

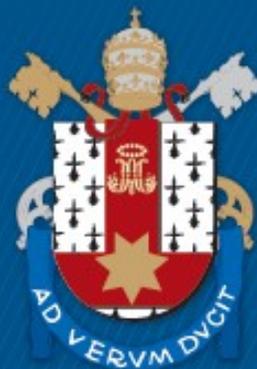
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

GUSTAVO TOZZI COELHO

**AUTONOMIA E AUTORRESPONSABILIDADE EM DIREITO PENAL
COMPREENSÃO À LUZ DA ONTOLOGIA RELACIONAL DE FARIA COSTA**

Porto Alegre
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

GUSTAVO TOZZI COELHO

AUTONOMIA E AUTORRESPONSABILIDADE EM DIREITO PENAL
COMPREENSÃO À LUZ DA ONTOLOGIA RELACIONAL DE FARIA COSTA

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor em Ciências Criminais, à
Escola de Direito da Universidade Católica do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre

2021

Ficha Catalográfica

C672a Coelho, Gustavo Tozzi

Autonomia a Autorresponsabilidade em Direito Penal / Gustavo Tozzi Coelho. – 2021.

223.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Ávila.

1. Direito Penal. 2. Autonomia. 3. Autorresponsabilidade. 4. Imputação Objetiva. 5. Paternalismo. I. D'Ávila, Fabio Roberto. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

GUSTAVO TOZZI COELHO

**AUTONOMIA E AUTORRESPONSABILIDADE EM DIREITO PENAL
COMPREENSÃO À LUZ DA ONTOLOGIA RELACIONAL DE FARIA COSTA**

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Criminais, à Escola de Direito da Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila (Orientador – PUCRS)

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza (PUCRS)

Prof. Dr. Marcelo de Almeida Ruivo (PUCRS)

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva (UFRGS)

Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy (UNISINOS)

Porto Alegre

2021

À minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Quando penso em todo o percurso enfrentado para, enfim, chegar até aqui, agradecimentos seriam poucos para expressar o tamanho da gratidão que sinto por concluir uma trajetória que, paradoxalmente, está apenas começando. Mas algumas linhas são impositivas para que eu possa elencar aqueles que, sem dúvida, tal caminho tão repleto de dificuldades seria impossível de percorrer.

Primeiramente, minha gratidão ao CNPQ/CAPES por ter me oportunizado o financiamento do curso, sem o qual não teria como realizar, bem como à Comissão de Seleção de Ingresso de Doutorado do PPGCCrim/PUCRS, que acreditou e depositou confiança na minha capacidade para fazer parte do grupo de discentes 2018/01.

Ao querido Mestre, meu orientador, Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila, pelas belas lições que levarei ao longo da minha vida: por me provocar a procurar a resposta, aprender que ao acerto precede o erro, pela compreensão ao longo de todo o curso e, principalmente, por ter me dado autonomia durante a pesquisa por um motivo que hoje consigo entender: era preciso me perder para, então, me (re)encontrar. Minha gratidão e carinho serão para sempre, Professor!!!

Ao Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza por ter me recebido tão fraternamente quando retornei ao PPGCCRim em 2018/01 e sempre aberto ao diálogo e questionamento, dos quais sempre obtive importantes ensinamentos; Prof. Dr. Marcelo Ruivo, por ter me acompanhado desde a conclusão do Mestrado, ainda em 2016, e se disponibilizado para aconselhar, instigar e conversar durante o período prévio à pandemia. Muito obrigado, Professores!

Aos amigos do peito, Tomaz Borges, Eduardo Brito, Reinaldo Gustavo, Juan Marroco, João Sanguitan e Fany Nicilovitz: palavras não definem minha gratidão!!!

À minha família: meus pais, Jorge e Leonete (além do amor, o cuidado); meus avós, Leonel (além do exemplo, a resiliência) e Estrella (te amo, vó); meus irmãos, Lucas (te amo, mano: me trouxe à música novamente) e Giulliano (sempre questionando e ajudando, te amo); minhas queridas cunhadas, Camila e Vanessa; meus primos, Márcio, Rafael, Thiago, Cláudia e André: vocês são – e sempre serão - essenciais!!!

Por fim, a Deus, que nunca me abandonou e me ajuda a levantar todos os dias.

RESUMO

A presente investigação tem como objeto a fundamentação da autonomia individual à luz do ontologismo relacional de Faria Costa. Para tanto, partimos da compreensão de base onto-antropológica do Direito Penal, na qual o crime se revela como uma perversão da relação de cuidado-de-perigo. A fim de que seja possível a proposta de fundamentação da autonomia individual sob tais pressupostos teóricos, abordamos a relação entre o *ius puniendi* e sua intervenção na liberdade individual, analisando a função dos princípios jurídico-penais enquanto fonte de bloqueio contra o arbítrio estatal nos moldes do Estado Democrático de Direito para, em seguida, adentrarmos na Teoria do Crime e seus elementos analíticos basilares: ação, tipo, ilícito e culpa. Após, nos debruçaremos sobre as bases que nos permitem buscar fundamentar a autonomia individual: atravessamos o contexto histórico acerca da noção de liberdade até chegarmos no pensamento kantiano e seu conceito de liberdade (negativa) enquanto autonomia individual, ponto em que são estudadas as principais premissas da autonomia em Kant: a subjetividade do sujeito da razão transcendental enquanto auto-legislador guiado pela máxima da universalidade. Feito isso, buscamos demonstrar a complexidade e polissemia que o conceito de autonomia comporta com base em revisão literária interdisciplinar para, na sequência, podermos analisar as noções de autonomia ontológica, política e ética. Com tal análise, enfrentamos o cerne da investigação: a autonomia individual sob os pressupostos do ontologismo relacional de Faria Costa, momento crucial da tese no qual lançamos a proposta de um conceito ontológico-relacional de autonomia individual, seus elementos estruturais, os casos envolvendo autonomia reduzida e déficit de autonomia, apontando sua relação com o Direito Penal. Por fim, avançamos sobre o princípio da autorresponsabilidade, seu possível conceito e suas hipóteses de incidência na Teoria da Imputação Objetiva sob o critério do âmbito do tipo, analisando, por último, a questão entre o paternalismo jurídico-penal e (i)legitimidade da participação em suicídio no ordenamento jurídico-penal nacional.

Palavras-chave: direito penal; autonomia; autorresponsabilidade; imputação objetiva; paternalismo.

ABSTRACT

The object of the present investigation is the foundation of individual autonomy by the light of Faria Costa's relational ontologism. Therefore, we start from the onto-anthropological comprehension of Criminal Law, in which crime reveals itself as a perversion of the care-of-danger relationship. In order to make it possible to propose the foundation of individual autonomy under such theoretical presuppositions, we address the relationship between the *ius puniendi* and its intervention in individual freedom, analyzing the function of legal-criminal principles as a source of blockage against state discretion in the molds of the Democratic Rule of Law to then go into the Crime Theory and its basics analytical elements: action, type, illicit and guilt. Afterwards, we will focus on the bases that will allow us to seek to substantiate individual autonomy: we will cross the historical context about the notion of freedom until we reach Kantian thought and its concept of (negative) freedom as individual autonomy, at which point the main premises will be studied of autonomy in Kant: the subjectivity of the transcendental subject's reason as a self-legislator guided by the maxim of universality. Once this is done, we seek to demonstrate the complexity and polysemy that the concept of autonomy entails based on an interdisciplinary literary review so that we can then analyze the notions of ontological, political and ethical autonomy. With such analysis, we face the core of the investigation: individual autonomy under the assumptions of Faria Costa's regional ontologism, a crucial moment of the thesis in which we launch the proposal of an ontological-relational concept of individual autonomy, its structural elements, cases involving reduced autonomy and autonomy deficit, pointing out its relationship with the Criminal Law. Finally, we advance on the principle of self-responsibility, its possible concept and its hypotheses of incidence in the Theory of Objective Imputation under the criterion of the scope of the type, analyzing, finally, the issue between legal-criminal paternalism and (i)legitimacy of participation in suicide in the national criminal law.

Keywords: criminal law; autonomy; self-responsibility; objective imputation; paternalism.

RESUMEN

El objeto de la presente investigación es la base de la autonomía individual a la luz del ontologismo relacional de Faria Costa. Por tanto, partimos de la comprensión onto-antropológica del Derecho Penal, en la que el delito se revela como una perversión de la relación de cuidado-de-peligro. Para que sea posible proponer el fundamento de la autonomía individual bajo tales presupuestos teóricos, abordamos la relación entre el *ius puniendi* y su intervención en la libertad individual, analizando la función de los principios jurídico-penales como fuente de bloqueo contra el arbitrio estatal en los moldes del Estado Democrático de Derecho para luego adentrarse en la Teoría del Crimen y sus elementos analíticos básicos: acción, tipo, ilicitud y culpa. Posteriormente, nos centraremos en las bases que nos permitirán buscar fundamentar la autonomía individual: atravesamos el contexto histórico sobre la noción de libertad hasta llegar al pensamiento kantiano y su concepto de libertad (negativa) como autonomía individual, momento en el que se estudia las principales premisas de la autonomía en Kant: la subjetividad del sujeto de la razón trascendental como autorregulador guiado por la máxima de la universalidad. Una vez hecho esto, buscamos demostrar la complejidad y polisemia que conlleva el concepto de autonomía a partir de una revisión literaria interdisciplinar para luego analizar las nociones de autonomía ontológica, política y ética. Con tal análisis, nos enfrentaremos al núcleo de la investigación: la autonomía individual bajo los supuestos del ontologismo regional de Faria Costa, momento crucial de la tesis en el que lanzamos la propuesta de un concepto ontológico-relacional de la autonomía individual, sus elementos estructurales, casos de autonomía reducida y déficit de autonomía, señalando su relación con el Derecho Penal. Finalmente, avanzaremos sobre el principio de autorresponsabilidad, su posible concepto y sus hipótesis de incidencia en la Teoría de la Imputación Objetiva bajo el criterio del alcance del tipo, analizando, finalmente, la cuestión entre paternalismo jurídico-penal y (i)legitimidad de la participación en el suicidio en el derecho penal nacional.

