civilização em evolução. Afirma-se a mais-repressão à liberdade em nome da proteção da humanidade. A vontade racional é posta de forma totalmente contrária à liberdade como percepção das necessidades humanas. Por conseguinte, o Direito Penal que acompanha a estrutura social de seu tempo histórico não prioriza pensar a Vida a partir das liberdades pessoais.

## 7.8 A luta entre a vida e a morte

A luta pela liberdade e pela felicidade humana é determinada pela luta dos instintos,<sup>133</sup> ou seja, pelo conflito entre o instinto de vida – *Eros* – e o instinto de morte – *Thanatos*. Para Marcuse, *Eros* e *Thanatos* são dois instintos básicos em luta pela autopreservação, ou seja, pela existência. A diferença entre tais instintos reside na sustentação e destruição da própria vida. Portanto, a partir da natureza da vida humana instintiva decorrem dois instintos antagônicos: os instintos vitais – *Eros* – os quais se sobrepõem aos instintos de morte, mas que de maneira alguma os anulam.<sup>134</sup> Este dualismo se mostra dinâmico e compõe a essência da Vida.

Se *Eros* (Vida) e *Thanatos* (Morte) emergem como os dois instintos básicos cujas presenças caracterizam o processo vital de qualquer indivíduo, por conseguinte, a busca da origem comum dos dois instintos básicos não pode ser silenciada por pregações morais.<sup>135</sup> Ressalta-se que jamais a morte fora tão, coerentemente, admitida como essência da Vida. Tem-se, assim, a antítese entre a Vida e a Morte.<sup>136</sup> Estabelece-se a dialética no plano psicológico.

O *instinto de morte* significa a *destrutividade* pelo alívio de tensão. A escolha pela morte representa uma fuga inconsciente da dor, do sofrimento e das necessidades vitais. A

<sup>133</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 17.

<sup>134</sup> Ibid., p. 20.

De acordo com a leitura realizada por Bloch, para Freud, o impulso de morte é o impulso específico direcionado para o processo de morte. Assim, trata-se do impulso de destruição. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 55.

<sup>135</sup> MARCUSE, Herbert. *Op. Cit.*, 2015. p. 22.

<sup>136</sup> Ibid., p. 22.

morte é uma expressão da eterna luta contra o sofrimento e a repressão. Assevera-se que o instinto de morte é, radicalmente, afetado pelas mudanças históricas em torno desta luta inconsciente entre os instintos.

A partir da construção do pensamento do “Eros” emancipado, isto é, da “Vida” emancipada, Marcuse constrói o conceito de Vida existencialmente compreendida para além de uma razão impessoal e calculista. Dessa forma, a opção pela Morte, em determinados momentos da História, representa uma saída inconsciente à dor e ao sofrimento de modo que se comprova que sistemas morais repressivos não resolvem, verdadeiramente, o conflito. A civilização se encontra em uma dialética destrutiva na qual as restrições impostas à Vida lhe enfraquecem os instintos e, assim, liberam as forças, puramente, de destruição.<sup>137</sup>

É fato que a sociedade atual apresenta um progresso tecnológico intensificado. Todavia, o que se evidencia é que este progresso também carrega uma restrição cada vez mais acentuada à liberdade humana. A civilização industrial representa o domínio do homem pelo homem, bem como a subjugação intensa e a destruição do ser humano pelo próprio ser humano. Assim, indaga-se:

A relação entre liberdade e repressão, produtividade e destruição, dominação e progresso, constituirá realmente o princípio de civilização? Ou essa interrelação resulta unicamente de uma organização histórica específica da existência humana?<sup>138</sup>

Ora bem, a dogmática jurídico-penal repressiva ao instinto de morte contém em si uma evidente contradição, pois apesar do discurso jurídico se demonstrar, no sentido de uma absoluta valoração à vida humana, a realidade concreta frente a qual os conceitos serão aplicados depara-se com uma organização histórico-social que intensifica a sua própria destruição.

---

<sup>137</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 31.

<sup>138</sup> Ibid., p. 32.

O superdesenvolvimento técnico e científico fica desmentido quando os bombardeios, os produtos químicos e as forças especiais da sociedade afluyente se desencadeiam sobre os mais pobres da terra, seus barracos, hospitais e campos de arroz. Tem-se que a capacidade de matar é um subproduto do desenvolvimento das forças produtivas, dentro de um sistema de exploração e repressão. A sociedade atual ainda é uma sociedade em guerra: “se os seus cidadãos não o notaram, as suas vítimas já o perceberam, por certo.” Ibid., p. XV.

### 7.8.1 *A dialética destrutiva na interpretação normativa sobre a vida humana: a luta da civilização contra a liberdade*

A vida humana representa uma unidade entre o instinto de vida (*Eros*) e o instinto de Morte, quando a organização social só proporciona meios que enfraquecem o instinto de Vida, liberta também os impulsos destrutivos, os quais fortalecem o instinto de Morte. Por conseguinte, o sistema moral se coloca na posição de controle desta *destrutividade* de modo a considerar o instinto de morte um fim *imoral*. O fundamento metafísico conferido à proteção penal da vida humana, considerado a partir do sujeito ideal, absorve esta sistemática e se transforma em um reforço à repressão de tais impulsos. Ocorre que, ao passo que a doutrina moral em nome da civilização em progresso reprime ao máximo os instintos vitais, caminha para a sua autodestruição.

O trabalho, em sua essência, não envolveria necessariamente uma sublimação, ou seja, nem todo modo de trabalho seria desagradável de maneira a significar uma renúncia. O trabalho é uma utilização social dos impulsos agressivos e, assim, está a serviço do próprio instinto de Vida. Se a base material da civilização está no trabalho alienado, penoso e desagradável, não há espaço para o desenvolvimento e satisfação das necessidades e inclinações humanas.<sup>139</sup>

A racionalidade tecnológica desenvolve um padrão mental de comportamento orientado à produtividade de modo a distanciar o ser humano de sua própria natureza. O desvio da destrutividade garante o progresso da civilização. Em nome da evolução da humanidade, criam-se meios que levam ao aniquilamento da própria vida humana. A dialética da destrutividade demonstra que:

O fato da **destruição da vida humana** ter progredido com o progresso da civilização, da crueldade, de o ódio e o extermínio científico do homem terem aumentado em relação à possibilidade real de eliminação da opressão – perpetua-se a destrutividade **para além dos limites de toda a racionalidade**.<sup>140</sup>

<sup>139</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 65.

Salienta-se que, se há um modo de trabalho que oferece um elevado grau de satisfação e cuja execução é agradável ao indivíduo, é o trabalho artístico, pois consegue desenvolver as potencialidade e qualidades, essencialmente, humanas. Portanto, o problema não reside no trabalho em si, mas na forma como a civilização se utiliza do trabalho.

<sup>140</sup> Ibid., p. 66.

A sociedade moderna representa a unidade entre *liberdade e servidão*, de tal modo que a destruição seja evidente tanto da perspectiva interior quanto da exterior. A liberdade aparece invertida: a defesa pela libertação se converte em projeto da subversão dessa espécie de progresso. Nesse contexto, o sistema de vida se demonstra, ainda, como um sistema de guerra.

Karl Marx observou, desde seu contexto, que a crescente produtividade do trabalho e o domínio do homem sobre a natureza, pontos que a sociedade moderna glorifica, diminuem a riqueza em termos de conhecimentos culturais, o que leva a uma destruição progressiva e a uma repressão das qualidades humanas.

Assim sendo, no contexto do trabalho alienado, não há libertação possível. A sociedade moderna apresenta um paradoxo no sentido de que ao passo que confere uma elevada racionalidade e mecanização ao trabalho, o tempo de trabalho poderia ser reduzido de maneira a propiciar um lapso temporal maior para o desenvolvimento das livres faculdades individuais. Contudo, ao se aproximar a possibilidade real de emancipação da vida humana, a sociedade intensifica a necessidade de manutenção das restrições, com o intuito de que a ordem estabelecida de dominação não se disperse. Desse modo, a civilização, em sua dialética destrutiva, se defende contra a ideia de um mundo livre, de uma Vida emancipada e a racionalidade jurídico-penal acompanha tal pretensão.<sup>141</sup>

Compreende-se que quanto mais o sistema tem se apresentado em alta produtividade e eficiência, mais intenso tem se tornado o sofrimento, a frustração e a impotência em termos individuais. Pode-se afirmar que o processo de *desumanização* perante o trabalho reprime as individualidades concretas.<sup>142</sup> A dogmática jurídico-penal ao não observar tais individualidades em sua interpretação normativa acerca da vida humana segue as exigências deste processo de desumanização.<sup>143</sup>

A tecnologia e os avanços científicos teriam a potencialidade de propiciar a libertação do mundo da miséria e do sofrimento. Porém, na realidade, proporcionam maior sofrimento àqueles que nada possuem: são direcionados, muitas vezes, aos massacres e à exterminação de vidas humanas, tudo com a ajuda científica.<sup>144</sup> Assim, a *destrutividade* se

---

<sup>141</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 70.

<sup>142</sup> Ibid., p. 77.

<sup>143</sup> A produção e o consumo podem facilitar, para alguns, a obtenção das necessidades da vida, mas o indivíduo “paga com o sacrifício do seu tempo, de sua consciência e de seus sonhos; e a civilização paga com o sacrifício de suas falsas promessas de liberdade, justiça e paz.” Ibid., p. 76.

<sup>144</sup> As correntes filosóficas estudadas nos primeiros capítulos, com ênfase à Filosofia Kantiana, bem como ao posicionamento de Hans Welzel, glorificaram o herói, o sacrifício da Vida em nome do Estado e da Nação, mas não indagam se tal Estado ou Nação são dignos de tamanho sacrifício. Nas palavras de Marcuse: “[...] há fotografias que mostram filas de cadáveres seminus, assim dispostos em honra dos vencedores no Vietname: assemelham-se, em todos os seus detalhes, às cenas de cadáveres mutilados e esquálidos que nos chegaram de Auschwitz e Buchenwald. Nada e ninguém pode jamais pagar por esses feitos, nem superar o sentimento de culpa e remorso que reage praticando novas agressões.” Ibid., p. XV. Compreende-se que o pressuposto, para Marcuse, é que a agressividade em defesa da vida humana é menos nociva aos instintos de Vida do que a agressividade na agressão. As guerras, mantidas em sucessivas escaladas em todo o mundo, preparam para uma administração total à base bélica e colocam em cheque toda a moralidade defendida pela Filosofia Idealista.

transforma em normalidade: a *destrutividade* é o preço que a humanidade paga pelo suposto progresso da civilização. A vitória do trabalho alienado está quase ganha frente à libertação humana: o sistema econômico mecânico e produtivo está, praticamente, livre de qualquer potencialidade humana.<sup>145</sup>

Por meio destas reações automáticas, legitima-se a *destrutividade em nome do progresso*. Todavia, o que não se pode deixar de observar é que, pelo fato da liberdade não ser realidade, ela não deixa de ser potencialidade.

A suposta proteção da vida humana a qualquer custo, ditada pelas doutrinas moralistas, sustenta a criminalização de condutas como a eutanásia, o homicídio a pedido, a participação no suicídio e o aborto consentido. Todavia, tais criminalizações não se justificam pela valoração que a vida humana recebe na configuração social, mas na contenção e na restrição da liberdade individual. A repressão desta é uma necessidade do sistema que se esconde por trás de discursos morais que se pretendem racionais.<sup>146</sup> Como a

“Em vez de liberdade pessoal prometem-te liberdade nacional. Não te prometem dignidade pessoal, mas respeito pelo Estado; grandeza nacional em vez de grandeza pessoal. Enquanto que liberdade pessoal e grandeza são para ti apenas conceitos estranhos e obscuros, liberdade nacional e interesses do Estado são palavras que te encham a boca.” REICH, Wilhelm. **Escuta, Zé-Ninguém**. São Paulo: Martins Fonte, 1974.

De acordo com a análise de Reich, apesar do avanço tecnológico, os problemas da natureza humana não aproximaram o homem um centímetro sequer da compreensão de si mesmo. O homem faz de tudo para evitar a compreensão de sua própria natureza. REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo: a peste emocional da humanidade**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 69.