Palabras-clave: derecho penal; autonomía; autorresponsabilidad; imputación objetiva; paternalismo;

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIREITO PENAL, PRINCÍPIOS JURÍDICOS E TEORIA DO CRIME	13
2.1	FUNDAMENTAÇÃO, FUNÇÃO E PRINCIPIOLOGIA LIMITADORA DO IUS PUNIENDI: LINHAS INICIAIS.	13
2.1.1	Princípios jurídicos.....	18
2.1.2	Conflitos normativos	23
2.1.2.1	<i>Conflitos entre regras.....</i>	<i>24</i>
2.1.2.2	<i>Colisão entre princípios</i>	<i>25</i>
2.1.2.3	<i>“Colisão” entre princípios e regras (?).....</i>	<i>28</i>
2.2	TEORIA DO CRIME	32
2.2.1	Ação	32
2.2.1.1	<i>Conceito causal.....</i>	<i>32</i>
2.2.1.2	<i>Conceito final de ação.....</i>	<i>34</i>
2.2.1.3	<i>Conceito social de ação</i>	<i>37</i>
2.2.1.4	<i>Conceito de ação no Direito Penal Contemporâneo</i>	<i>39</i>
2.2.2	Tipo Legal de Crime.....	44
2.2.2.1	<i>Tipo de Ilícito</i>	<i>48</i>
2.2.3	Culpa e Culpabilidade	51
2.3	CONCLUSÕES PARCIAIS.....	53
3	AUTONOMIA EM DIREITO PENAL: COMPREENSÃO À LUZ DA ONTOLOGIA RELACIONAL DE FARIA COSTA.....	56
3.1	CONTEXTO HISTÓRICO-CULTURAL	56
3.1.1	Estado Democrático de Direito e Direito penal	63
3.2	LIBERDADE: AUTONOMIA E RESPONSABILIDADE. À PROCURA DO FUNDAMENTO, FUNÇÃO E CONCEITO EM DIREITO PENAL	70
3.2.1	Liberdade e sua essência relacional no contexto jurídico-penal.	70
3.2.1.1	<i>Liberdade Negativa e Liberdade Positiva.....</i>	<i>74</i>
3.3	LIBERDADE ENQUANTO AUTONOMIA INDIVIDUAL: KANT.	78
3.4	Autonomia individual (e seu ônus, A responsabilidade).....	84
3.4.1	Complexidade e polissemia do conceito	89
3.4.2	Autonomia ontológica, política ou ética?	96

3.5	ONTOLOGIA RELACIONAL DE FARIA COSTA E AUTONOMIA: FUNDAMENTO E CONCEITO	112
3.5.1	Autonomia Individual, Intersubjetividade e Reciprocidade: linhas introdutórias à compreensão do conceito ontológico-relacional.....	128
3.5.1.1	<i>Autonomia ontológico-relacional: conceito.....</i>	130
3.5.2	Elementos Estruturais da Autonomia Individual em Direito Penal.....	134
3.5.2.1	<i>Liberdade.....</i>	135
3.5.2.2	<i>Capacidade de Autodeterminação</i>	137
3.5.2.3	<i>Responsabilidade.....</i>	141
3.5.3	Autonomia reduzida e Déficit de Autonomia.....	153
3.6	CONCLUSÕES PARCIAIS.....	161
4	AUTONOMIA E PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE EM DIREITO PENAL	165
4.1	PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE: LINHAS INICIAIS.....	165
4.2	PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE: CONCEITO.....	167
4.2.1	Imputação Objetiva, Alcance do Tipo e o Princípio da Autorresponsabilidade....	170
4.2.1.1	<i>Cooperação em uma autocolocação dolosa em perigo</i>	172
4.2.1.2	<i>Heterocolocação em perigo consentida.....</i>	175
4.2.1.3	<i>Autorresponsabilidade e Imputação à Vítima: Cancio Meliá.....</i>	177
4.3	PATERNALISMO E AUTOLESÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IM)PUNIBILIDADE DO AUXÍLIO AO SUICÍDIO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO	187
4.4	CONCLUSÕES PARCIAIS.....	194
5	CONCLUSÃO	197
	REFERÊNCIAS	202

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação tem como objeto de análise a autonomia individual à luz dos pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa e busca responder em que medida seria possível compreender a autonomia em termos relacionais, com repercussão jurídico-penal e suas implicações quanto ao princípio da autorresponsabilidade em Direito Penal. Buscaremos verificar como a autonomia individual poderia ser fundamentada nos moldes do ontologismo de Faria Costa e qual seria seu conceito partindo de tal modelo teórico a servir de base para apontar seus elementos estruturais e sua relação com o Direito Penal.

Para tanto, procuraremos verificar qual a relação entre liberdade, autonomia individual e responsabilidade: afinal, basta ser livre para ser responsável? Após articularmos o desenvolvimento teórico que servirá de fio condutor da tese, será possível vincular a respectiva resposta com outro inerente questionamento: quando se faria possível e, em que medida, a aplicação do princípio da autorresponsabilidade? Qual seria seu conceito? A seguir, será exposto o programa estrutural da tese.

No primeiro capítulo lançaremos as bases sobre as quais estaremos apoiados durante toda a investigação, partindo da compreensão onto-antropológica do Direito Penal de Faria Costa (Portugal) e D’Avila (Brasil), articulando a fundamentação, função e principiologia limitadora do *ius puniendi*. Ainda, no capítulo inicial, serão trabalhados, à luz dos pressupostos teóricos adotados como norte da tese, os elementos analíticos do crime: conduta (ação), tipo, ilícito e culpa (bilidade). Tais noções serão fundamentais à sequência da pesquisa quanto à raiz jurídico-filosófica que pensamos ser possível atribuir à autonomia individual.

O segundo capítulo apresenta o núcleo da tese, iniciando pelo contexto histórico-cultural que engloba a noção de liberdade quando erigida à condição de direito do homem para, analisado o modelo de estado adotado pela CFRB/88 (Estado Democrático de Direito) e sua vinculação matricial com o Direito Penal quanto à tutela dos direitos fundamentais, trabalharmos a noção de liberdade, partindo de um conceito ontológico-existencial, no plano jurídico-penal. Em seguida, nos debruçamos verticalmente sobre a autonomia individual, iniciando pelo pensamento de Kant e seus pressupostos quanto à racionalidade transcendental do sujeito enquanto auto-legislador guiado pela máxima da universalidade do princípio *a priori* (autonomia da vontade). Feito isso, são articulados a complexidade e polissemia que o termo “autonomia” comporta, analisando as noções de autonomia ontológica, política e ética para, então, adentrarmos na ontologia relacional de Faria Costa como sendo o modelo teórico apto a apontar a fundamentação jurídico-filosófica da autonomia, no qual estudaremos a

autonomia e sua dimensão ético-social a partir da intersubjetividade e reconhecimento recíproco. Após desenvolver tais noções, articularemos o conceito ontológico-relacional que servirá à base dos elementos que compõe a estrutura da autonomia diante dos pressupostos adotados como fio condutor: liberdade, capacidade de autodeterminação e, conseqüentemente, a responsabilidade como consequência inevitável do ser-aí em plena autonomia, apontando, também, os casos envolvendo autonomia reduzida e déficit de autonomia.

No capítulo final, será trabalhada a repercussão da autonomia individual em sua essência relacional quanto ao princípio da autorresponsabilidade, seu conceito e função operatória quanto à incidência no seio da imputação objetiva do resultado, hipóteses de aplicação e seus pressupostos para excluir a imputação quando o resultado não estiver dentro do alcance do tipo e for manifestação da esfera de ação autônoma da(o) vítima/ofendido, bem como quanto à controversa questão em torno do paternalismo em se tratando do tipo penal do art. 122, CP (participação em suicídio) e sua eventual (i)legitimidade em face da interferência na autonomia do ser-aí.

2 DIREITO PENAL, PRINCÍPIOS JURÍDICOS E TEORIA DO CRIME

2.1 FUNDAMENTAÇÃO, FUNÇÃO E PRINCIPIOLOGIA LIMITADORA DO IUS PUNIENDI: LINHAS INICIAIS.

A Ciência Conjunta do Direito Penal gravita em torno de três grandes áreas: Direito Penal (dogmática jurídico-penal), Política Criminal e Criminologia.^{1,2,3} Neste sentido e de acordo com a proposta originária de von Liszt no final do século XIX, o Direito Penal (dogmática jurídico-penal) seria a barreira intransponível da Política Criminal.⁴ Contudo, em que pese os méritos da fórmula lisztiniana, atualmente vem ocorrendo exatamente o inverso, i.e., privilegia-se a política criminal em detrimento da dogmática jurídico-penal, o que, de acordo com as ideias que serão defendidas nesta investigação, tem contornos de um evidente equívoco metodológico,⁵ como bem expressa D’Avila,⁶ traço característico das compreensões funcionalistas, que tem seu início com Roxin em 1970 a partir da obra “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”, onde lançou as linhas mestras do sistema teleológico-racional (funcionalista).^{7,8,9,10}

Vale ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de apontar todas as críticas possíveis ao funcionalismo jurídico-penal, mas sim determinar o ponto de partida para as ideias a serem desenvolvidas. E o que importa agora é esclarecer sob qual compreensão de

¹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: FC Bridigiet, 1889. p. 1.

² FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 18

³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: Questões fundamentais**. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1, p. 26.

⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: FC & Bridigiet, 1889. p. 80.

⁵ Desde logo, cabe inserir uma observação de importante relevância: não há primazia de uma área sobre as outras, como preconiza Roxin em seu sistema teleológico-racional. Por isso, estamos de acordo com Faria Costa quando refere que “poder-se-ia sustentar que, obviamente dentro dos princípios e regras constitucionais, a paleta das escolhas político-criminais mostra-se insindicável.” Ainda, “Direito penal que não funda entre direito penal e a política criminal, o instrumento prioritário de que serve a política criminal para o seu derradeiro objectivo (contenção da criminalidade) mas é outrossim o limite insuperável da própria política criminal. No seu aspecto de garantia. No seu aspecto de *magna charta* do delinquente.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 67. Também fazendo a mesma observação, *vide*: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 61-62.

⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25.

⁷ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 29.

⁸ Um funcionalismo extremado pode ser encontrado em: JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003

⁹ JAKOBS, Günther. **¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** Tradução de Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002

¹⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona: en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 62.

Direito Penal a tese irá buscar seus pilares: partirá da compreensão onto-antropológica, de Faria Costa e D’Avila.^{11,12,13,14,15}

A compreensão onto-antropológica do Direito Penal tem como ponto de partida e de chegada não a política criminal, mas a Filosofia em geral e a Filosofia do Direito. De modo mais concreto, recorre ao ontologismo regional ou social de matriz heideggeriana, baseado na ideia de que a interpretação existencial é sempre uma “construção ontológica”,¹⁶ um modelo teórico cuja relevância foi e tem sido reconhecida não só no território da ética normativa ou prescritiva, mas também na própria dogmática jurídico-penal, em especial no âmbito da doutrina da culpa. Neste interim, Faria Costa assume e articula a noção de “cuidado” (*Sorge*) – a categoria onto-antropológica matricial/fundamental – não só na teoria da culpabilidade, mas, sobretudo, na teoria da ilicitude criminal: o específico desvalor do ilícito penal em face das demais formas de ilicitude reside na perversão ou na ruptura da “relação de cuidado-deperigo”, um fenômeno ético-social densificado ou mediado pela ideia de ofensa a bens jurídicos.^{17,18} Portanto, trata-se de uma compreensão pós-finalista, não-funcionalista de matriz ontológica.

¹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 250.

¹² FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. 18-23.

¹³ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

¹⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 214-215

¹⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou retorno à limpidez do essencial). **RPCC**, [s. l.], n. 12, p. 7, 2002. p. 7.

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

¹⁷ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 23.

¹⁸ Acerca do fundamento onto-antropológico e sua vinculação com o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, ver: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 160-161. Sobre o modelo constitucional de crime como ofensa a bens jurídicos no seio da doutrina italiana, berço da *ofensività*: DOLCINI, Emilio. Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale. In: FIANDACA, Giovanni et al. (org.). **Itinerari di Diritto Penale alla svolta di fine millennio**. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 211-215; ANGIONE, Francesco. Il principio di offensività. In: ANGIONE, Francesco et al. (org.). **Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1996. p. 113-119; FIORE, Carlo. Il principio di offensività. In: ANGIONE, Francesco et al. (org.). **Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1996. p. 61-73; BRICOLA, Franco. Crisi del Welfare State e sistema punitivo. In: CANESTRARI, Stefano; MELCHIONDA, Alessandro (org.). **Scritti di Diritto Penale**: dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio. Milano: Giuffrè, 1997. v. 1, t. 2; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di Diritto Penale**: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1; ANTOLISEI, Francesco. **Manuali di Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 2001; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **RPCC**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 151-198, 1994. p. 151.

Neste contexto, pode-se dizer que o Direito Penal é, de uma parte, o conjunto de normas que trata, jurídico-penalmente, os pressupostos, a determinação, a aplicação e as consequências dos crimes e dos fatos passíveis de desencadear penas ou medidas de segurança. De outra, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais.^{19,20}

Sendo um conjunto de normas (princípios e regras)²¹ que trata acerca da intervenção estatal na liberdade individual do cidadão através do *ius puniendi*, alguns freios devem ser admitidos para não tornar o Direito Penal autoritário e despótico. Para tanto, existem normas (explícitas e implícitas) com função de limitação do poder de punir do Estado e harmonizá-lo

¹⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 3. Faria Costa ainda complementa: “Deste modo, podemos afirmar que o sistema do direito penal se apresenta, fundamentalmente, em dois grandes eixos normativos. Um primeiro eixo que é dominado pela ideia de fragmentariedade, concretizável na pluralidade de normas de proibição e sancionatórias (crimes, tipos legais de crime) e um outro, sustentado nos pressupostos da unidade lógica e intencional da dogmática, que se perfila preenchido, sobretudo, por normas que cristalizam axiomas (normativos), por normas condensadoras de princípios, normas sobre normas, normas definitórias e normas que sustentam regras jurídicas.”; FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 7.

²⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2010. p. 42-43; WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. 3. ed. Alemán. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987. p. 11; BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013. v. I. p. 38; BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 9; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12. t. I. HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. I, t. I. p. 13: “(...) Ciência penal não é só a interpretação hierárquica da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida. O crime não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um ‘modelo de fábrica’, mas um trecho flagrante da humanidade.” Cf. HUNGRIA, Nélson. Nota explicativa. In: HUNGRIA; FRAGOSO, 1976, op. cit., p. 13-14; ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1. Sobre o conceito de Direito Penal na doutrina estrangeira: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1961. p. 33; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 9; MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2014. t. I. p. 3-4; MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, 1962. t. I. p. 3; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di Diritto Penale: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1. p. 12; MANTOVANI, Ferrando. **Principi di Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 2002. p. XXIX.

²¹ A distinção que envolve o conceito de princípios e regras no ordenamento jurídico será objeto de análise nos itens seguintes. Agora, é necessário referir o seguinte: “Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo da norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamentos, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios generalizantes mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos ‘princípios positivos de Direito’, mas também como já acentuado, dos ‘princípios gerais de Direito’. Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.” Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 55.

com a Carta Fundamental de 1988. Isto porque o Direito penal é estruturado – juridicamente – mediante duas realidades inarredáveis e nucleares: o crime e a pena.²²

O Direito Penal tem como função primacial a proteção de bens jurídicos com dignidade penal,²³ ou seja, aqueles bens jurídicos que sejam merecedores de proteção jurídico-penal e, assim, bem jurídico-penal é a pedra de toque do Direito Penal, entendido como expressão de um valor pessoal ou comunitário à manutenção de uma realidade comunitariamente relevante.^{24,25}

Diretamente relacionado com a noção de bem jurídico-penal encontra-se um princípio penal irrevogável e limitador da intervenção do Estado: *o princípio da fragmentariedade*.²⁶ Segundo o princípio da fragmentariedade, o Direito Penal recorta da realidade aqueles fatos tidos como os mais graves para serem alcançados pela via jurídico-penal, o meio mais invasivo do Direito, sempre em harmonia com a ordem axiológica constitucional, o que significa que o legislador não possui um menu à la carte de bens jurídico-penais.²⁷

A fragmentariedade é decorrência do caráter de *última ratio* do Direito Penal, que possui um duplo sentido, ou seja: o Direito Penal é a *ultima ratio* porque só quando os demais ramos do Direito não conseguem atender às necessidades de proteção dos bens jurídicos dignos de tutela é que, então, se devem empregar os mecanismos de tutela repressiva inerentes ao Direito Penal. Ocorre que o Direito Penal também é a *ultima ratio*, neste momento numa perspectiva de radical diferente, porquanto ele representa o último, o derradeiro poder a ter “poder” legítimo para ofender o corpo-próprio. Isto implica que,

²² FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 5.

²³ “Não é possível estabelecer quais os valores e as formas de lesão a esses valores que devam merecer dignidade penal, pois variam de acordo com o mundo circundante e o contorno cultural, modos de pensar e sentir, do momento histórico. Pode-se, todavia, em um Estado Democrático de Direito, que constitui um momento de acúmulo de conquistas de valores políticos e sociais que se incrustam em nossa consciência, como invariantes axiológicas, quais os valores e as condutas que não devem ter dignidade penal, pois seria uma intervenção injustificada do dever de punir em áreas reservadas à autonomia da pessoa humana ou uma clara demasia em favor de valores sem repercussão social, punindo condutas inócuas.” Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. p. 24.

²⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 169; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1, p. 120.

²⁵ “Bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.” Cf. ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16.

²⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 7; TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14.