<sup>145</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 77.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 77.

Marcuse demonstra que a teoria de Nietzsche sobre o super-homem representa um homem com a boa consciência para fazer da vida um fim em si mesmo, para viver com alegria uma vida sem medo. De acordo com Víctor Gabriel Rodríguez, a ideia de Nietzsche demonstra-se interessante apesar de seu aspecto utópico. Nietzsche defende uma negativa perante a moral e a teologia. Esta negativa recairá sobre a ideia de liberdade humana. Com seu conceito de super-homem – um indivíduo que comanda seu próprio futuro, livre de amarras da moral – acaba por inverter a moral: O super-homem é forte e despreza valores menores como humildade. O indivíduo, sublime, se distancia do caminho moral. O mundo moral é considerado pelo pensador como uma distorção do mundo real, uma ilusão de ótica moral. O livre-arbítrio (a existência da liberdade de vontade) seria, somente, uma ilusão criada, propositalmente, pelos teólogos com o intuito de responsabilizar, isto é, legitimar a culpa e o castigo. Nietzsche, portanto, rompe com a ideia de responsabilidade por existir. Como o indivíduo é uma parte do Universo, qualquer ato de julgamento recai, não apenas frente ao indivíduo, mas ao próprio Universo. O ideal do ser-humano seria a não-responsabilização. A grande liberdade será a de não responsabilizar ninguém, porque não há indivíduo que possa ser causa primeira do Universo. Este posicionamento de Nietzsche se distancia, ao máximo, de valores morais e, assim, da ideia de castigo: “sem castigo e sem valores a proteger, o Direito Penal seria dispensável.” Rodríguez considera que o grande fracasso de Nietzsche estaria na proposição de um mundo imoral em absoluto. Para demonstrar tal fracasso, Rodríguez assevera a utilização dos aspectos centrais da teoria de Nietzsche pelo nacional-socialismo.

liberdade é uma das qualidades humanas que não pode se tornar concreta, devido ao modelo de organização social adotado, pautado pelo trabalho alienado, não se permite que condutas sejam justificadas em nome de tal liberdade. As doutrinas moral e jurídica protegem as necessidades da *civilização destrutiva*, em si mesmo, ao tornar tanto os instintos vitais quanto os instintos de morte (os quais compreendem a necessidade de fuga em relação à dor, ao sofrimento e à angústia) em fins imorais que a humanidade não deve tolerar.<sup>147</sup>

### 7.9 Sentimento de culpa como o obstáculo à interpretação da vida humana na condição de liberdade pessoal

As interpretações que recaem sobre o conceito de vida humana perante a dogmática jurídico-penal, bem como as escolhas de política criminal no contexto tradicional brasileiro, refletem, de certa forma, uma influência teológica, notadamente em torno do termo “pecado”, de modo a ilustrar como a “peste emocional”, analisada por Reich, apresenta a potencialidade de alcançar o nível institucional. Todavia, esta influência

---

O mundo imoral proposto fora utilizado como uma flexibilização, neste contexto histórico, para se legitimar “a força, guerra e violência.” Rodríguez menciona o contexto do nacional-socialismo para demonstrar que a utopia do homem sem valores morais seria impossível porque resultaria em sua própria destruição. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014. p. 133-135.

“O criminoso será para Nietzsche aquele que desenvolve ódio e vingança contra uma sociedade que já não o acolhe, e assim, livre de amarras morais, se o admite como um superior. [...] Essa liberdade, que o ser superior alcança ou deve alcançar ao compreender a decadência e a imbecilidade dos costumes morais preconizados, se contrapõe efetivamente à sua ideia determinista de homem como fragmento indecomponível do universo.” Ibid.

Rodríguez aponta uma contradição latente na teoria de Nietzsche no que se refere à moral: a responsabilização moral é posta como satisfação de um instinto ao mesmo tempo em que o pensador afirma ser a moral uma negação de instinto.

Pensar a vida a partir das liberdades pessoais encontra algumas barreiras na teoria de Nietzsche pelo seu viés determinista. Entretanto, se pensarmos frente à sua utopia de um mundo imoral em absoluto e a um afastamento total da teologia, pode-se defender que condutas como eutanásia e aborto não seriam responsabilizadas já que responsabilidade, culpa e castigo são dissolvidos na teoria de Nietzsche. Agora, perante a crítica de Rodríguez no que se refere à ideia de um mundo imoral como um caminho para a própria destruição do homem, até que ponto pode-se dizer que determinadas condutas que afetam a vida humana significam e representam esse nível de preocupação com a destruição da ‘humanidade’. Parece que as condutas regidas pela escolha do sujeito (homicídio a pedido, eutanásia ativa, participação no suicídio, aborto consentido) não carregam o sentido comunicativo de destruição da humanidade sendo apenas consideradas em um campo impregnado de moralismo.

<sup>147</sup> MARCUSE, HERBERT. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 76.

A configuração social, portanto, direciona a agressividade instintiva contra aqueles indivíduos que não se submetem ao sistema moral no sentido de apresentarem uma negação à civilização repressiva.

ultrapassa o campo da teologia e atinge a necessidade de repressão às liberdades pessoais como forma de manter a civilização em progresso.

A repressão ao “pecado”, que representa um aspecto da peste emocional, projeta-se na configuração dos tipos penais dos crimes contra a vida de forma evidente. Esta constatação não é algo de se estranhar já que se parte da consideração de que a configuração dos tipos penais reflete a configuração de uma dada sociedade.

A configuração dos tipos penais que engloba condutas como a eutanásia, o homicídio a pedido, a participação no suicídio e o aborto consentido está muito mais interligada à repressão ao “pecado” e às liberdades pessoais (campo da moralidade) do que, propriamente, à valoração absoluta da vida humana. O que está em jogo é a criminalização de condutas que decorrem do suposto “*pecado capital*” (com destaque à conduta de aborto consentido) e que resultam em fins considerados imorais, sendo que esta transposição ocorre com a finalidade de repressão às liberdades pessoais ao serem consideradas antagônicas à evolução da civilização.

Portanto, observa-se que a racionalidade metafísica que ampara a proteção penal da vida humana se relaciona, em sua essência, à repressão de condutas que ultrapassam o aspecto do ser humano *encouraçado e, assim, impede a todo custo a efetivação de uma vida verdadeiramente livre*. Tal racionalidade representa um instrumento *simbólico* de que o Direito Penal está atento a proteger e manter a vida humana sob as regras da *peste emocional*, ou seja, sob as regras de uma Vida que aprisiona a essência humana e, assim sendo, representa uma Vida não livre. Tal configuração dogmática, por fim, pode ser um instrumento de evasão da verdade, no sentido posto por Reich, em relação à Vida viva.

Neste caminho, afirma-se que são os próprios homens que procedem à supressão da Vida por meio de séculos de crueldade, de morte, de desespero e de miséria humana. “Anos se passarão antes que uma ínfima minoria comece a se dar conta de que o homem é *emocionalmente* doente.”<sup>148</sup> Concorda-se com esta afirmação até certo ponto. O que aqui

---

<sup>148</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

W. Reich, em uma conotação até mais radical que Marcuse, critica o senso comum que coloca toda a responsabilidade na figura de líderes emblemáticos pelo massacre de milhões de vidas humanas. O ponto que Reich quer alcançar se refere à própria relação do povo que escolheu seu líder e que o legitimou. Como ilustração, para Reich foi o povo que fez Hitler e não Hitler que subjugou o povo. Sem o Hitlerismo do povo não teria havido Hitler. É a estrutura de caráter média das massas que determina a natureza e atividade da liderança. A problemática não se refere às estruturas estatal e jurídica, mas à própria sociedade civil que as legitima. Assim, por meio da psicologia de massa, Reich retira o povo do polo passivo e o coloca como responsável pelos assassinatos cometidos na história da humanidade.



se propõe é que o sistema capitalista de produção intensifica e potencializa o homem *emocionalmente* doente de forma a solidificar meios que mantenham a linha de supressão da Vida viva pelo próprio indivíduo e, assim, perpetuam-se os séculos de crueldade. Portanto, diante deste cenário, não se poderia interpretar que a configuração dos tipos penais dos crimes contra a vida, empiricamente, se justifique por meio de um discurso de valoração absoluta da vida humana, pois, tal valoração não corrobora com a prática real desenvolvida pelos próprios indivíduos ao longo da história da humanidade.

A religião carrega, ao mesmo tempo, uma imagem de dominação e de libertação da condição humana. Todavia, esta libertação é posta de modo condicionado a um mundo imaginário de salvação eterna. A Ciência é posta como a marca registrada da sociedade moderna, principalmente, no contexto do Iluminismo. Aparece como uma quebra desta ilusão para efetuar o progresso material e intelectual da humanidade. Entretanto, Marcuse não considera a Ciência como um notável instrumento de libertação, mas como um dos instrumentos mais destrutivos de maneira a abarcá-la como um complemento à religião, no sentido de serem ambos os campos meios de repressão à libertação da Vida humana.

A atitude científica já deixou de ser a de antagonista militante da religião [...] acostumou o homem a uma boa consciência em face do sofrimento e da culpa. As funções da ciência e da religião tendem para a complementariedade. Ambas negam as esperanças que outrora suscitaram e ensinaram os homens a apreciarem os fatos num mundo de alienação. Neste sentido, a religião deixou de ser uma ilusão e sua promoção acadêmica está em concordância com a predominante tendência positivista.<sup>149</sup>

A religião e a ciência, em uma relação de complementariedade, evidencia que o conteúdo de repressão que a religião carrega não pode ser libertado pela atitude científica. Portanto, de modo a projetar tal situação dos posicionamentos dogmáticos, a consideração da vida humana na condição de liberdade pessoal levaria a uma descriminalização (ou, ao menos, à não punibilidade) de condutas que envolvem eutanásia, homicídio a pedido, participação no suicídio e aborto consentido. Todavia, esta modificação da racionalidade jurídico-penal não se daria por meio de fundamentações religiosas, morais e científicas já

---

Desse modo, deve-se deixar que cada cidadão tenha o sentimento de responsabilidade por tudo o que está acontecendo no mundo. As pessoas exploradas e dependentes, no plano emocional, apoiam os líderes que limitarão, ainda mais, a Vida em nome de uma ambição egoísta de se tornarem, eles próprios, imperadores. Neste contexto, questiona-se o porquê o homem mata a Vida em si mesmo. O homem perdeu sua liberdade há muito tempo e nem sobre sua Vida pode decidir, sem ser julgado por um sistema moral. REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo: a peste emocional da humanidade**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 280-296.

<sup>149</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 55.

que tais campos não são antagônicos, mas complementares no sentido de se manter a Vida em seu formato de prisão. Tal modificação seria proporcionada por uma alteração empírica da própria organização social o que exigiria uma mudança na filosofia política que fundamenta a interpretação normativa da vida humana no campo dogmático-penal. No que tange à configuração da sociedade brasileira, esta modificação de racionalidade jurídico-penal se distancia de uma real efetivação, pois a organização social ainda se pauta por um determinismo moral-religioso de significativa repressão à liberdade na condição de plena satisfação das necessidades vitais.

Marcuse, Reich e Bloch desenvolvem uma análise crítica sobre os conceitos de Vida, Morte e Liberdade perante o ideal cristão. Partem do pressuposto de que Cristo, homem comum, pregava a mensagem de uma real liberdade em um contexto histórico marcado pela destruição. O amor foi posto como contrário ao sofrimento que era perpetuado e, por isso, Cristo foi assassinado. Reich aponta que, em nome do Cristianismo, encontrou-se “sangue derramado, enforcados nas árvores, gritos ecoados pelos muros espessos das prisões e os tidos como insanos, que conservam o contato com Cristo, serão encarcerados para sempre, tudo em nome de Deus.”<sup>150</sup>

A miséria humana demonstra-se no ódio que o homem carrega em si mesmo. Reich explica que o ódio se apresenta em diversas formas, mas sempre escondido. Na verdade, todas as regras de boa conduta e cortesia na sociedade derivam da necessidade de esconder esse imenso ódio. Nesse contexto, a desconfiança e o não reconhecimento reinam no espírito dos homens.

O modo de vida aceito pelo povo é o modo assassino de Vida. Neste modo, a ideologia do sacrifício é prolatada. O sofrimento, perceptível em tudo, se transforma na marca sobre o elevado homem moral. “O homem generoso deve sofrer sem jamais fugir da triste situação em que se encontra, senão o público o condenará severamente. O público tem necessidade do herói para provocar nas almas vazias uma faísca de admiração.”<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

Diferença entre Cristo e os homens: Ele sente e vive a Vida naturalmente, em seu curso, enquanto que os homens matam a vida dentro de si mesmos para depois tentar trazê-la de volta pela força. A Vida não pode ser forçada. Ibid., p. 98.

<sup>151</sup> Ibid., p.104.

“Os Zé-ninguém fizeram da religião o que fizeram de tudo: adaptaram-na à sua maneira de ser. Se você não conhece o oceano, você está simplesmente perdido, não importa quem você seja.” Ibid., p. 117-118.

Logo, os discursos jurídico-penais no contexto brasileiro estão impregnados desta ideologia moral. Remetemos o leitor para o tópico de análise das posições de Nelson Hungria e Olavo Oliveira para os quais o homicídio eutanásico e o homicídio a pedido apresentam o mesmo significado e sentido que de qualquer outro “assassinato” cruel contra a vida humana, pois - ao se praticar o homicídio com a finalidade de encerrar a dor, o sofrimento e a angústia decorrentes de doença terminal de um indivíduo - interrompe-se a elavação moral deste e é impedido de alcançar uma eternidade de salvação no mundo imaginário.

Além do mais, a doutrina tradicional aponta como uma característica imperiosa à pessoa moral a sua colocação em sacrifício em nome da coletividade ou da nação, de modo a evidenciar a adoção da ideologia do sacrifício. Tal perspectiva é clara nos posicionamentos analisados no início desta pesquisa sobre a filosofia kantiana e a transposição desta perspectiva ao campo jurídico-penal por meio da estrutura dogmática de Hans Welzel.

A doutrina moral kantiana que prega o amor ao próximo, inclusive ao seu inimigo, é criticada por Reich no sentido de que se tem uma doutrina totalmente útil e prática ao próprio inimigo e a seus interesses.<sup>152</sup> Esta ideologia moralista significa crucificar os inocentes para libertar os pecadores de seus próprios pecados.

Interessante colocação é o entendimento de que o Assassinato de Cristo se deu porque Cristo mostrou ao povo onde a Vida poderia ser encontrada de forma verdadeira. Tal assassinato não se deu de qualquer forma, mas de maneira totalmente amparada pelos meios *legais*. O direito e seu instrumental legitimaram o Assassinato da Vida de modo a evidenciar que o sistema jurídico é repressor às manifestações concretas de liberdade.

A contradição do discurso jurídico de valoração absoluta da vida humana com sua realidade concreta é evidente: o direito moderno continua a perpetuar o assassinato crônico da Vida viva.

---

O Zé-ninguém se refere à denominação que Reich confere ao homem comum que sofre, capaz de fazer de si próprio um horror de existência, no âmbito de um contexto no qual as honras são atribuídas aos seus inimigos enquanto se assassina seus amigos. REICH, Wilhelm. **Escuta, Zé-Ninguém**. São Paulo: Martins Fonte, 1974.

<sup>152</sup> Por exemplo: “Um procurador, tomado pela peste, aprisionará um inocente sabendo exatamente o que está fazendo. Alguém descobre o erro depois de vinte anos e, as vezes, pode ser que o inocente seja libertado. Depois de solto, deverá dizer publicamente que não guarda rancor de ninguém.” REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo: a peste emocional da humanidade**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

Se eles próprios são espíões, matarão Cristo por espionagem. Se eles são os espoliadores dos bens do povo, matarão Cristo por sabotagem à propriedade. Se são ladroes de banco, matarão Cristo por roubo a banco. Se são charlatões, matarão Cristo por charlatanismo. Se são porcos imundos no que se refere a sexo, acusarão Cristo de imoralidade e atentado ao pudor. E, se para ganhar dinheiro, fabricam drogas mortíferas aos milhares, acusarão Cristo de promover curas. Se sonham em governar o país, como reis, acusarão Cristo de proclamar-se Rei dos Judeus. [...] Matar o que nunca foram capazes de sentir dentro de si.<sup>153</sup>

O Assassinato crônico da Vida viva, por meio da miséria humana, ocorre diante dos olhos e ouvidos dos grandes juízes, aplicadores das normas: “pode-se encontrar Judas Iscariotes em qualquer época dá história da humanidade.”<sup>154</sup> O Assassinato de Cristo é protegido, através dos tempos, pelas próprias pessoas que mais sofrem com ele sob o manto das normas éticas e morais. O que protege o Assassinato da Vida viva é o próprio silêncio das multidões.

A lei em vigor foi feita para a procura eterna do Reino de Deus, mas não para a descoberta do Reino dos Céus, nem para o modo de vida de Cristo. [...] envolver o Assassinato com a aparência de Justiça para que se produza de maneira legal. Ninguém deve jamais ser acusado de injustiça. O Código de honra deve ser respeitado. Cada um sabe como as coisas se passaram, mas ninguém move um dedo.<sup>155</sup>

Este é o mito da Justiça realizada em uma civilização mecanicista em constante “evolução”. Para Reich, o Assassinato de Cristo é tão real hoje como o foi no passado histórico. A doutrina moral é considerada como um poderoso dispositivo que oculta do homem a sua compreensão acerca da tragédia histórica.

A verdadeira justiça levará em conta as circunstancias particulares da Vida viva que levaram um homem ou uma mulher a violar uma lei existente. A verdadeira justiça julga a própria lei que está aplicando. Se você vir um tribunal que não julga primeiro a própria lei a ser aplicada a um caso que envolva a sorte de um homem, você está diante de um instrumento potencial ou efetivo da peste, decidido a cometer outro Assassinato de Cristo. [...] O verdadeiro criminoso é a lei que se recusa a evoluir conforme as mudanças da Vida viva.<sup>156</sup>

Há uma verdade e uma razão para todo acontecimento considerado irracional. Em todo massacre, em toda guerra e em todo suicídio há uma verdade escondida. A ética e a moral apresentam-se em um plano ideal, mas não há implicações na vida real e prática. Assim é a Vida:

<sup>153</sup> Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

<sup>154</sup> “É o Zé-ninguém de lábios cerrados e faces pálidas, olhos ardentes e aço no coração. É a criança jogada na lama, a alma despedaçada, que cresce para ser traidor por estrutura. Será aquele que perdeu sua alma e sua vida. É obrigado a matar quem lhe mostra sua própria miséria.” Ibid., p. 123.

<sup>155</sup> Ibid., p. 153.

<sup>156</sup> Ibid.

[...] ela sofre mais pelos males engendrados por seus assassinos do que pela morte dela mesma. Ela sofre mais pelos princípios de traição e perseguição do que por suas consequências. Ela sofre porque o assassinato e a traição são, na visão da Vida, desnecessários, e constituem uma nota dissonante e aguda no meio de uma bela sinfonia.<sup>157</sup>

No contexto em que o ser humano encontra sua humanidade aprisionada, sua alma é preenchida por solidão e vazio. Os homens tornam-se incapazes de suportar a própria Liberdade. O medo desta impera. Afirma-se que “quando você enxergar, em uma pessoa, uma face amável e uma expressão de tristeza e impotência no olhar, pode estar certo de que outro Assassinato de Cristo se prepara.”<sup>158</sup> O sentimento de medo à Vida livre corrobora a manutenção da interpretação normativa acerca da vida humana de forma contrária às liberdades pessoais.

Portanto, compreende-se que a ligação entre o direito e o assassinato crônico da Vida viva se refere às leis que não acompanham as transformações e modificações que a Vida exige, de modo a tentar estagná-la e mantê-la em sua forma passada.

Se você escutar alguém falando de progresso, de liberdade, de felicidade, de paz e de fraternidade entre os homens, e não indicando ao mesmo tempo quais as leis que devem ser mantidas e quais as que é preciso suprimir, você está diante de um hipócrita que não pensa no que diz.<sup>159</sup>

A colocação da Vida humana em um patamar místico e intocável complementa a necessidade de manutenção da vida em suas condições mecânicas e estacionárias. Por mais intensa que seja a evolução tecnológica, não se alcançou a compreensão real das necessidades da existência humana em sua forma livre. A racionalidade instrumental não caminha a efetivar a Vida viva em sua libertação. A Vida é entregue radicalmente à miséria humana. Salienta-se que mesmo diante da suposta evolução da sociedade, o Assassinato crônico de Cristo ainda condena muitas pessoas que lutam pela Vida viva.

A Vida encontra a peste ou o pecado cada vez que uma nova vida nasce e é obrigada a adaptar-se ao modo de vida do homem encorajado. Cada homem e cada mulher traz no mais profundo de sua alma as cicatrizes profundas de sua existência primitiva, a lembrança visível e vibrante de dores e sofrimentos anteriores: é o sofrimento provocado pela destruição da Vida no organismo, por que todo homem e toda mulher passou, que os une a Cristo.<sup>160</sup>

<sup>157</sup> Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 172.

<sup>158</sup> Ibid., p. 181.

<sup>159</sup> Ibid., p. 182.

<sup>160</sup> Ibid., p. 225.

### 7.10 Projeções à criminalização do homicídio a pedido, das tipologias de eutanásia e da participação no suicídio

Perante os dois polos que configuram a existência humana, ou seja, os instintos de Vida e os instintos de morte, estes últimos representam a fuga inconsciente contra o sofrimento e a dor. Portanto, fazem parte da própria natureza humana. A não consideração da vontade do sujeito sensível, seja ela expressa ou presumida, em relação à finalização da vida dominada pela dor, pela agonia e pelo sofrimento representa a sobreposição da racionalidade instrumental autoritária sob os instintos da existência humana.

Em contraposição, defende-se que a nova racionalidade jurídico-penal dirigida aos fundamentos da proteção penal da vida humana deve apreender as mudanças qualitativas em torno de uma existência humana empírica e respeitar a vontade do sujeito sensível sem questionar suas razões. O pensamento jurídico-penal instrumental que mantém a vida sob qualquer condição, mesmo que resumida ao sofrimento e à dor, apenas pretende aprisionar-se às doutrinas morais cujo objetivo primordial é perpetuar o sistema repressor e destrutivo à própria existência verdadeiramente humana.

A proposição de nova racionalidade jurídico-penal que priorize a vida na condição de uma liberdade pessoal resulta na descriminalização (ou, ao menos, na não punibilidade) de condutas, como a eutanásia ativa, o homicídio a pedido e a participação no suicídio de modo a refletir uma (re)modelação da luta pela existência humana no sentido de se respeitar os dois polos que a constituem.<sup>161</sup>

Neste contexto, manter a vida humana a qualquer custo significa defender uma racionalidade instrumental pautada por uma necessidade cega. Se o objetivo básico do instinto não é a destruição em si da vida, mas do sofrimento, então, paradoxalmente, em termos de instinto, o conflito entre vida e morte se reduz quanto mais a vida se aproximar do estado de gratificação.<sup>162</sup> Como a sociedade moderna mantém a vida aprisionada às condições mais miseráveis possíveis, ao se deparar com uma situação terminal de vida, força a sua manutenção como se pudesse remediar toda a história de repressão que a determinou.

---

<sup>161</sup> “[...] a luta pela existência se torna cooperação para o livre desenvolvimento e satisfação das necessidades individuais, a razão repressiva dá margem a uma nova racionalidade da gratificação, em que a razão e a felicidade convergem”. MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 171.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p.179.