²⁷ O caráter fragmentário do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal: “o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege não somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal.” Cf. CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**. Campinas: LZN, 2005. p. 302.

enquanto naquela primeira moldura valorativa o Direito Penal se assumia como expressividade do *princípio da intervenção mínima* da tutela penal pelo Estado, revestindo uma tônica salutar minimalista no que tange à sua eficácia e também quanto ao seu âmbito protetivo; já na segunda das concepções o Direito Penal veste a dolorosa máscara de ser, nas sociedades da modernidade,²⁸ complexas e plurais,²⁹ a última instituição, inclusive em sentido cronológico, ao ponto de poder desencadear uma restrição, limitação “sobre o corpo-próprio”.³⁰

No pensamento de Mantovani, podemos encontrar a função dos princípios jurídicos-penais: *limitar o ius puniendi protegendo a liberdade individual*.³¹ Isso porque o Direito Penal implica, de um lado, a restrição da liberdade do cidadão, pois que veta a comissão de determinada ação; de outro, comporta o uso de sanções pesadas. Tais restrições e tais penas não devem ser impostas à fúria da lei, ou à lei pouco clara e retroativa. O cidadão deve ter garantias contra o abuso que o Estado pode fazer do Direito Penal, e tais garantias são os princípios.³²

Feitas as considerações preliminares, pode-se avançar no desenvolvimento da tese. A seguir serão analisados os conceitos e diferenças entre princípios e regras enquanto normas, o que será de fundamental importância para compreensão do que se pretende defender: a fundamentação da autonomia individual à luz dos pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa e sua repercussão jurídico-penal referente ao seu conceito a ser elaborado e seus elementos estruturais a apontarem a *plenitude da autonomia*, com especial repercussão na formulação e aplicação do *princípio da autorresponsabilidade* que, enquanto princípio jurídico-penal com função de limitação do *ius puniendi*, dando especial destaque à teoria da imputação objetiva do resultado (quanto ao critério do alcance do tipo) e à recusa a tipos penais de cariz paternalista, onde daremos atenção à (i)legitimidade da participação em suicídio no ordenamento jurídico-penal nacional.

²⁸ BAUMER, Franklin Le Van. **História do pensamento moderno europeu: séculos XVII e XVIII**. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 27-54.

²⁹ Sobre complexidade e pensamento complexo, ver: MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 41.

³⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 89-90.

³¹ MANTOVANI, Ferrando. **Principi di Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 2002. p. 60.

³² MANTOVANI, Ferrando. **Principi di Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 2002. p. 61-62.

2.1.1 Princípios jurídicos

A principal fonte do Direito Penal é o código penal.³³ Mas a Constituição Federal de 1988 dita vários princípios fundamentais,³⁴ direta ou indiretamente, com reflexo imediato em nosso Direito Penal.³⁵ O Direito Penal Contemporâneo tem na Carta Fundamental um ponto de referência primordial, se tratando de uma verdadeira e própria “estrela polar” do *ius criminale*.³⁶

Tal correlação entre Direito Penal e Constituição Federal é simbiótica, decorrendo das ideias de igualdade e liberdade que proporcionaram ao Direito Penal um caráter mais secularizado e humanizado, colocando limites ao *ius puniendi* estatal. Assim, os princípios jurídico-penais limitadores integram os modernos códigos penais dos países democráticos e recebem *status* constitucional, expressando máxima garantia quanto aos direitos fundamentais.³⁷

Dentro de um ordenamento jurídico-constitucional que é fundamentado, sistematicamente, por um conjunto de princípios e regras presume-se, necessariamente, a existência de princípios constitucionais mantenedores de todo o sistema que, mediante outros subprincípios e regras, encontram diversos graus de densificação e concretização.³⁸ Dentre esses princípios fundantes da ordem axiológica constitucional, ganha guarida o princípio do Estado (Democrático) de Direito, sustentando a proposição de uma “ordem de paz” garantida

³³ MANTOVANI, Ferrando. **Principi di Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 2002. p. 59.

³⁴ Sobre a noção de sistema jurídico do modelo de Estado adotado pela Carta Fundamental de 1988 como um sistema normativo aberto de regras e princípios, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 1161; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 942-943; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 141; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 231; ESPÍNDOLA, Ruy. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1999; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.; FERRAJOLI, Luigi. **Teoria del diritto e della democrazia**. Bologna: SEPS, 2007. Quanto ao conceito de sistema, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

³⁵ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. V. I. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁶ MANTOVANI, Ferrando. **Principi di Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 2002. p. 59.

³⁷ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. V. I. São Paulo: Saraiva, 2013; ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16; BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e função dos princípios. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*).

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra, 2013.; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo para compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

pelo ordenamento jurídico,³⁹ que possui, como tarefa primordial e inarredável, a tutela de bens reconhecidos pelo sistema jurídico:⁴⁰ assim, é impositivo o reconhecimento do princípio constitucional de tutela de bens jurídicos, que o densifica como princípio (estruturante) do Estado de Direito e, conseqüentemente, estrutura de todo ordenamento jurídico-penal.⁴¹

O princípio geral fundante da tutela de bens jurídicos é oriundo de dois princípios constitucionais de Direito Penal: (a) *princípio constitucional de garantia*, que se expressa na necessidade de ofensa e tem amparo no bem jurídico-constitucional *liberdade*, na qual incide a intervenção estatal através da incriminação penal; (b) *princípio constitucional impositivo*, representado pela intervenção penal necessária, fundamentado na necessidade de tutela dos bens reconhecidos pelo ordenamento jurídico-penal.⁴²

Para avançar, é necessário dedicar algumas linhas fundamentais para compreender a definição de princípios e os distinguir das regras,⁴³ ambos espécies de normas jurídicas.⁴⁴

Há autores que defendem que entre princípios e regras há uma diferença de grau. Nesse contexto, há aqueles que advogam que o que distingue ambos seria o grau de importância, logo: *princípios* seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as *regras* seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios.⁴⁵

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra, 2013. D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo para compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

⁴⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo para compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

⁴¹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo para compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

⁴² D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo para compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. Coimbra: Coimbra, 2005.; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra, 2013.; SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁴³ Neste momento vale apontar que, dentro da doutrina constitucional brasileira, há quem critique os critérios e definições propostos por Alexy, mas tal esforço hercúleo não será feito neste trabalho em face dos riscos inerentes ao navegar nas águas turbulentas de tamanha pretensão. Para tanto, importa referir as respectivas (e possíveis) críticas. Assim, ver, p.ex.: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, 2003, p. 607-630; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. Esta concepção também pode ser encontrada na doutrina de Canotilho: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra, 2013.. Em sentido diverso, vide: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004.

⁴⁵ Por exemplo: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.; RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002. Fazendo esta referência: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

A distinção entre princípios e regras, em que pese não ser recente,⁴⁶ ganhou relevo nas últimas décadas com os trabalhos de Alexy e Dworkin,⁴⁷ que são adeptos da tese da separação qualitativa entre princípios e regras, ou seja, a distinção entre ambas espécies de normas é de conteúdo lógico.⁴⁸

De acordo com Alexy, princípios são *mandamentos de otimização* e,⁴⁹ enquanto normas jurídicas, devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.⁵⁰ Quanto às regras, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Portanto, se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. É dizer, a distinção entre princípios e regras é qualitativa e não de grau, pois toda norma é ou regra ou princípio.⁵¹

Já a distinção proposta por Dworkin possui características um pouco diversas. Partindo de crítica ao positivismo de Hart,⁵² Dworkin registra a distinção fundamental daquele autor: uma regra pode ser obrigatória (*i*) porque é aceita ou (*ii*) porque é válida. Consoante Dworkin, as comunidades primitivas possuiriam regras primárias e essas seriam obrigatórias tão-somente devido às práticas aceitáveis.⁵³ Assim como Alexy, Dworkin anota que a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, pois os dois apontam para decisões particulares sobre obrigação jurídica em certas circunstâncias, distinguindo-se quanto à natureza da orientação oferecida. Desta maneira, as regras aplicam-se à maneira

⁴⁶ ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

⁴⁷ Trabalhos originais: ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1984; DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1977.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 71; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁴⁹ “(...) Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90-91.

⁵² HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994. p. 89-96.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 33. Ainda, segundo o autor: “Não é possível afirmar que tais comunidades tenham um direito, pois, nesse caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo. Mas, quando uma comunidade desenvolveu uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a ideia de um conjunto específico de regras jurídicas e, com isso, a ideia de direito.” DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 34.

“*all-or-nothing*”.⁵⁴ Isso significa que, dados os fatos que certa regra estipula, então ou a regra é válida ou não é, não contribuindo em nada para com a decisão.⁵⁵

Dworkin aponta uma primeira diferença entre princípios e regras: os princípios são portadores de uma dimensão não possuída pelas regras, a saber: a dimensão do peso ou importância.⁵⁶

O ponto crucial de distinção entre princípios e regras, de acordo com a *teoria dos princípios*, é a estrutura dos direitos garantidos por essas normas.⁵⁷ Nas regras são garantidos direitos (ou impostos deveres) definitivos; nos princípios são garantidos direitos (ou impostos deveres) *prima facie*.⁵⁸

Significa dizer que, se um direito é garantido por uma norma que possua a estrutura de regra, esse direito é definitivo e deve ser realizado na sua totalidade se a regra for aplicável ao caso concreto. Porém, vale ressaltar, as regras podem ter exceções,^{59,60} o que não modifica a

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 39.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 39.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 42.

⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45.

⁵⁸ “Entretanto, é possível imaginar um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção. Como demonstram os inúmeros casos da assim chamada redução teleológica, o sistema jurídico alemão é um sistema que não contém tal proibição, pelo menos não para todas as áreas do direito. As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados ‘princípios formais’. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios - o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras - é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*.” Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 98. Sobre o caráter *prima facie* dos princípios jurídicos, ver, p.ex.: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 231; ESPÍNDOLA, Ruy. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1999; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84 ss; DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 26; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1144; SILVA, 2011, op. cit., p. 45.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 25; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45.

⁶⁰ “Regras (...) são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*). Tomemos, como exemplo, o art. 25º/2, segundo o qual ‘ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos’. Trata-se de uma *regra consagrada de um direito definitivo*: o indivíduo *tem direito*, sempre e sem exceção, à integridade moral e física; por conseguinte, *proibe-se*, sempre e sem qualquer exceção, a prática da tortura, de tratos ou a sujeição a penas cruéis, degradantes ou desumanas (...) Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou

ideia exposta, pois as exceções a uma regra têm de ser entendidas como partícula integrante da própria regra excepcionada.⁶¹ Como ensina Silva, a regra proibitiva da retroatividade da lei penal possui uma reconhecida exceção: deverá retroagir quando beneficiar o réu (CRFB/88, art. 5º, XL). A regra, nesse caso, deve ser entendida como: “[...] é *proibida* a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu que a lei anterior; nesses casos, *deve* haver retroação.”⁶²

É por isso que Alexy afirma que princípios e regras são razões de naturezas distintas,⁶³ i.e., “[...] princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas.”⁶⁴ Para Alexy, princípios e regras podem ser considerados como razões para ações ou razões para normas: enquanto razões para normas, eles podem ser razões para normas universais (gerais/abstratas) e/ou para normas individuais (considerados como juízos concretos de dever-ser). Tal posicionamento é defendido, por exemplo, por Raz.⁶⁵ Ao contrário, Alexy entende que regras e princípios devem ser considerados como razões para normas, pois, se regras e princípios são razões para normas são, indiretamente, também razões para ações, convergindo sob o ponto de vista da Ciência do Direito.⁶⁶

Explica Alexy que, na Ciência do Direito, formulam-se juízos sobre o que é devido, proibido e permitido, e o magistrado decide exatamente sobre isso. Logo, desenvolve-se o conceito semântico de norma para essa tarefa.⁶⁷ Uma vez compreendidos regras e princípios como razões às normas, a relação de fundamentação limita-se a objetos de uma categoria, facilitando seu manejo e, sobretudo, sua análise lógica. Um dos critérios distintivos entre regras e princípios classifica os princípios como razões para regras, e tão-somente para regras.⁶⁸ Se o referido critério fosse correto, princípios não poderiam servir como razões diretas a decisões concretas. Compreender que os princípios são razões às regras e as regras

de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fáctica ou jurídica.” Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 1255.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45.

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45. (grifo do autor).

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 101.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 101.

⁶⁵ “As well as reasons for actions, there are reasons for beliefs, for desires and emotions, for attitudes, for norms and institution, and many others. Of these, reasons for action and for belief are the most fundamental types of reasons, the others being derived from or dependent on them. I shall be concerned exclusively with reasons for action and by ‘reasons’ I shall normally refer to reasons for action only.” Cf. RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 15.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. 101-102.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 101-102.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 102.

são razões às decisões concretas conduz, num primeiro momento, a algo plausível. Entretanto, em um olhar mais atento, tal assertiva revela-se incorreta: “regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas.”⁶⁹

Como exemplo, Alexy escreve que aquele que aceita para si como inafastável a norma “não ferir alguém em sua autoestima”, está aceitando uma regra. Ocorre que essa regra também poderia ser uma razão para outra regra: “não falar com alguém sobre seus fracassos”. Já os princípios podem também ser razões para decisões, i.e., para juízos concretos de dever-ser.⁷⁰ Assim, a caracterização dos princípios como razões para regras seria correto para Alexy. Portanto: se uma regra é razão para um juízo concreto, então, ela é uma razão definitiva; se o juízo concreto de dever-ser possuir conteúdo referente a determinado direito de alguém, então, esse direito é um direito definitivo. Mas os princípios são, inversamente, sempre razões *prima facie*. E para que os princípios possam passar do direito *prima facie* até o direito definitivo, se faz necessário definir uma relação de preferência que, segundo a lei de colisão, seria a definição de uma regra. Desta forma: “é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.”⁷¹

Isto posto, é possível ir em frente para analisar a questão referente a eventual conflito normativo: colisão de princípios (e regras).

2.1.2 Conflitos normativos

A noção de conflitos normativos é algo polêmico e não há entendimento pacífico na doutrina. Para não corrermos riscos desnecessários, adotaremos o conceito de Silva: quando se falar em conflito normativo, quer-se dizer que será analisada a situação dos conflitos entre regras e colisões entre princípios. Assim, um conflito normativo é a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas consequências jurídicas se mostrarem, ao menos naquele caso, total ou parcialmente incompatíveis.^{72,73}

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 102.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 103.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015p. 103-104. De forma semelhante, p.ex.: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1161.

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47.

⁷³ Entendendo como “inconsistência” ao analisar os problemas decorrentes da interpretação jurídica: ROSS, Alf. **On law and justice**. Berkeley: University of California Press, 1959. p. 128.

2.1.2.1 Conflitos entre regras

Foi visto acima o que diferencia as regras jurídicas dos princípios jurídicos: as regras garantem direitos - ou impõem deveres - definitivos. Se isso é verdade, e admitindo-se a possibilidade do conflito entre regras, é necessário encontrar uma solução que não relativize a definitividade.⁷⁴ Dessa necessidade surge o método de aplicação “*all-or-nothing*”.⁷⁵

Para Alexy, um conflito entre regras só poderia ser solucionado mediante a introdução, em uma das regras, de cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se ao menos uma das regras tiver declaração de invalidade. Como exemplo do que acabou-se de apontar, Alexy escreve sobre a seguinte situação: é proibido sair da sala de aula antes do toque do sinal, entretanto, a cláusula de exceção indica o dever de deixar a sala se caso soar o alarme de incêndio, logo: “(...) se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si.”⁷⁶ Para solucionar o conflito deve ser incluída, na primeira regra, uma cláusula de exceção para a hipótese do alarme de incêndio e, se esse tipo de solução não for possível, ao menos uma das regras deve ser declarada inválida e excluída do ordenamento jurídico. Isso porque, inversamente do que acontece com a noção de validade social ou importância normativa, o conceito de validade jurídica não é graduável, pois ou uma norma jurídica vale, ou não. Se a regra é válida e aplicável a um caso concreto, significa que sua consequência jurídica também é válida. Não importa, consoante Alexy, a forma como sejam fundamentados, pois não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em certo caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada através da introdução de uma cláusula de exceção, então, ao menos uma das regras deverá ser declarada inválida.⁷⁷

Contudo, constatar que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada explica sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. O problema pode ser solucionado mediante regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas também seria

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 25. Para críticas ao raciocínio de Dworkin, ver: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93.

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015p. 93.

possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. Logo: “O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.”⁷⁸

A incompatibilidade de regras pode se dar de maneira parcial ou total: (i) sendo parcial, a solução ocorre mediante a inclusão de cláusula de exceção;⁷⁹ (ii) sendo total, a solução ocorre mediante a declaração de invalidade de uma delas.^{80,81}

2.1.2.2 *Colisão entre princípios*

A colisão entre princípios deve ser enfrentada e resolvida de maneira diversa do conflito entre regras, pois, de acordo com os pressupostos da teoria dos princípios, não é permitido falar em declaração de invalidade de um deles, tampouco em inclusão de cláusula de exceção.⁸² Quando dois princípios colidem – i.e., preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo fato ou posição jurídica – ocorre a fixação de *relações condicionadas de precedência*.⁸³ Isso significa que, nos casos concretos, os princípios possuem um diferente peso e,⁸⁴ assim, prevalece o princípio de maior peso.⁸⁵

O exemplo mais usual na doutrina é a colisão entre os princípios da liberdade de imprensa e o direito à privacidade ou o direito à honra: é possível que a realização do princípio da liberdade de imprensa na sua integralidade possa, na maioria dos casos, ser incompatível com a ideal proteção da privacidade de algumas pessoas.^{86,87} Essa forma de

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 48-49.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 92; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 48.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 92; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 48.

⁸¹ Para Ross, são casos de inconsistência “total-total”: ROSS, Alf. **On law and justice**. Berkeley: University of California Press, 1959.

⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 89; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 50. Críticas em: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 89; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 50.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 89; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1161.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 50;

⁸⁷ Na jurisprudência nacional: Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de

colisão não pode ser resolvida mediante a inclusão de cláusula de exceção, tampouco com a declaração de invalidade de um dos princípios colidentes, é dizer: mesmo após a solução da colisão dos princípios (liberdade de imprensa vs. privacidade/intimidade) ambos princípios permanecem válidos. A solução dependerá do que ocorrer no caso concreto. É essa a ideia que a expressão *relação condicionada de precedência* traduz.⁸⁸

O conceito de relação condicionada de precedência é explicado a partir do que Alexy denomina de *lei de colisão*,⁸⁹ e pode ser expressa na seguinte moldura: $(P_1PP_2)C$.⁹⁰ Isso

censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (adpf). Lei de imprensa. Adequação da ação. (...) 4. Mecanismo Constitucional De Calibração De Princípios. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, inletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 130**. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, DF, 30 de abril de 2009.).

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 97-98.