A leitura sobre as perspectivas de Marcuse, de Reich e de Bloch sobre a Vida humana faz acreditar que, diante de condições de uma existência verdadeiramente humana, morrer depois de uma vida plenamente realizada poderá ser uma diferença digna pela qual lutemos por ela com toda a energia instintiva.<sup>163</sup>

Não os que morrem, mas os que morrem antes de querer e dever morrer, **os que morrem em agonia e dor, são a grande acusação contra a civilização.** A morte deles suscita a dolorosa consciência de que foi desnecessária, de que poderia ter sido de outra maneira. São precisos todos os valores e instituições de uma ordem repressiva para pacificar a má consciência dessa culpa. A profunda ligação entre o instinto de morte e o sentimento de culpa torna-se evidente.<sup>164</sup>

Cumprido destacar que no âmbito das condutas relativas ao homicídio a pedido e à eutanásia ativa, que comportam a vontade do sujeito sensível de acordo com a suas necessidades, e, portanto, com sua liberdade, a pessoa que concretiza esta vontade não viola a esfera de organização da liberdade alheia. Todavia, tais condutas quando comparadas ao homicídio clássico, o qual abarca a subtração arbitrária da vida de modo a violar o círculo de liberdade alheia, demonstram a ocorrência de um equívoco de ordem dogmática no que se refere à comparação de condutas essencialmente distintas de maneira a se desconsiderar, radicalmente, o conteúdo do injusto penal.

Nesta desconsideração, rompe-se até mesmo com a fundamentação filosófica acerca da liberdade abstrata em seu conteúdo negativo. Este equívoco que compara condutas essencialmente distintas é sustentado exclusivamente por uma racionalidade instrumental aprisionada à esfera moral. Em nome da manutenção dos valores ético-morais que pretendem conservar a máxima repressão às formas concretas de liberdade legitima-se violar técnicas dogmáticas e o próprio conceito abstrato de liberdade negativa para favorecer o aprisionamento da consideração do conteúdo do injusto penal a partir da moral.

Acerca do fundamento da proteção penal da vida humana embasado na suposta valoração absoluta ao bem jurídico em questão, já fora evidenciado que, nos moldes da organização social capitalista, a vida humana não apresenta tamanha valoração. Pelo contrário, a vida é reduzida à miséria em um *desvalor* quase que total da essência humana. Ora bem, se tal fundamentação não apresenta constatação empírica, ela não é real. Neste sentido, confirma-se que a racionalidade metafísica que embasa a proteção penal da vida humana não procura proteger esta na condição de bem jurídico, mas tão somente manter a

<sup>163</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 79.

estrutura normativa dos crimes contra a vida nos moldes exigidos pela identidade social: uma estrutura normativa que propicie a repressão das liberdades pessoais.

Acrescenta-se que a manutenção da vida a qualquer custo, encoberta pelo suposto manto da razão, também reside no *sentimento de culpa* incorporado na *psique humana*. Como a configuração da sociedade atual é pautada sobre a necessidade de acumulação de Capital e não sobre a satisfação plena das necessidades humanas, há uma Vida repleta de obstáculos ao ser humano. Dessa forma, como um meio de evasão ao sentimento de culpa por não propiciar condições materiais ao desenvolvimento de uma Vida essencialmente humana, a sociedade tenta compensar com a manutenção desta Vida mecânica a todo o custo e impor o sofrimento como elevação moral necessária para se alcançar a felicidade eterna.

Como já disseram os frankfurtianos, aqueles que morrem em agonia, dor e sofrimento, mesmo diante da evolução tecnológica no âmbito médico, representam a grande acusação contra a civilização repressiva à liberdade. No contexto referente à sociedade brasileira, em termos empíricos e materiais, pode-se constatar que a historicidade desta sociedade representa a história da repressão efetiva às liberdades pessoais, bem como o temor do que tal configuração social demonstre no campo de efetivação das liberdades. Esta estrutura social se reflete nas análises interpretativas dos crimes contra a vida, de modo a impossibilitar uma interpretação do direito à vida a partir da liberdade.

A sociedade brasileira continua a considerar as condutas de eutanásia ativa, homicídio a pedido e participação no suicídio como imorais, pecadoras e criminosas como uma forma de racionalizar a culpa incorporada na mente humana. Esse sentimento de culpa se refere à história de uma sociedade marcada pela miséria humana, pelas assimetrias sociais, pelo estranhamento do ser humano frente ao mundo concreto e, por fim, dominada pela intensa repressão à efetivação da liberdade humana. Tal configuração social se reflete nas interpretações normativas no campo penal, de modo a evidenciar o direito não como exteriorização da liberdade, mas como a sua própria repressão.

Em uma civilização pautada pela máxima repressão às liberdades pessoais, a própria morte torna-se um instrumento de opressão.

Quer a morte seja temida como uma constante ameaça ou glorificada como supremo sacrifício ou, ainda, aceita como uma fatalidade, a educação para o



consentimento da morte introduz um elemento de abdicação na vida, desde o princípio, abdicação e submissão.<sup>165</sup>

Na civilização repressiva, a morte não é vista como um instinto natural do ser humano que busca a fuga - inconsciente - contra a dor, a angústia e o sofrimento, mas como um símbolo de derrota individual e social. Todavia, pela interpretação de Marcuse, Reich e Bloch nos contextos de dor, sofrimento e angústia, a morte pode tornar-se um símbolo de liberdade. A necessidade de morte não anula a libertação. A morte pode ser obtida de forma racional, sem dor.

Os homens poderiam morrer sem angústia se soubessem que o que eles amam está protegido contra a miséria e o esquecimento. Após uma vida bem cumprida, podem chamar a si a incumbência da morte – num momento de sua própria escolha.<sup>166</sup>

Quanto mais a sociedade se distancia da verdadeira essência humana, quanto mais a organização social é pautada pelo princípio do desempenho e do trabalho alienado, quanto mais o modelo social se edifica sob as regras de uma vida totalmente estranha à essência humana, maior será a repressão em torno da própria morte devido ao *sentimento de culpa* por uma vida não vivida. Para Marcuse, até o advento supremo da liberdade não se poderá libertar aqueles que morrem em dor. É a recordação e a culpa acumulada da humanidade contra as suas vítimas que obscurecem as perspectivas de uma civilização sem repressão.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p.157.

<sup>166</sup> Ibid., p. 179.

<sup>167</sup> Ibid., p. 180.

Bloch realiza uma interessante análise sobre o ócio e sua repressão total na sociedade capitalista. A agitação capitalista exige que a juventude confunda a agitação com vida. Além do princípio de desempenho, o autor retrata como que o sistema moral (re)afirma tal repressão e como isto reflete na própria consideração em relação às pessoas mais idosas: A velhice na sociedade capitalista é considerada como uma mera despedida, ou seja, tem a morte como desenlace. Não se caracteriza aí uma mera despedida de uma etapa da vida, com sonhos desfeitos, realizações frustradas, mas a despedida da longa vida propriamente dita. A velhice é ligada, na sociedade capitalista, apenas ao seu aspecto negativo, ou seja, como mera despedida. Esta associação ao aspecto negativo é característica da sociedade burguesa. Bloch comenta outros tipos de civilizações antigas para as quais a velhice seria o momento mais respeitado da vida do ser humano. Na sociedade burguesa, a velhice é improdutiva e por isso descartável. O simples sofrimento na velhice, na medida em que se trata de uma velhice relativamente saudável, construída sobre uma vida ativa, requer um sujeito tolo que o experimente e uma sociedade burguesa tardia que desesperadamente ponha uma maquiagem na juventude. BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005.

Com o intuito de sistematizar as críticas apontadas acerca da fundamentação à proteção penal da vida humana, a partir do discurso jurídico em torno da valoração absoluta conferida a Vida humana como fundamento para a criminalização da eutanásia ativa, do homicídio a pedido e da participação no suicídio, constata-se uma incompatibilidade com a valoração empírica, material e concreta conferida pela configuração social capitalista à Vida. Desta falta de verificação empírica acerca da valoração à vida humana, percebe-se a existência do sentimento de culpa incorporado na *psique* humana e refletido em âmbito institucional e normativo que pretende manter a vida a qualquer custo já que não se propiciou meios materiais para se efetivar uma Vida essencialmente humana em termos de plena satisfação das necessidades. Para que se verifique a efetivação da Vida viva, a liberdade humana deve sair do campo ideal e atingir formas concretas a partir da percepção das necessidades do sujeito sensível. Todavia, o temor e o medo protegidos pela racionalidade jurídica instrumental, que afirma a incompatibilidade desta liberdade com a civilização capitalista em evolução, impedem a concretização da libertação humana e permitem o desenvolvimento de mecanismos institucionais que comportem a máxima repressão às manifestações concretas de liberdade.

A repressão às formas concretas de manifestação da liberdade individual, assim como o sentimento de culpa são os fundamentos reais que embasam a configuração dos tipos penais dos crimes contra a vida no contexto brasileiro. Tal configuração se vincula à punição de condutas como a eutanásia ativa, o homicídio a pedido, a participação no suicídio e o aborto consentido; todas elas vinculadas à pretensão institucional de repressão à percepção de necessidade do sujeito sensível.

Concorda-se com o aspecto metodológico de Karl Marx no sentido de afirmar a determinação material frente às ideias filosóficas. O modelo de organização social e as relações materiais de produção conduzem, em última instância e com certas variáveis, a construção e a aplicação dos conceitos jurídico-penais. Verifica-se que esta determinação

---

“[...] Sociedades que não recebiam encarar o fim, diferentemente da burguesa, tinham e viam a velhice como um desabrochar desejável e bem-vindo. [...]. Uma sociedade florescente não teme ver no ser-velho o reflexo de sua imagem, mas saúda nela o seu apogeu. [...] O envelhecimento, portanto, não só designa um período desejável, em que se vivenciou muito, em que o maior número possível de coisas pôde ser experimentado na sua conclusão. O envelhecimento pode designar também um ideal de acordo com a condição dada. [...] Todo velho deseja ter a permissão de sentir-se exaurido pela vida. O desejo de sossego abafa até mesmo o arrependimento por omissões e erros cometidos no passado.” BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 45-46.

Neste sentido conferido à velhice frente ao contexto da sociedade capitalista, afirma-se que este modelo social teme por demais a morte, pois se chega à velhice sem se ter vivido plenamente. O ser humano, no modo de produção capitalista, passa sua vida totalmente sozinho consigo mesmo. No modo de produção capitalista, o ser humano não vive para viver, mas apenas porque vive. *Ibid.*, p 147.

material alcançou a estrutura normativa dos crimes contra a vida. A partir de uma configuração social que reprime, em toda a sua historicidade, as manifestações concretas da liberdade humana, tal repressão atingirá as interpretações sobre o conceito de vida humana em oposição às liberdades pessoais. Transforma-se a liberdade em um conceito utópico, ideal e abstrato, vinculado exclusivamente ao campo do *dever ser*, e restringe-se a análise da vida humana somente à pessoa moral.

A proposta de racionalidade jurídico-penal que considera a vida humana a partir das condições concretas do sujeito empírico e de sua liberdade individual exige uma modificação material perante a própria organização social. Essa modificação está essencialmente interligada à transformação do próprio indivíduo.

Pode-se finalizar com a crítica construída por W. Reich sobre o próprio ser humano. A crise social é resultado da inabilidade das pessoas para governar suas próprias vidas, de maneira a abrir espaço para estruturas sociais incompatíveis com as formas de manifestação da Vida essencialmente humana e, portanto, livre. As pessoas com o medo da própria Liberdade entregam o direito à vida ao “Estado”, em nome da coletividade. O discurso é atraente, mas representa o descaminho que ameaça destruir a própria Vida viva. As pessoas querem a verdade sobre o real significado dos modos de ser, de agir e de reagir emocionalmente. Todavia, contar para todas as pessoas a verdade sobre suas vidas significa que elas devem assumir suas responsabilidades sociais.<sup>168</sup> Torna-se mais simples e cômodo entregar o controle da Vida ao Estado.

---

<sup>168</sup> REICH, Wilhelm. **O assassinato de Cristo**: a peste emocional da humanidade. V.1. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. XI.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A partir da demonstração das contradições existentes ao objeto de estudo (a percepção jurídico-penal de vida humana), procurou-se esclarecer que a gênese da percepção idealista de vida se vincula à colocação do sujeito ideal (da personalidade moral) como ponto de partida da estruturação dogmática no âmbito dos crimes contra a vida.

2. A percepção de vida humana estritamente técnica interligada à concepção de bem jurídico-penal se restringe ao campo do *dever ser e* se determina por valores ético-sociais distantes de qualquer relação material que condiciona, verdadeiramente, o próprio objeto. A partir desta constatação, os impactos negativos à consideração da liberdade humana se tornam evidentes sendo possível afirmar que essa percepção jurídico-penal transforma o objeto em pura ficção jurídica de maneira a significar uma absoluta negação ao elemento que representa a sua essencialidade: a liberdade de vontade do sujeito sensível.