⁸⁹ Para exemplificar o que entende por lei de colisão, Alexy explica um *case* do Tribunal Constitucional Alemão: o *BVerGE* julgou situação onde colidiam o princípio da intervenção penal necessária e o direito à integridade física, em fato que era necessário realizar audiência processual, mas o acusado corria, em razão da tensão dos

significa, muito simplesmente, que nos casos onde há colisão entre dois princípios – P_1 e P_2 – o princípio P_1 prevalece sobre o princípio P_2 , apenas nas condições daquele caso C . É plausível – e bem provável –, entretanto, que em determinada situação C' seja o princípio P_2 que prevaleça sobre o princípio P_1 , logo: $(P_2 \mathbf{P} P_1)C'$. O importante é fixar que, nos dois casos, dos mesmos princípios não é crível uma fórmula abstrata de uma relação condicionada de precedência: essa relação é sempre condicionada ao caso concreto.^{91,92}

Um exemplo simples pode facilitar a compreensão do que se acabou de explicar: a colisão entre os princípios da ofensividade e da intervenção penal necessária.

O caso é o seguinte: um usuário de *cannabis* é flagrado pela polícia portando cerca 10g da droga durante abordagem de rotina. Realizados os procedimentos de praxe, o caso é levado ao Juizado Especial Criminal (JECrim), onde o magistrado, diante das circunstâncias do caso concreto, verifica a colisão entre o princípio da ofensividade e da intervenção penal necessária.⁹³ Analisando a solução mais adequada juridicamente, o magistrado decide que o princípio da ofensividade não foi preenchido, ou seja, não houve ofensa ao bem jurídico-penal digna de intervenção penal necessária, seja pela ofensa irrisória, seja pela desproporção da aplicação do *ius puniendi* na liberdade do usuário. Ao fim, numa relação condicionada de

atos processuais, o risco de enfatar. Em tais casos, o Tribunal Federal Alemão constatou que existia uma relação de tensão entre o dever do Estado de garantir uma adequada aplicação do direito penal e o interesse do acusado em salvaguardar os direitos constitucionais garantidos, cuja proteção o Estado está igualmente obrigado pela Lei Fundamental. A referida relação de tensão não poderia ser solucionada no sentido de uma prioridade absoluta de um dos deveres estatais. Mas o conflito deveria ser solucionado mediante uma ponderação dos interesses opostos. Nesta ponderação se apura qual o princípio possui maior peso no caso concreto, assim: “Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que contem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.” Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 94.

⁹⁰ P_1 = Princípio 1; \mathbf{P} = Precedência; P_2 = Princípio 2; C = Condições.

⁹¹ ALEXY, 2015, op. cit., p. 97-98; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 50.

⁹² Canotilho apresenta ideia semelhante, porém com uso da terminologia “*conflito*” e escreve: “O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir *fenómenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre vários actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses consubstancialmente diferenciados e até antagonísticos ou contraditórios. O *consenso fundamental* quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é obvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador. A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios e a necessidade (...) de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso.” Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1182.

⁹³ Sobre isso, ver: TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017.

precedência, teríamos a seguinte moldura: $(P_1 P P_2)C$, ou seja, o princípio da ofensividade teve precedência em relação ao princípio da intervenção penal necessária na situação concreta.⁹⁴

Para não gerar confusão entre as ideias que serão e estão sendo defendidas, o exemplo acima, mesmo na sua simplicidade latente, serve para ilustrar uma colisão de princípios no caso concreto. A seguir, analisar-se-á o conflito entre princípios e regras.

2.1.2.3 “Colisão” entre princípios e regras (?)

Uma vez compreendidos os princípios e as regras enquanto espécies de normas jurídicas, existindo hipóteses de colisão entre princípios e conflitos entre regras, mostra-se plausível admitir colisões envolvendo princípio e regra. Essa situação é bem mais complexa (e menos desenvolvido pela doutrina) no âmbito da teoria dos princípios, pois as duas possíveis respostas se mostram problemáticas, a saber:

- (a) Havendo colisão entre princípio e regra deve-se proceder o sopesamento entre ambos com o escopo de averiguar qual norma irá prevalecer. Ocorre que, nessa situação, o argumento acima exposto acerca do caráter definitivo das regras (garantia de direito ou imposição de dever) não se sustenta porque pode haver casos onde uma regra, sendo válida e aplicável, seja afastada, sem, contudo, perder sua validade. Vale lembrar que um eventual sopesamento só poderia envolver

⁹⁴ “A zona de tensão gerada pelo conflito entre os princípios de necessária ofensividade e da intervenção penal é responsável unicamente pela construção dos limites da própria ofensividade, ou seja, ponderando os interesses intervencionistas de prevenção geral positiva, entre outros interesses de política criminal, com a garantia da necessária ofensa, obtém-se o desenvolvimento das hipóteses de ofensividade admissíveis em um conceito *lato* de ofensividade e, por sua vez, o *âmbito possível de tutela jurídico-penal*. Entretanto tal zona de tensão não é capaz de extrapolar os limites da própria ofensividade, em função da particularidade de, ao derivarem de um mesmo princípio, serem, em realidade, princípios conformadores do princípio originário de tutela de bens jurídicos, estando, assim, restritos ao seu *âmbito de proteção*. Afinal, não podemos admitir que, em prol de um valor contido no princípio da ofensividade, além do seu próprio *domínio normativo*. Toda e qualquer intervenção que assim se pautar está fadada necessariamente à inconstitucionalidade. Estaria a infringir o princípio-garantia da ofensividade, assente em um interesse absolutamente estranho ao seu próprio âmbito normativo-constitucional, em um interesse, por esse exato motivo, ilegítimo. Aliás, o espaço suscetível de incidência que compõe esse domínio normativo emerge com destacada limpidez se considerarmos que o princípio-garantia de ofensividade está, como já referido, adstrito ao direito fundamental à liberdade, cuja proteção constitucional somente pode ser ponderada mediante idêntico interesse constitucional de proteção de outros bens jurídicos, como a vida, a integridade física, etc., mas nunca posta em xeque no mero intuito de, v.g., otimizar ou facilitar funções administrativas que nem sequer constituem, em si mesmas, bens jurídicos e que, exatamente por isso, já encontrariam evidentemente fora do âmbito de tutela do princípio originário.” Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Contributo para compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 68-69. (grifo do autor).

normas possuidoras da dimensão do peso, característica não pertencente às regras.⁹⁵

- (b) Havendo colisão entre princípio e regra deve-se solucionar o caso no âmbito da validade. Seria necessário admitir que, quando um princípio precisar ceder em face de outra norma *in casu*, ele deverá ser expelido do ordenamento jurídico. Ocorre que tal argumento não se sustenta se levar em conta a ideia já exposta no sentido de que um princípio não perde validade nos casos em que sua aplicação for restringida em razão da aplicação de outra norma.⁹⁶

A grande parte das respostas a esses tipos de argumentos partem de duas notas de rodapé nos trabalhos de Alexy,⁹⁷ que não enfrenta rigorosamente a questão. A solução seria a seguinte: quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve-se proceder ao sopesamento. Porém, esse sopesamento não ocorre entre princípio e regra, uma vez que as regras não são sopesáveis (não possuem a dimensão do peso).⁹⁸ Em realidade, o sopesamento que ocorre se dá entre o princípio colidente com o princípio que serve de suporte à regra. Entretanto, tal solução também apresenta problemas porque dá a ideia de que o aplicador do direito está “livre” sempre e em qualquer situação para afastar a aplicação de determinada regra por entender que há um princípio mais importante justificante desse afastamento.⁹⁹ Isso seria inaceitável em razão do alto grau de insegurança jurídica gerado, pois, justamente, uma das funções mais importantes das regras dentro do ordenamento jurídico é aumentar o grau de segurança ao aplicar o Direito.¹⁰⁰ Tal segurança é obtida “quando uma instância tem a

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004.; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 94; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 51.

⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 51.

⁹⁷ ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. **Archives Rechts und Sozialphilosophie**, Beiheft, 25/21, p. 20, nota 38; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90, nota 24. (A indicação da fonte na língua originária partiu do trabalho de Silva: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 52).

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004.

⁹⁹ “Ora, o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes dizem que é (...) Portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos (...) Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedades devem ser afastadas.” Cf. STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica (em)crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 166-167.

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 52.

competência de definir uma determinada linha”.¹⁰¹ Em um Estado Democrático de Direito essa instância é o legislador, e essa linha é definida pelas regras criadas por ele.¹⁰²

Na realidade seria equivocado falar em colisão entre princípios e regras,¹⁰³ pois, em geral, ocorre um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios garantidores de direitos fundamentais que tem como resultado uma regra de direito ordinário. Destarte, a relação entre princípio e regra não seria propriamente “colisão”, mas restrição, e a regra é a expressão dessa restrição. Assim, a regra deveria ser aplicada por mera subsunção.¹⁰⁴

Mas existem casos em que o cenário pode ser mais complexo. O primeiro a ser apontado – e o mais comum –, é a existência de dúvidas quanto à constitucionalidade da regra, competindo ao magistrado realizar esse controle. O caso é simples, pois o resultado desse controle pode ser ou pela declaração de constitucionalidade da regra – nesse caso deve ser aplicada por subsunção –, ou pela inconstitucionalidade em razão de outro princípio entendido como sendo mais importante naquela determinada situação descrita pela regra ao qual o legislador deu primazia – nesse caso, a regra é declarada inconstitucional e, portanto, a situação de colisão desaparece sem modificar os critérios mencionados.¹⁰⁵

Mais problemáticos são aqueles casos em que aplicar a regra por mera subsunção, *in casu*, levaria a situações incompatíveis com algum princípio constitucional decisivo ao caso concreto, sem que essa incompatibilidade possa ser verificada em abstrato e, doravante, sem que existam razões à inconstitucionalidade da regra.¹⁰⁶

Um *case* pode ilustrar bem a situação: na estreia de uma peça de teatro de um renomado diretor, ao final da apresentação, ele foi grosseiramente vaiado e ofendido pelo público presente. Como reação, o diretor mostrou as nádegas ao público, sendo acusado pela prática de ato obsceno. O art. 233 do Código Penal Brasileiro prevê como crime punível com detenção de três meses a um ano, ou multa, a prática de ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. A solução mais simples (e talvez mais temerária em âmbito jurídico-penal) seria afirmar a tipicidade da conduta, aplicando a regra por mera subsunção.