3. A colocação do sujeito ideal como ponto de partida à estruturação normativa dos crimes contra a vida demonstra a necessidade que o sistema jurídico-penal apresenta em manter a concepção metafísica de liberdade humana como sustentação de toda a configuração dogmática. É necessário ao sistema jurídico-penal mistificar a percepção de vida humana para manter uma fundamentação metafísica aos crimes contra a vida que confere, em termos concretos, uma real negação às manifestações concretas de liberdade do sujeito sensível. Desse modo, o campo jurídico-penal se aprisiona ao sistema moral e intensifica, de forma insustentável, as contradições imanentes ao objeto. Portanto, a mistificação em torno da percepção de vida humana se torna uma necessidade do sistema jurídico-penal, não somente para se apresentar como contraponto à liberdade real do sujeito sensível, mas para efetuar uma absoluta negação a esta liberdade.

4. A estruturação normativa dos crimes contra a vida que depende de uma mistificação do objeto devido à necessidade de manter um conceito abstrato de pessoa segregado do conceito de sujeito sensível não apreende as necessidades reais que a complexidade do conteúdo do conceito de vida humana exige. Por conseguinte, se essa estruturação normativa não apreende o objeto em sua essência, ela não é legítima. A norma penal que carrega em si mesma a negação absoluta das manifestações concretas de liberdade do sujeito sensível carece de legitimidade, pois se equipara ao próprio delito.

5. Explica-se de modo a responder as questões iniciais: a racionalidade instrumental e metafísica conferida à proteção penal da vida humana não consegue apreender o objeto

(a percepção de vida humana) em sua lógica específica a partir de seu elemento constitutivo essencial (a liberdade). Tal racionalidade tão-somente oculta as contradições imanentes ao objeto de forma a ser necessário mistificá-lo e separá-lo, por completo, da apreensão do sujeito sensível, efetivo, real. Por isso, defende-se que esta racionalidade instrumental e metafísica não apresenta legitimidade para sustentar a estruturação normativa dos crimes contra a vida.

6. O conceito de liberdade humana a partir do pensamento de Immanuel Kant se demonstra vinculado à racionalidade metafísica e à noção de personalidade moral. A introjeção dessa perspectiva à interpretação do sistema normativo dos crimes contra a vida se apresenta como obstáculo à proposta de se pensar a vida a partir da liberdade do sujeito real. Esclarece-se que a liberdade humana pensada a partir da plena satisfação das necessidades é considerada como o extremo oposto à percepção fictícia de vida humana, pois esta percepção se encontra embasada pela noção de pessoa moral o que não permite a consideração dos impulsos sensíveis e das necessidades internas do ser humano. A tentativa de anulação da liberdade humana a partir da satisfação das necessidades como elemento constituinte da vida humana é resultado de uma abstração conceitual que não apreende a vida a partir do sujeito real, efetivo. Desse modo, a dogmática jurídico-penal ao reprimir as manifestações concretas de liberdade parte de uma lógica-abstrata e não da lógica específica do objeto – vida. Portanto, a introjeção do pensamento kantiano à estruturação normativa dos crimes contra a vida propicia o acoplamento da norma penal ao conceito fictício de vida humana, de personalidade moral e de liberdade abstrata.

7. O tópico a respeito da concepção jurídica supraindividual de vida humana e sua fundamentação à aplicação da pena de morte analisou se há ou não contradições em torno do pensamento kantiano acerca da autonomia moral e da liberdade humana no que se refere tanto a sua defesa pela aplicação da pena de morte quanto à punibilidade da tentativa de suicídio. Constata-se que a concepção jurídica supraindividual de vida humana permite que um poder estranho, isto é, o Estado, controle a vida dos sujeitos reais de modo que o direito à vida não pertence ao sujeito. O Estado ao mesmo tempo que pode punir o indivíduo pela tentativa de suicídio, pode também retirá-la quando assim definir. Averigua-se que dentre as contradições estudadas, a mais saliente tangencia a afirmação de que tão-somente a imoralidade não é suficiente para sustentar a legitimidade de uma norma penal.

8. Como forma de justificar essa aparente contradição no pensamento kantiano, Hans Welzel explica que não é o homem empírico, não é o corpo, a vida, a liberdade, a propriedade fins absolutos por si, mas somente a pessoa moral. Assim sendo, é possível

que o aniquilamento do homem empírico se converta na suprema verificação da pessoa moral. Não é o indivíduo a ser considerado, eticamente, como um bem intangível, como um fim último; mas, somente, a pessoa moral autônoma. Neste sentido, somente a liberdade externa por ser aniquilada. A liberdade moral, que se refere à autonomia, apenas pode ser destruída pela própria pessoa, em seu interior. E, assim, destrói-se a humanidade na própria pessoa. O conceito de humanidade se relaciona, portanto, com a realização ou verificação da pessoa moral.

9. Compreende-se que as contradições imanentes à concepção jurídica supraindividual foram justificadas por meio do conceito de personalidade moral. Isso se evidencia no pensamento filosófico de Hans Welzel projetado à sua estruturação dogmática. Todavia, o que aqui se constata é que tais contradições não são superadas pela noção de sujeito ideal, nem sequer são compreendidas. Se não há uma real apreensão das contradições, não há superação. Há, tão-somente, aparência de resolução do problema. A tentativa de resolvê-lo por meio da mistificação do sujeito intensifica as contradições e quando estas são refletidas ao sistema normativo penal rompe-se, definitivamente, com a sua legitimidade.

10. No que se refere à orientação neokantiana e sua projeção ao conceito de pessoa, Gustav Radbruch já observou que o conceito de pessoa vinculado ao conceito de sujeito de direito demonstra uma construção fictícia necessária ao sistema jurídico e interligada à noção de igualdade formal. Logo, sem qualquer vinculação com a apreensão do sujeito sensível, real. No que tange ao conceito de danosidade social não se pode negar a sua relevância à consideração material do injusto penal. Todavia, ressalta-se que a vinculação deste conceito aos valores ético-sociais de uma determinada situação histórica pode propiciar o aprisionamento do sistema jurídico-penal ao campo moral. Portanto, o conceito neokantiano de danosidade social não é suficiente para conferir legitimidade à estruturação normativa dos crimes contra a vida, pois, no contexto social e político brasileiro, os valores ético-sociais predominantes procuram a máxima repressão das liberdades pessoais.

11. Para Kant, a limitação da *minha* liberdade é necessária para que ela possa ser compatível com o livre-arbítrio de *outro*, segundo uma lei geral. O enfrentamento da perspectiva hegeliana acerca do conceito kantiano de liberdade, desde a sua doutrina do Direito, recai notadamente ao fato de que Kant compreendeu somente uma determinação negativa, de limitação, da liberdade. Dessa forma, não conseguiu apreender o lado positivo da liberdade, ou seja, o que há de positivo é a lei da razão universal, o que leva à

identidade formal e ao princípio da contradição. Esse aspecto da liberdade foi apreendido pela filosofia hegeliana e se relaciona com a dimensão de necessidade.

12. Perante a filosofia hegeliana, o Direito enuncia, de forma parcial, a lógica das figuras de Eticidade. Esta é a existência do livre-arbítrio, mas sua explicação segue uma lógica interna a qual representa uma necessidade. Desta necessidade depende o desenvolvimento da liberdade. A unidade entre necessidade e liberdade demonstra a contradição do próprio objeto.

13. De forma distinta da teoria kantiana, Hegel direcionou à consciência a problemática da lógica interna do livre-arbítrio e da autoconsciência da liberdade. A vida social é estruturada por uma lógica interna na qual a Eticidade como consciência-de-si representa a liberdade configurada na efetividade de um mundo. A liberdade consciente-de-si está sujeita a uma lógica interna que abarca a necessidade. A lógica interna da formação e configuração das estruturas sociais deve ser construída a partir das relações reais. Esta é a necessidade da liberdade consciente-de-si.

14. Em Hegel, a liberdade como autodeterminação é posta como princípio universal. A vontade só é liberdade à medida que tem uma existência. O crime atinge esta existência corrompendo a própria vontade que o constituiu. Por conseguinte, um ato que possui o significado de injusto comunica uma violência contra a existência da liberdade exteriorizada, ou seja, da liberdade real de um indivíduo.

15. De acordo com a interpretação de Michael Pawlik, Hegel outorga aos sujeitos concretos o cumprimento e a realização das necessidades da sociedade e do Direito. Neste sentido, Pawlik afirma que os cidadãos, na filosofia hegeliana, não são postos como sujeitos abstratos, mas, ao contrário, como indivíduos cujo caráter cívico deve ser postulado de forma concreta.

16. No que tange à crítica de Karl Marx à relação hegeliana entre Estado, sociedade e Direito, constatou-se que a partir da estrutura metodológica de Hegel a Ideia se transforma em sujeito e o sujeito se torna predicado. Assim sendo, os sujeitos reais são reduzidos a simples desenvolvimentos da Ideia de modo que há apenas uma aparência de conhecimento real. Os sujeitos reais permanecem incompreendidos visto que não são determinações apreendidas em suas essências específicas. Para Marx, o sujeito sensível, nas diversas determinações de seu ser, deve permanecer igual a si mesmo, pois ele não perde sua identidade. Contudo, perante a análise de Hegel, o ser humano não é o sujeito real, ao contrário, é transformado em mera categoria abstrata e se torna um predicado da Ideia.



17. De modo a projetar essa crítica ao campo normativo-penal, constata-se que a percepção jurídico-penal fictícia de vida humana se torna mera aparência distanciada de sua essência. Por ser aparência, não consegue resolver os problemas concretos dos sujeitos reais. A estruturação normativa se contenta com esta mera aparência de conteúdo, pois enfrentar o conteúdo real significaria enfrentar a própria estrutura do sistema social. Todavia, assevera-se que tal aparência não é suficiente para conferir legitimidade à norma penal.

18. De acordo com Marx, Hegel apreendeu as formas do espírito como negação, ou seja, como exteriorização do pensar abstrato humano para, em um segundo momento, apresentá-las como negação da negação (suprassunção) desta exteriorização. Esta é compreendida como a efetiva externalização do pensar humano. Contudo, a suprassunção (*negação da negação*) apreende, novamente, as formas de espírito a partir de seu estranhamento e se coloca como a verdadeira existência de tais formas. Por meio desta sistemática, separa-se radicalmente, o pensamento do próprio sujeito pensante de modo a transformar o *ser* em um *não-ser*. Logo, a externalização de sua essência não representa o ser como um sujeito humano, natural e social. A negação da negação, na sistemática hegeliana, apreende tão-somente o ser em seu estranhamento.

19. No que tange à objetivação social do ser humano, Marx reconhece a relevância da obra “Fenomenologia do Espírito” na qual Hegel explica como que esta objetivação se configura por meio do trabalho sendo, portanto, essencial à existência verdadeiramente humana. Entretanto, o que Marx assevera é que o modelo de trabalho alienado representa uma absoluta negação à objetivação social, pois a transforma em coisificação. Do fato real de que o ser humano, no processo de coisificação, se encontra estranhado do produto de seu trabalho, de sua atividade vital e de seu ser genérico deriva o *estranhamento do ser humano pelo próprio ser humano*. Logo, no modelo social de vida estranhada de sua essência humana rompe-se, radicalmente, com a noção ideal de subjetividade hegeliana.

20. O reflexo do conjunto de estranhamentos também recai sobre o conceito de autonomia. Para Karl Marx, a autonomia do sujeito deve estar referida à sua essência humana, natural e social em contraposição ao sujeito ideal. O pensar abstrato como essência concebe aquilo que lhe é externo apenas como algo externo. Assim, a sensibilidade é a essência da natureza e sua externalidade entra em oposição com o pensar abstrato. Na medida em que a externalidade da natureza humana se diferencia da abstração, passa a ser concebida como uma deficiência. Esse modo de pensar acaba por corromper o conceito de autonomia, o qual deveria ser desenvolvido a partir da consideração do sujeito

efeito, sensível. Tanto a teoria kantiana quanto a hegeliana separaram o conceito de autonomia da natureza humana e social que compõe a essencialidade da vida. Ocultam-se os estranhamentos que perfazem a exteriorização da vida de maneira a afastá-la de sua essência verdadeiramente humana.

21. Na Filosofia Moral moderna, o sujeito apenas é colocado como ser que sabe na condição de consciência-de-si-absoluta na perspectiva de Deus. O homem e a natureza efetiva são símbolos deste ser oculto abstrato. O sujeito é alocado na natureza inefetiva de modo a ocorrer uma relação de inversão. O que se pode extrair é que até mesmo o significado positivo da suprassunção representa formas de pensamento universais e fixas as quais colocam a autonomia do sujeito empírico dependente da natureza inefetiva, abstrata, e do espírito pensante. Essa extração lógica nada mais é do que resultado do estranhamento universal da essência humana.

22. Karl Marx observa que a sociedade civil, em sua organização moderna, é o princípio realizado do individualismo. Trata-se da existência individual como fim último sendo que a atividade produtiva e o trabalho são colocados como meios para se atingir tal finalidade. Consequentemente, a configuração da sociedade moderna separa do sujeito o seu ser objetivo e não apreende o conteúdo real do ser humano como sua verdadeira realidade.

23. A projeção das orientações filosóficas de Kant, Hegel e Marx à fundamentação da proteção penal da vida humana pretendeu demonstrar que a estruturação normativa dos crimes contra a vida, no contexto social e político brasileiro, alcança tão-somente a percepção do objeto em sua forma estranhada, ou seja, não avança em direção à essencialidade do objeto.

24. A Filosofia do Direito Penal de Hans Welzel foi selecionada como a de maior relevância para demonstrar a introjeção das perspectivas filosóficas estudadas na dogmática jurídico-penal. A noção de personalidade moral e de liberdade abstrata, em Welzel, impulsiona as doutrinas críticas pós-finalistas e apresenta significativa contribuição à Parte Geral do Código Penal brasileiro.

25. A análise de Welzel a respeito da relação entre consciência individual e validade normativa fixa a consideração do *dever ser* - referido à obrigação ética - como transcendente à existência do ser. Esse pensamento é refletido em sua estruturação dogmática de maneira a demonstrar a adoção filosófica em torno da dependência entre Direito Penal e estrutura ética de uma dada comunidade.

26. Na compreensão de Welzel, somente o ser orientado pela transcendência alcança a existência humana plena de sentido. A pessoa responsável representa o ser em sua transcendência de modo que o indivíduo se transforma em sujeito obrigado adquirindo personalidade. Nessa orientação do ser pela transcendência atinge-se a categoria de ser racional. A ideia de ser humano como fim em si mesmo se refere apenas a este ser dotado de personalidade moral. Welzel, embora tenha afirmado que o ser racional só pode ser apreendido ao nível de sua existência empírica, recai em contradição quando reconhece o ser racional somente na condição de ser orientado à transcendência (isto é, às obrigações éticas). Constata-se, portanto, que o conceito de liberdade como autodeterminação conforme o sentido orientou sua estruturação dogmática desde a perspectiva do sujeito abstrato, da pessoa moral, e não a partir do sujeito empírico e de suas condições materiais.

27. Welzel ao apontar a contribuição do direito penal como promoção à posição de fidelidade ao direito reflete a ideia de que a norma penal não pode realizar os valores do agir por meio da coação, pois tais valores são oriundos da vontade do agir justo, ou seja, são valores do ato livre. A contribuição do direito penal ao sustentar uma posição de fidelidade ao direito propõe influenciar o agir por meio de sua estabilidade e de seu conteúdo de valores orientados pela consciência moral. Assim sendo, o direito penal demonstra ao cidadão fiel ao direito que os limites entre lícito e ilícito não são questionados por meio do delito.

28. Em um sistema social cujos valores morais conferem sentido à dor e ao sofrimento, o sujeito sensível que escolhe pelo fim de sua vida se demonstra contrário a tais valores, pois sua escolha foi influenciada pelo impulso natural de morte sob o aspecto de fuga à situação de sofrimento, na qual foi submetido. Em tal sistema social, há uma *ontologização* dos afetos negativos (angústia, sofrimento e dor) e uma *desontologização* das qualidades e necessidades humanas. Nesse contexto, o sujeito sensível não é considerado livre já que não expressa um ato de libertação da coação causal dos impulsos naturais em direção à autodeterminação conforme o sentido. Se a liberdade existe somente nos momentos em que o sujeito segue o princípio moral, resta evidente que o sujeito empírico não é apreendido. Dessa forma, na hipótese da orientação do direito penal refletir e assegurar o ordenamento ético, não se consegue compreender a vida real como uma manifestação concreta da liberdade pessoal. Por conseguinte, a restrição do conceito de liberdade como autodeterminação conforme o sentido não é suficiente para conferir legitimidade à estruturação normativa aos crimes contra a vida devido ao seu aspecto moralizante.

29. Os argumentos encontrados a partir da leitura de doutrinas tradicionais, no contexto brasileiro, se restringem a fundamentações metafísicas que demonstram certa resistência do pensamento dogmático em se libertar do aprisionamento moral. A doutrina, em termos majoritários, se mantém restrita à percepção técnica de bem jurídico sendo que tais argumentos recaem, notadamente, sobre a divisão que ocorre em torno da titularidade deste bem: ora afirma-se que esta titularidade pertence ao indivíduo singular sem anular o interesse social que engloba o bem jurídico e, portanto, a disponibilidade por parte do sujeito é posta de forma limitada sendo reconhecida desde que não haja interferência de terceiros; ora reconhece-se que esta titularidade cabe à coletividade ou ao Estado, de modo que este confere ao indivíduo apenas o direito à vida e não sobre a vida, direito este não absoluto, pois se pertence ao próprio Estado, este também decide sobre sua eliminação como ocorre com a pena de morte.

30. No âmbito da percepção fictícia de vida humana há uma inesgotável discussão acerca da intensa valoração conferida ao bem jurídico, sua inviolabilidade, indisponibilidade, sacralidade ou, ainda, sobre a finalidade do Estado de manutenção da coexistência social e da preservação da espécie humana, mesmo que para isto se desrespeite o interesse do sujeito singular. Apesar dessa inesgotável discussão, tais argumentos tão-somente ocultam o fundamento real que embasa a proteção penal da vida humana, qual seja: proteger os valores ético-sociais de um modelo social estruturado a partir da máxima repressão às manifestações concretas de liberdade do sujeito sensível de modo a impedir o autogerenciamento do ser humano em sua qualidade verdadeiramente livre.

31. Os argumentos favoráveis à equiparação da eutanásia – ativa e passiva - à conduta de homicídio, bem como aqueles que defendem a criminalização da participação no suicídio e do aborto consentido partem da intensa valoração conferida à vida humana. Todavia, tais argumentos não apresentam constatação empírica, pois não há compatibilidade com a realidade material do sistema social cuja configuração subtrai da vida a sua qualidade humana de modo a reduzi-la a mais miserável existência. Ora bem, a sociedade que tanto valora a vida humana em seu discurso jurídico-penal, na realidade efetiva, a destrói em sua essência devido ao alto grau de repressão e isolamento social. Em tal modelo social, reina a insensibilidade à plenitude da existência humana. O sistema jurídico-penal mistifica a percepção de vida humana e a transforma em algo fictício. Assim sendo, torna-se necessário construir uma sustentação metafísica que propicie a proteção dos valores ético-sociais essenciais àquele sistema social.

32. No contexto social e político brasileiro, o sistema social intensamente assimétrico e desigual, perpetua valores que transformam a liberdade humana em fantasia de modo a limitá-la ao mundo imaginário. Em termos concretos, tais valores reprimem por absoluto as manifestações concretas de liberdade do sujeito sensível. Essa constatação se reflete, de norma nítida, na equiparação das condutas essencialmente distintas, como o homicídio a pedido e a eutanásia ativa e passiva, as quais são igualadas à proibição normativa prevista no Art. 121, Código Penal. Além do equívoco dogmático de não diferenciar o conteúdo do injusto penal, essa equiparação simboliza o aprisionamento do sistema jurídico-penal aos valores ético-sociais que visam à máxima repressão às liberdades pessoais como necessidade de manutenção do próprio modelo social.

33. A presente pesquisa não pretendeu desenvolver uma detalhada distinção, de conotação bioética, entre as condutas de homicídio a pedido, eutanásia ativa, eutanásia passiva, distanásia e ortotanásia. As diferenciações realizadas foram compreendidas no Capítulo 5 de forma restringida à ilustração da problemática a respeito da ilegitimidade da estruturação normativa devido ao aprisionamento do sistema jurídico-penal brasileiro ao campo moral. Salienta-se que a relativização da proibição em torno da ortotanásia (*morte natural*) se verificou em um contexto de determinismos econômicos, os quais exigiram certa flexibilização dos valores ético-sociais tão-somente a esta situação específica.

34. No contexto da vida estranhada de sua essência humana, o controle do Estado sobre o *corpo* e *espírito* do sujeito sensível se torna crucial para a mistificação em torno do modelo social pautado pela coisificação do ser humano. A criminalização do aborto consentido é pautada pela pretensão de repressão máxima à liberdade concreta da mulher sobre seu *corpo* e *espírito* de modo a anular a identidade do próprio sujeito consigo mesmo. Logo, torna-se questionável a legitimidade da intervenção punitiva.

35. A estruturação normativa que engloba a conduta do aborto consentido não consegue apreender o sentido da autodeterminação da subjetividade. A fundamentação real que embasa a proibição do aborto consentido se refere à pretensão de manter, na consciência individual, uma orientação segundo os valores ético-sociais de uma dada comunidade repressiva à liberdade na condição de satisfação das necessidades do sujeito sensível. Em um modelo de racionalidade penal instrumental, atrelada ao sistema moral, não é permitido ao direito penal excluir a proibição do aborto consentido já que sua função é, justamente, proteger as orientações valorativas da ética social. Em contraposição, uma racionalidade jurídico-penal não aprisionada aos *tabus* sociais, levaria em consideração a

análise acerca do conceito de subjetividade (o qual não anula a individualidade concreta) para efetuar uma estruturação normativa legítima.

36. As doutrinas morais modernas pretendem que o *Eu* modifique a sua consciência, pois esta é momentânea já que é parte do *ser* momentâneo. Contudo, quando a doutrina moral contesta a consciência do sujeito sensível, o disfarce do moralismo é abalado e passa a representar um ataque não à consciência-em-si, mas ao *seu* modo de vida. O aprisionamento do sistema jurídico-penal ao moralismo excessivo pretende muito mais reprimir determinados modos de vida do que propriamente valorar a vida humana.

37. Como forma de libertar o Direito Penal dos aprisionamentos morais, Günther Jakobs propôs uma nova orientação, ao campo dos crimes contra a vida, que leva em consideração a estrutura individualista da sociedade contemporânea. A partir da constatação sociológica real e, portanto, não referida ao campo ideal, Jakobs demonstra a necessidade de uma estruturação normativa que compreenda o sentido privado conferido à vida humana pelo próprio sistema social moderno.

38. Por meio da delimitação do conceito de danosidade social a partir do conceito negativo de liberdade, considera-se que somente se preenche materialmente o injusto penal quando há a violação de dever de colaborar com a manutenção do ordenamento da liberdade. Nesse sentido, o injusto penal merecedor de pena se configura quando o autor da conduta se manifesta de maneira indiferente ao momento concreto da existência da liberdade alheia.