¹⁰¹ BOROWSKI, Martin, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 52, nota 36.

¹⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 52.

¹⁰³ Por isso a interrogação do título deste item está entre parênteses.

¹⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 52-53.

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 52-53.

¹⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

É possível que alguém veja no caso relatado acima uma colisão entre a regra penal em questão e o princípio constitucional que garante a liberdade de expressão. Mas como a regra não é considerada em abstrato inconstitucional, a solução viável seria o recurso ao sopesamento entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio que sustenta a regra que pune o ato obsceno (proteção da ordem pública e, subsidiariamente, dos bons costumes). Nesse caso, decidindo-se pela prevalência da liberdade de expressão, deve-se aceitar que existem regras que, mesmo aplicáveis a um caso concreto, podem eventualmente não ser aplicadas, mas isso contraria o caráter definitivo das regras, motivo pelo qual deve ser descartada ao menos nesses moldes.¹⁰⁷

Para tal colisão seria possível, por exemplo, excluir a tipicidade da conduta do agente e, para essa exclusão pode-se utilizar variadas formas de argumentação jurídica, inclusive o sopesamento.¹⁰⁸ Mas nesse caso o sopesamento não seria uma forma de aplicação do direito, pois se trata de colisão envolvendo uma regra, mas uma forma meramente argumentativa. Em sentido semelhante foi a decisão do STF para o referido caso, no qual entendeu que, levadas as circunstâncias onde se deram os fatos – momento seguinte a uma apresentação teatral que tinha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual, após manifestação desfavorável de um público adulto e às 2hs da manhã -, entendeu-se atípica a conduta praticada pelo diretor, que, apesar de inadequada ou deseducada, configuraria apenas uma demonstração de protesto ou reação contra o público, que estaria inserida no contexto da liberdade de expressão.¹⁰⁹

Porém, nem toda “colisão” entre princípio e regra pode ser solucionada mediante a exclusão do tipo penal, até porque essas “colisões” não acontecem apenas nesse âmbito. Em outros casos ocorre exatamente o contrário, i.e., é necessário a inclusão de uma conduta – um estado ou uma posição jurídica na proteção de um direito fundamental, contudo tal inclusão encontra óbices no preceito contrário à regra.¹¹⁰

A estratégia acima mencionada pode ser considerada uma espécie de sopesamento entre o princípio que sustenta e regra e o princípio com ela colidente, mas não é um sopesamento que se repete a cada decisão, pois, uma vez consolidado o entendimento em determinado sentido, cria-se uma regra que institui uma exceção à regra proibitiva. A diferença é que ela não decorre de uma disposição legal, mas de uma construção

¹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 53.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: CEC, 1989. Passim.

¹⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). HC 83.996-RJ. Rel. Min. Carlos Velloso. **DJe**, Brasília, DF, 26 ago, 2004.

¹¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 53.

jurisprudencial, e seu processo de surgimento e aplicação é o mesmo. Neste sentido, pode-se falar em sopesamento apenas no processo de surgimento, não no processo de aplicação: uma vez criada a exceção, vale para ela também o raciocínio de direito ou dever definitivo, característica própria das regras.¹¹¹

Avancemos agora numa linha mais vertical de apreensão acerca da Teoria do Crime e seus elementos numa perspectiva analítica, de acordo com os pressupostos que nos servem de guia.

2.2 TEORIA DO CRIME

2.2.1 Ação

2.2.1.1 Conceito causal

O conceito de ação evoluiu no século XIX, primeiramente a partir de autores como von Liszt e Beling, que consideravam a ação dentro de um sistema guiado pelo naturalismo. Para Liszt, a ação é “o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança no mundo exterior referível à vontade do homem.”^{112,113}

¹¹¹ Como exemplo: “O caso do furto de bagatela é semelhante: cria-se uma regra que será aplicada por subsunção sempre que o fato se enquadrar na sua hipótese (furto de coisa de valor ínfimo).” Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 56, nota 41.

¹¹² Para Liszt: (...) compõe a idéia de acção e, portanto, a de crime: acto de vontade e resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referencia do resultado ao acto. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior à vontade humana: 1º quando a mudança foi causada voluntariamente; 2º quando voluntariamente não foi impedida. A comissão e a omissão são as duas formas fundamentaes da acção e consequentemente do crime.” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: FC Bridigiet, 1889. p. 193.

¹¹³ Quanto as funções atribuídas à ação, nos valem da crítica formulada por D’Avila: “Por anos a doutrina penal buscou um conceito de ação que pudesse ser definido em um momento prévio às valorações jurídico-penais e, desse modo, independente dos juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Buscava-se uma espécie de elemento primeiro, de denominador comum da noção de crime, presente em todas as diferentes formas de manifestação do ilícito-típico. Um elemento que, uma vez identificado em um momento pré-jurídico (ou, ao menos, pré-típico), teria potencialidade de servir como pedra angular de toda a construção teórica do crime, sem, todavia, predeterminar essa estrutura. Entendido nesses termos, competiria ao conceito de ação três funções fundamentais: (i) função de classificação (elemento básico), segundo a qual todas as formas de expressão do ilícito-típico – comissivas ou omissivas, culposas ou dolosas – devem corresponder a diferentes espécies de um mesmo gênero representado pela ação; (ii) função de união (função de definição e elemento de união), a qual exige da ação um conteúdo material apto a reunir os juízos de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e, para alguns, também punibilidade, de forma a tornar-se o substantivo ao qual são vinculados os atributos típico, ilícito e culpável, ou ainda, na expressão de Roxin, a “coluna vertebral” de todo o sistema penal. O conceito de ação não deve, porém, antecipar qualquer juízo de imputação, mantendo-se neutro em relação aos demais elementos do crime; (iii) e, por fim, a função de delimitação, através da qual o conceito de ação deve ser capaz de excluir todos os fenômenos que, de antemão, possam ser considerados indignos de qualquer consideração jurídico-penal, funcionando como o primeiro grande filtro do sistema penal.” Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do

Beling não seguiu caminho diverso ao de Liszt, entendendo que a ação deveria ser compreendida como “um comportamento corporal (fase externa, ‘objetiva’ da ação) produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de inervação muscular, ‘voluntariedade’), (fase interna, ‘subjéctiva’ da ação)”,¹¹⁴ ou seja, trata-se de um “comportamento corporal voluntário” que consiste em um fazer (ação positiva),¹¹⁵ i.e., um movimento corporal, como, por exemplo, levantar a mão.¹¹⁶ Já um “não-fazer” (omissão) refere-se à distensão dos músculos.¹¹⁷

Com efeito, as conceituações de ação tanto em Liszt quanto em Beling, em que pese terem delimitado como excludentes da ação todos os resultados determinados sem a ocorrência da exigida vontade – enquanto exteriorização corporal voluntária -,¹¹⁸ apresentam alguns inconvenientes de ordem prática.¹¹⁹ Isto porque o conceito natural de ação, mesmo restringindo seu âmbito de incidência, cria sérios problemas oriundos da análise das figuras

conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., 2014, p. 135-164, p. 135. Sobre isto, ver: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 238; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: Parte geral**. São Paulo: Coimbra Editora/RT, 2007.; MARINUCCI, Giorgio. **Il reato come “azione”**: Critica di un dogma. Milano: Giuffrè, 1971. p. 3.

¹¹⁴ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho penal**. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

¹¹⁵ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho penal**. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 42.

¹¹⁶ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho penal**. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 42.

¹¹⁷ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho penal**. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

¹¹⁸ “A voluntariedade na comissão ou na omissão, não quer dizer livre arbítrio no sentido metaphysico, mas isenção de coacção mecânica ou psychophysica. Não se dá acção por parte daquelle que, em um ataque de convulsão, damnifica objectos alheios ou que, em razão de uma syncope, não pôde cumprir o seu dever; não se dá acção por parte de quem é coagido pelo poder physico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma cousa.” Cf. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: FC Bridigiet, 1889. p. 197. Em Beling: “De punibilidad sólo puede hablarse en relación con una acción determinada de cierto individuo. El delito sólo en eso puede consistir, y no 1) en una propiedad del hombre (por ej. en su ‘peligrosidad’, ésta es sólo una condición para ‘medidas de seguridad’); 2) en un estado del hombre (enfermedad, sueño, etc.); 3) en el simple querer o pensar o algo que sea puramente interno. El querer no ejecutado no es punible. *Cogitationis poenam nemo patitur*. El pensamiento no es punible; 4) en un comportamiento del cuerpo que no provenga de la propia voluntariedad, sino que surja mecánica o automáticamente, ya sea: a) que el hombre esté inconsciente (actividad e inactividad durante el sueño, en un desmayo, en ebriedad completa, en hipnosis; también a consecuencia de amenazas cuando éstas hacen perder la conciencia al amenazado de tal modo que no sabe lo que hace; su voluntad está paralizada); b) que el hombre, no obstante ser consciente de su comportamiento corporal, sea sólo juguete de excitaciones irresistibles que se producen en el cuerpo como mecanismo físico, llamados movimientos reflejos, p. ej., estornudar; o bien sea que su propia disposición sobre sus movimientos corporales esté excluida por la coacción irresistible, ejercida por otro hombre, o por una amenaza que quebrante totalmente la voluntad los llamados movimientos pasivos (p.ej., A tomando la mano a B, inútilmente resistente, le hace disparar una escopeta; A obra, B no).” Cf. BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho penal**. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 42-43.