39. O injusto configurador dos crimes contra a pessoa depende de uma lesão aos momentos concretos da liberdade do outro. Por meio de uma lesão pessoal, a conduta modifica o núcleo do direito pelo núcleo do injusto e, assim, passa a se orientar por ele de modo a comunicar uma negação ao princípio universal: a liberdade de vontade. Dessa forma, o conceito de injusto exige o preenchimento de três planos: o da relação jurídica interpessoal, o do direito estatal constituído universalmente e o da relação do autor consigo mesmo, no plano da culpabilidade. Preenchidos tais níveis, afirma-se a necessidade de superação do ato irracional por meio da pena, a qual na qualidade de racional deve se afirmar no nível da realidade. O injusto penal configurador do homicídio (*matar alguém*) deve apresentar o sentido comunicativo de afetação à relação jurídica interpessoal (efetiva-se uma absoluta negação do sujeito empírico submetido ao arbítrio de outrem) e ao direito constituído universalmente (a proibição da conduta de homicídio como negação à liberdade de vontade), bem como deve simbolizar a manifestação irracional do autor consigo mesmo (por ter negado o princípio universal). Ao projetar essa estrutura

metodológica às condutas de homicídio a pedido, eutanásia ativa (a qual exige uma conduta comissiva por parte do agente), eutanásia passiva (a qual pode ser configurada pela omissão imprópria) e participação no suicídio evidencia-se que não há o preenchimento do conteúdo comunicativo nesses três planos do injusto penal. A conduta do terceiro que intervém para efetuar a vontade do sujeito sensível não comunica o desprezo à existência da liberdade deste e, portanto, não nega o direito cuja origem está na própria liberdade de vontade. Ao contrário, torna concreta a ordem de liberdade do sujeito sensível diante de suas necessidades reais. Não cabe ao sistema jurídico-penal questionar a vontade do sujeito, pois, se assim o fizer, recai excessivamente ao campo moral.

40. Afirma-se que não há preenchimento do conteúdo material do injusto penal nas condutas elencadas. Portanto, não se trata de uma valoração a ser realizada tão-somente no âmbito da culpabilidade, em torno da reprovabilidade. Relegar a discussão a este âmbito em detrimento da exclusão do injusto penal representa uma tentativa dogmática de acobertar, mais uma vez, o não reconhecimento das manifestações concretas de liberdade do sujeito sensível e manter o modelo de sistema jurídico-penal aprisionado à atitude paternalista.

41. O paternalismo jurídico-penal, como disfarce ao aprisionamento do sistema jurídico-penal à ordem moral, é evidenciado quando se defende a tipificação, o preenchimento do injusto penal e o merecimento de pena às condutas elencadas. Esse paternalismo não somente apresenta sua gênese no medo natural à morte, mas notadamente no medo construído socialmente à concretização da liberdade de acordo com as necessidades reais do sujeito empírico.

42. Como a liberdade é uma das qualidades humanas que não pode se tornar concreta (devido à estipulação da coisificação como modelo de relação social), não se permite que condutas sejam justificadas em nome de tal liberdade. As doutrinas moralistas protegem as necessidades da *civilização destrutiva* ao transformar tanto os impulsos vitais quanto os impulsos de morte (os quais compreendem a necessidade de fuga em relação à dor, ao sofrimento e à angústia) em fins imorais que a humanidade não deve tolerar.

43. A estruturação normativa dos crimes contra a vida, no contexto social e político brasileiro, tem refletido o modelo de sistema social cuja essência representa uma civilização destrutiva à própria vida humana. Ao passo que o próprio sistema social estranha da vida sua essência humana, exige-se do sistema moral uma máxima repressão aos impulsos de morte em uma evidente tentativa de evasão da culpa por manter o ser humano aprisionado à própria destrutividade. Nos dizeres de Ernst Bloch, esse modelo

social teme por demais a morte, pois o sujeito efetivo alcança à velhice sem ter vivido plenamente. O ser humano, no modo de produção capitalista, passa sua vida totalmente sozinho consigo mesmo: o ser humano não vive para viver, mas apenas porque vive.

44. Destaca-se a crítica de W. Reich à crise social resultado da inabilidade das pessoas para governar suas próprias vidas, de maneira a abrir espaço para ditaduras cruéis. As pessoas com medo da Liberdade, perpetuado pelas doutrinas morais, entregam o direito sobre a vida ao Estado, em uma falsa proteção à coletividade. O discurso é atraente, mas representa, na perspectiva de Reich, o descaminho que ameaça destruir a própria vida. As pessoas procuram a verdade sobre o real significado dos modos de ser, de agir e de reagir emocionalmente. Entretanto, encontrar a verdade sobre a vida significa que as pessoas devem assumir suas responsabilidades sociais. Portanto, torna-se mais fácil e cômodo delegar o controle sobre a vida e sobre a morte a algo estranho, o Estado.

45. A atitude agressiva em relação ao mundo, que nega a liberdade, visa à dominação do ser humano pelo próprio ser humano. A satisfação do *ser em si mesmo* se condiciona pela sua relação negativa ao Outro. O conteúdo da liberdade humana é medido por sua relação negativa com o Outro e, portanto, assumir a Liberdade afeta a totalidade da vida. A liberdade só pode ser concreta se se arrisca a própria Vida. É, exatamente, esse ponto que a racionalidade jurídico-penal tenta acobertar.

46. Propõe-se, nesta pesquisa, aplicar uma inversão metodológica à racionalidade jurídico-penal que embasa a proteção penal da vida humana com o intuito de libertá-la do aprisionamento moral que busca a repressão às manifestações concretas de liberdade e, assim, conferir legitimidade à estruturação normativa. Nessa proposta, o sujeito efetivo e sua realidade material devem ser colocados como ponto de partida para a formulação da Ideia. Esta se transforma em predicado. Por conseguinte, a Ideia deve ser desenvolvida a partir da realidade objetiva: a Ideia (a percepção) sobre a Vida humana deve ser desenvolvida a partir da realidade objetiva do sujeito efetivo, sensível. Esta realidade exige a percepção da liberdade na condição de plena satisfação das necessidades humanas. Desse modo, a estruturação normativa que apreende a percepção sobre a vida humana a partir do sujeito efetivo e de suas manifestações concretas de liberdade segundo suas necessidades reais apresenta legitimidade, pois consegue apreender o objeto em sua essencialidade.

47. A liberdade humana não deve ser compreendida como libertação de categorias abstratas muito menos de negação das próprias qualidades da natureza humana. A libertação humana dar-se-á pela libertação de situações reais. O *Seu Eu*, após a libertação das condições reais, se transformará em um *EU* modificado, assim como a realidade



concreta também se modificará. A *Sua* liberdade e a liberdade de todos deverão ser modificadas para se alcançar a liberdade concreta, real.

48. Para não recair em uma utopia filosófica no sentido de que a estruturação normativa apenas alcançaria o conceito de vida humana a partir das necessidades reais do sujeito sensível e de sua liberdade concreta se houvesse uma real transformação no modelo social-econômico, propõe-se compreender o injusto penal em seu sentido de negação ou afetação ao círculo de organização da liberdade alheia. A perspectiva dogmática de Günther Jakobs, devido a sua vinculação à estrutura social real, proporciona maior rendimento para resolver a problemática em torno da ausência de legitimidade da estruturação normativa no campo dos crimes contra a vida. Consequentemente, a proposta de percepção de vida humana a partir da liberdade do sujeito sensível é compatível com a estruturação dogmática que considera o injusto penal merecedor de pena como aquele que nega a exteriorização da liberdade alheia.

49. Porém, tão-somente o conceito negativo de liberdade não consegue resolver a problemática acerca da legitimidade da estruturação normativa perante a *totalidade* dos crimes contra a vida. Por isso, a racionalidade jurídico-penal deve apreender o conceito de liberdade como plena satisfação das necessidades e não questionar a vontade do sujeito sensível e as suas necessidades reais. O impulso natural de morte é uma fuga inconsciente do sujeito sensível à dor, ao sofrimento e à angústia e na hipótese de prevalecer sobre os impulsos vitais, não cabe ao sistema jurídico-penal qualificar como vontade racional ou irracional. O conceito de liberdade como plena satisfação das necessidades apreende os instintos naturais e se a escolha do sujeito se configurou para preencher esta satisfação, considera-se também como vontade livre e racional.

50. A compreensão do conteúdo do injusto penal como negação ou afetação ao círculo de existência da liberdade alheia pode enfrentar alguns obstáculos quando projetada à conduta do aborto consentido, no sentido de que o terceiro que efetiva a vontade da mulher ou esta quando consente ou realiza a conduta de aborto - de acordo com sua própria necessidade (e, portanto, liberdade) – acabam por negar o círculo de existência da liberdade alheia (ou a pretensão futura desta existência). Apesar do conceito de liberdade humana como plena satisfação das necessidades ter sido fixado, nesta pesquisa, como o elemento constituinte essencial do conceito de vida humana, ele não é o único. A subjetividade e a objetivação social também são elementos constitutivos do objeto de maneira que se exige da estruturação normativa a compreensão das relações estabelecidas entre tais elementos, assim como de suas contradições imanentes. No contexto das relações

sociais pautadas pelo conjunto de estranhamentos, o sujeito sensível se encontra totalmente perdido de si mesmo e a existência do ser não consegue se concretizar na condição de ser social, pois se trata de uma existência verdadeiramente desumana. Ignorar a realidade social atinge o conceito de intersubjetividade de modo a transformá-lo também em mera abstração. Assim, no caso do aborto consentido, a subjetividade da mulher deve ser apreendida de acordo com as suas condições materiais e necessidades reais. Se a estruturação normativa ou, ao menos, a análise acerca da punibilidade da conduta (a verificação do merecimento e da necessidade de pena) comunicar uma absoluta negação do sujeito, em *si-mesmo*, devido à pretensão de controle sobre o *corpo* e o *espírito* da mulher, nega-se o conceito de subjetividade e, portanto, deslegitima-se a intervenção punitiva. Em suma, a estruturação normativa em torno da conduta do aborto consentido não poderia negar a autodeterminação concreta da mulher e ignorar as condições e necessidades materiais que permeiam o conceito de subjetividade.

51. Conclui-se que a estruturação normativa dos crimes contra a vida, no contexto brasileiro, obedeceu a lógica histórica das necessidades do modelo social estabelecido. Todavia, devido ao aprisionamento do sistema jurídico-penal ao campo do moralismo excessivo, a estruturação normativa - por meio de sua postura abstrata e reflexiva - representa não a história do desenvolvimento da liberdade, mas a de sua ausência efetiva. Como forma de resolução desta problemática que resulta na ilegitimidade da estruturação normativa, propõe-se a apreensão do conceito de vida humana a partir do sujeito sensível e de sua liberdade sob o aspecto de plena satisfação das necessidades humanas. A percepção jurídico-penal de vida humana deve levar em consideração a realidade material na qual o sujeito sensível está inserido, assim como suas necessidades reais. É fato que há limites empíricos à implementação dessa nova racionalidade devido ao contexto político-social se encontrar estruturado em um ciclo histórico de *negação e repressão à liberdade*, mas, como bem salientou Ernst Bloch, a percepção do novo acontecer se encontra a partir da necessidade de se posicionar contra uma existência inumana tornada insuportável devido a ausência de liberdade.

## REFERÊNCIAS

ABRISQUETA, José A. El embrión humano: estatuto antropológico y ético. In: VIDAL, Marciano. **Conceptos fundamentales de ética teológica**. Valladolid: Trotta, 1992.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o Direito Penal. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BACIGALUPO, Enrique. **Los delitos de homicidio**. Colombia: Editorial Temis, 1989.

BAKRY, Riay Tatary. Islam, bioética e y final de la vida. In: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones**: el final de la vida. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005.

BRASIL. Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal. **Códigos 3 em 1**: Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal. **Códigos 3 em 1**: Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BURKBARDT, Björn. Dottrina finalística dell'azione di Welzel e la teoria filosofica dell'azione. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

BUSATO, Paulo Cesar. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, p. 577-606., jul./dez. 2005. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=49936](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=49936)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

CALDAS, Camilo Onoda. **A teoria da derivação do Estado e do Direito**. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de filosofia do Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

CECCHETTO, Sergio. Deontologismo y teología en el capítulo final de la vida humana. **Cuadernos de bioética**, Buenos Aires, v. 2, n. 1, p. 73-87., ago. 1997.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito: desafios bioéticos, traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (coord.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 246-266.

CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción del delito**: la doctrina finalista. Barcelona: Ed. Ariel, 1963.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Culpa y personalidad: para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en derecho penal. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 31, p. 5-38., 1987. Disponible em:  
<[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=33410](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=33410)>.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**: vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

DONNA, Edgardo Alberto. La crisis del pensamiento penal y su superación. Nuevo Pensamiento Penal: **Revista de derecho y ciencias penales**. Buenos Aires, v.3, p. 67-80., 1974.

\_\_\_\_\_. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CERESO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad**: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

ENDERLE, Rubens. Apresentação à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel. MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

ENGISCH, Karl. **La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2008.

ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 37, n. 3, p. 747-781., set./dez. 1984.

FALCÓN Y TELLA, María José. El mandato "no matarás" como norma jurídica, norma moral, norma religiosa y uso social. **Direito e Democracia**: Revista do Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Luterana do Brasil, Canoas, v. 9, n. 1, p.39-58., jan./jun.2008.

FERNANDES, Fernando Andrade. Anencefalia: uma revisão dogmática à luz do bem jurídico protegido. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 17, n. 200, p. 24-26., jul. 2009.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 5, n. 833/2005.

FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 6, jul. 2014.

FROMMEL, Monika. Los Orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 2, n.2, p. 621-632., maio/ago. 1989.

FUZIGER, Rodrigo José. **Direito Penal simbólico**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **Ao arbítrio de Ananke:** Por uma revisão do conceito de autodeterminação no Direito Penal. 403 páginas. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones:** el final de la vida. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal:** fundamentos e limites do direito penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 411 p., 23 cm. (Ciências criminais, 1). p. 132-135 / 137-143 / 143-148.

GIERHAKE, Katrin. Pena y amnistía en tempos de fragilidad estatal: El significado del concepto liberal de derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, p.494-513, 2017. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1135.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1135.pdf) Acesso em: outubro/2018.

GÓMEZ LANZ, Javier. La filosofía del derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. **InDret:** Revista para el análisis del derecho. Barcelona, julio/2018.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. In.: GARCÍA VALDÉS, Carlos. **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II.** Madrid: Edisofer, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Fenomenologia do Espírito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

HIRSCH, Joaquim. **Teoria Materialista do Estado:** processos de transformação do sistema capitalista de Estado. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal:** decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. v. 5. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAESCHKE, Walter. **Direito e Eticidade.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

JAKOBS, Günther. La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el par. 216 StGB - homicidio a petición de la víctima. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal.** Madrid: Civitas / UAM, 1997. p. 413-422.

\_\_\_\_\_. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal.** Madrid: Civitas/UAM, 1997.

\_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ, Manuel. Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal,** Buenos Aires, v. 3, n. 7, p. 413-430., 1997.

\_\_\_\_\_. Existe un aborto lícito de personas. **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n. 60, p. 159-168., 2000.

\_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Bases para una teoría funcional del derecho penal**. Peru: Palestra, 2000.

\_\_\_\_\_. Existe un aborto lícito de personas? **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n. 60, p. 159-168., 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004.

\_\_\_\_\_. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI**: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs. Lima: Ara, 2005.

\_\_\_\_\_. La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI**: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs. Lima: Ara, 2005.

\_\_\_\_\_; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. **Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social**. Lima: Ara, 2010.

\_\_\_\_\_. Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência. In: **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. Organização de Eduardo SAAD-DINIZ, Miguel POLAINO-ORTS. São Paulo: LiberArs, 2012.

\_\_\_\_\_. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

\_\_\_\_\_. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Libertad de amar y derecho a morir**. Buenos Aires: Editorial Losada As, 1946.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2º Ed. Bauru: Edipro, 2008.

KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987.

\_\_\_\_\_. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

\_\_\_\_\_. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 78, p. 183-208., 2002.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KOCH, Hans-Georg. O princípio e o termo da vida como problemas do direito (penal) da medicina. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 14, 1/2, p. 151-169., jan./jun. 2004.

KUBICIEL, Michael. “Welzel e gli altri”: Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale**. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**, Madrid, v. 6, n. 60, p. 20-31., mai. 2009.

LANGLOIS, Ch. V.; SEIGNOBOS, Ch. **Introdução aos estudos históricos**. São Paulo: Renascença, 1946.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962.

MARCUSE, Herbert. **Materialismo histórico e existência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.

\_\_\_\_\_. **Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A culpabilidade e a perspectiva ontológica de liberdade. **Justitia**. São Paulo, v.4, n. 197, p. 65-71., jul./dez. 2007.

MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In.: **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. Organização de Luís GRECO, António Carvalho MARTINS. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MARX, Karl. **Debate Acerca da Lei Sobre o Furto de Lenha**, Anexo IV, In: EIDT, CELSO. O Estado Racional: Lineamentos do Pensamento Político de Karl Marx nos Artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). Belo Horizonte: UFMG, 1998. Disponível em: <[http://www.verinotio.org/di/di4\\_racional.pdf](http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf)>

\_\_\_\_\_. **Manuscritos econômico-filosóficos.** São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Capital: crítica da economia política:** Livro I. 22 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

\_\_\_\_\_. **Sobre o suicídio.** São Paulo: Boitempo, 2006.

\_\_\_\_\_; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã.** São Paulo: Boitempo, 2007.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel.** 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

\_\_\_\_\_; ENGELS, F. **Elementos fundamentais de uma concepção materialista da história.** In: O leitor de Marx. José Paulo Neeto (organizador). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

\_\_\_\_\_. **Diferença entre a filosofia da natureza de Demócrito e a de Epicuro.** 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo, 2013.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito.** 3 ed., Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_; COELHO, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no direito penal. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRÓ LLINARES, Fernando. El delito de homicidio: aproximación a su aplicación jurisprudencial en la actualidad. **La ley penal:** revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Madrid, v.5, n.50, p. 19-42., jun. 2008.

\_\_\_\_\_; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate:** una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010

\_\_\_\_\_.La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación sistemática de la teoría de la imputación objetiva. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate:** una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010.

MORENO ANTÓN, María. Los confines de la vida desde la perspectiva religiosa. In: **BIOÉTICA, religión y derecho:** actas del curso de verano de la Univesidad



Autónoma de Madrid celebrado em Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005. Madrid: Universitária Española, 2005. p. 257-275. **343.3:575 B512**

MUÑOZ CONDE, Francisco. Delitos contra a vida humana dependente (Conclusão). **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 2, n. 10, p. 147-160., out. 1989.

\_\_\_\_\_. Delitos contra a vida humana dependente. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 2, n. 9, p. 141-144., set. 1989.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Direito, circulação mercantil e luta social**. In: Direito, Sociedade e Economia: Leituras marxistas. Barueri, SP: Manole, 2005.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do Direito e Marxismo**. Editora Acadêmica. São Paulo: 1988.

PAWLIK, Michael. **La realidad de la libertad**: dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

\_\_\_\_\_. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012.

\_\_\_\_\_. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012.

\_\_\_\_\_. Introdução: Welzel – Um clássico? In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

\_\_\_\_\_. Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel. In: **Hans Welzel nella prospettiva attuale**: Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale. Org.: Michael Pawlik e Luigi Cornacchia. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Bioética y derecho penal en el comienzo de la vida: algunas implicaciones jurídicopenales de las nuevas biotecnologías. In: **BIOÉTICA, religión y derecho**: actas del curso de verano de la Univesidad Autónoma de Madrid celebrado em Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005. Madrid: Universitária Española, 2005.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El valor de la dogmática en el derecho penal**. Em: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Aranzadi, 2005.

POLAINO-ORTS, Miguel. Las cuatro caras de la imputación penal. In.: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. **La imputación penal a debate**: una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010.

POLITZGER, Georges. **Princípios fundamentais de filosofia**. São Paulo: Hemus, 1970.

POULANTZAS, Nicos. **As classes sociais no capitalismo de hoje**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

\_\_\_\_\_. **Teoria das classes sociais**. Porto: Escorpião, 1976.

PUIG, Gustavo. La vida ¿es el bien jurídico mejor protegido?. **Revista de Ciencias Penales: Montevideo**, Montevideo, v. 2, p. 363-369., 1996.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

REICH, Wilhelm. **Escuta, Zé-Ninguém**. São Paulo: Martins Fonte, 1974.

\_\_\_\_\_. **O assassinato de Cristo**: volume um de A peste emocional da humanidade. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de. Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana. **Doctrina Penal**: Teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 12, 45/48, p. 287-294., 1989.

\_\_\_\_\_. Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana. In: PIERANGELI, José Henrique. **Direito Criminal II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROBLES PLANAS, Ricardo. A identidade da dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 20, n. 98, p. 149-167., set./out. 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **InDret**: Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, octubre de 2013. Disponível em: <http://www.indret.com/es/>.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre Arbítrio e Direito Penal**: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução Dogmática. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, como requisito parcial para concurso de Livre-Docência promovido pelo Departamento de Direito Público, na Área de Direito Penal. 2014.

ROSAL BLASCO, Bernardo del. Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el anteproyecto de Código Penal Español de 1992. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 7-18., out./dez. 1993. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=12832](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=12832)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 11-33., out./dez. 1995. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=18174](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18174)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro; NAVARRO SÁNCHEZ, Urenda Queletzú. A dupla dimensão da vida nos direitos humanos: como fundamento e como direito. **Meritum**. Belo Horizonte. v. 9. n. 2. p. 41-75. Jul./dez.2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: *Martin Claret*, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Proteção penal da vida humana através do Direito Penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In.: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In.: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 4, p. 15, oct. 2012. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>>

SAAD-DINIZ, Eduardo. Omissão de socorro nos hospitais privados: porque você é pobre deve morrer mais cedo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 236, p. 7., jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Projeto de Código Penal em debate: observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 263, p. 17-18., out. 2014.

\_\_\_\_\_. Tutela penal das liberdades pessoais: o tipo penal de redução a condição análoga à de escravo no Brasil. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito Penal e Propriedade Privada**. A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013.

SAUER, Guilherme. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956.

SCHOPENHAUER, Arthur. **As dores do mundo.** São Paulo: EDIPRO, 2014.

SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito 'vida' em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. p. 377-389. **Revista Bioética**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 3, p. 377-389, 2009.

SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

SHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.** Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros: a propósito de la STS 8 julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 40, n. 2, p. 451-477., mai./ago. 1987.

\_\_\_\_\_. Libertad de terapia y responsabilidad penal del médico. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 171-207., 2001.

\_\_\_\_\_. La dimensión temporal del delito y los cambios de status jurídico-penal del objeto de la acción. In.: **Estudios de derecho penal.** Lima: Grijlj: 2000.

\_\_\_\_\_. **Tiempos de derecho penal:** escritos breves sobre teoría e práctica, vida social y economía. Buenos Aires: B. de F., 2009.

\_\_\_\_\_. Suicidio alemán y duelo americano. **In Dret:** Revista para el Análisis del Derecho, 01/2018. Disponível em: [http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/?sa=1](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?sa=1).

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Adequação social e direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In.: **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** Org., Eduardo SAAD-DINIZ, Miguel POLAINO-ORTS. São Paulo: LiberArs, 2012.

SIQUEIRA, Marília de. O início da vida e a medicina atual. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques. **A vida dos direitos humanos:** bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Fundamentos do Materialismo Histórico.** Rio de Janeiro: 1968.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Questões atuais dos crimes contra a vida.** 1ª edição. São Paulo: LiberArs: 2016.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira**. 2015. 417 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

TARQUIS ALFONSO, Pedro. Bases teológicas de la ética protestante. In.: GAFO, Javier et al. **Bioética y religiones: el final de la vida**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2000.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. El sustrato antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua**, Madrid, n. 11, p. 667-678., jun. 1986. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=57047](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57047)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 14, p. 217-245., 1991. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=128509](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128509)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

VERGARA, Pedro. **Delito de Homicídio**. O Dolo no homicídio. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.

VIDAL, Marciano. Fundamentación de la ética teológica. In: VIDAL, Marciano. **Conceptos fundamentales de ética teológica**. Valladolid: Trotta, 1992.

WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, V. 26, n.2, p. 221-230. Maio/ago. 1973.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

\_\_\_\_\_. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Montevideú: B. de F. / Julio César Faira, 2005.

\_\_\_\_\_. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2006.

\_\_\_\_\_. La inexigibilidad de la conducta conforme a derecho. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 115-120., jun./jul. 2006.

\_\_\_\_\_. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZABEL, Benno. Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, 01/2018. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1364.pdf>