¹¹⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, julho-setembro, 2014, p. 135-164, p. 136; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 88.

típicas, como, por exemplo, caracterizar a injúria como uma típica, antijurídica e culpável provocação de vibrações do ar e de processos fisiológicos no sistema nervoso do ofendido, ou, ainda, que a falsificação documental como movimento muscular punível, beira o ridículo.¹²⁰

Com isso, o conceito causalista de ação restou abandonado, adotando-se um método específico para a ciência do espírito – Ciência do Direito – de modo que pudesse comprovar sua cientificidade, tornando-a independente, pois a realidade possui um conteúdo axiológico, podendo diferenciar-se o que é humano do que pertence à natureza.¹²¹

No pós-2ª guerra ressurgiu o interesse aprofundado da dogmática penal,¹²² surgindo a fundamentação finalista do conceito de ação. É o que se verá a seguir.

2.2.1.2 Conceito final de ação

Welzel, assombrado com as consequências nefastas produzidas pelo totalitarismo de Hitler, desenvolveu seu conceito de ação com base em uma estrutura ontológica, afastando o conceito causal ou naturalista e estabeleceu um conceito final da ação nos seguintes termos: “La acción es, por lo tanto, un acontecimiento ‘finalista’ y no solamente ‘causal’.”¹²³ Para Welzel, a finalidade (ou atividade finalista da ação) tem como ponto central o fato de que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever em determinada escala as

¹²⁰ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**: Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 243.

¹²¹ CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 88.

¹²² “O conceito causal de ação, como movimento corporal, divide-se num processo causal externo (objetivo) e num conteúdo interno da vontade (subjetivo). A atuação ativa do autor, ou sua inércia, é a comprovação da existência de uma ação, sendo o conteúdo da vontade um elemento que tem relevância na culpabilidade (dolo ou culpa), numa concepção psicológica, que pautou o sistema Liszt-Beling. A concepção normativa de culpabilidade, do positivismo-jurídico de Mezger, admitiu uma valoração na culpabilidade e não apenas uma situação psicológica, embora, na análise da responsabilidade tivesse de aceitar um nexo psicológico do autor com o resultado (...) O movimento contrário ao neokantismo foi formulado pela Escola de Kiel, onde se identificam seus expoentes, Dahm e Schaffestein, durante o domínio do nacional-socialismo. O delito era um sentimento depravado que refletia a expressão de caráter de seu autor. Esta direção levou a um irracionalismo inaceitável que teve seu fim com a Segunda Guerra Mundial, não havendo, hoje, após a consciência de males que determinou esta postura, quem possa defendê-la ou aceitá-la como científica.” Cf. CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 89. Sobre isto, *vide*: MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 126-144: “No Nacional Socialismo, o esforço oriundo do iluminismo para limitar o poder por lei se transforma em seu oposto: a lei é adaptada ao instrumento do poder e é o desenho desse objetivo. A própria lei (nacional-científica) se vê como ‘ciência política’ a serviço do Nacional Socialismo. Do ponto de vista atual, a literatura jurídico-teórica após 1933 lê como uma competição de direito para o melhor fluxo possível através da demandada renovação racial-étnica da lei como o objetivo da política jurídica do Nacional Socialismo”. Cf. MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 127. Ainda: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006.; WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Astrea, 1951. p. 9-12.

¹²³ WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Astrea, 1951. p. 19.

consequências possíveis de uma atividade, propor objetivos de índole distinta e dirigir sua atividade segundo um plano à obtenção desses objetivos.¹²⁴ Desse modo, sobre a base de seu conhecimento causal prévio, o homem estaria em condições de dirigir os diversos atos de sua atividade de tal forma que dirige o suceder causal exterior até o objetivo e o determina, assim, de maneira finalista:¹²⁵

La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es “vidente”, la causalidad es “ciega”.¹²⁶

A principal diferença da proposta de Welzel em relação ao causalismo foi a alocação do dolo e da culpa, que até então eram tidos como nexos psicológico ou normativo da culpabilidade, para o tipo penal.¹²⁷ Com tal mudança no conceito de ação nos moldes do finalismo, ocorreu a interferência em diversos institutos do Direito Penal, com imediatas consequências à análise dos demais elementos do crime.¹²⁸

A atividade final englobou, para Welzel, tanto a ação como a omissão, de maneira que, para esta, em menor proporção, o ordenamento jurídico determina a execução de ações para a conservação de um estado desejado socialmente (bem jurídico), cominando pena para a omissão de tais ações.¹²⁹ Entretanto, como parte da construção do saber científico, a proposta welzeniana sofreu duras críticas,¹³⁰ chegando ao ponto de Schmidhäuser declarar, em meados da década de 1980, que bastou uma década e meia para a derrocada da teoria final da ação.¹³¹

¹²⁴ WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Astrea, 1951. p. 20.

¹²⁵ WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Astrea, 1951. p. 20.

¹²⁶ WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Astrea, 1951.

¹²⁷ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 245.

¹²⁸ CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 90.

¹²⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traducción de Juan Bastos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 45.

¹³⁰ “Em oposição a esse modelo, todavia, levantam-se inúmeras críticas, que, conquanto tenham sido repetidamente consideradas pelas tentativas de correção não só de Welzel como de muitos outros finalistas, não obtiveram respostas satisfatórias. No que tange muito particularmente à função classificatória, em relação à qual a manutenção de um critério ontológico de causalidade já deixa intuir as dificuldades, os problemas se tornam absolutamente insuperáveis. Não há causalidade ontológica na omissão e, por isso, menos ainda, a possibilidade de controlar o curso causal no sentido de atingir os fins planejados. E se isso é assim, simplesmente não há como reconhecer na omissão uma ação em sentido final.” Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 152.

¹³¹ SCHMIDHÄUSER *apud* ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 244, nota 34.

Os discípulos de Welzel não abandonaram o conceito final de ação, porém o modificaram no decorrer dos anos, recepcionando as várias críticas que foram feitas à época, especialmente quanto à culpa *stricto sensu*, no dolo eventual e no dolo direto, pois que em tais hipóteses o agente não teria como direcionar sua ação a um fim determinado.¹³²

Em face das inúmeras críticas feitas ao conceito final de ação proposto por Welzel, o precursor da teoria finalista se viu obrigado a contestá-las, perfazendo muitos pontos da sua ideia original, mantendo, contudo, a estrutura ontológica da ação final.¹³³ No âmbito da culpa *stricto sensu*, depois de receber críticas de Kaufmann,¹³⁴ Welzel iria afirmar que a ação neste em nada diverge da ação no crime doloso, falando, inclusive, em uma teoria cibernética da ação, na qual o governar e dirigir estaria correto para ação culposa. Ou seja, uma ação governada e dirigida pela vontade, mesmo reconhecendo a expressão “finalidade” como característica fulcral de sua teoria.^{135,136}

Atualmente o conceito final de ação ainda encontra ressonância no Direito Penal brasileiro,¹³⁷ mas em razão dos problemas referentes à ação final dirigida voluntariamente a um resultado pretendido perdeu em importância. Mas isso não impede de reconhecer o impulso dado por Welzel para a evolução da teoria do crime no Direito Penal contemporâneo.

¹³² CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 90; D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 152.

¹³³ CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 90; D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 90; D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 152. p. 152-153; ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 244.

¹³⁴ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 244; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 90.

¹³⁵ JAÉN VALLEJO, Manuel. **El concepto de acción en la dogmática penal**. Madrid: Colex, 1994. p. 45.

¹³⁶ “Em uma dimensão verdadeiramente ontológica, a própria ‘categoria da capacidade’ de ação é inimaginável. Sua natalidade está condicionada a exigências axiológicas estabelecidas, *in casu*, pela norma penal. Somente haverá omissão, caso haja uma determinação de agir, caso o sujeito tenha deixado de praticar uma ação que era dele exigida. Não há como se cogitar a omissão de uma ação, sem o dever de praticá-la. Assim, para a formulação de um qualquer juízo acerca da ‘omissão de uma ação’, é preciso uma referência típica prévia à consideração acerca da ação final, de forma a identificar a existência de um dever descumprido, o que, por conseguinte, como se percebe, subtrai totalmente a pretendida dimensão ontológica pré-típica do finalismo.” Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 153. Críticas também em: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 244.

¹³⁷ SANTOS, Jurarez Cirin. **Direito penal**. Parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 100; REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: Parte geral. São Paulo: RT, 2008. p. 189; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259-267.

2.2.1.3 Conceito social de ação

O conceito social de ação teve sua origem em época anterior à teoria final da ação, mas apenas nas últimas décadas adquiriu seu significado atual.¹³⁸ Schmidt, ao reelaborar o tratado de Liszt, definiu a ação como sendo uma conduta voluntária em relação ao mundo externo social,¹³⁹ em clara oposição a Liszt, escrevendo que “a ação não nos interessa como fenômeno fisiológico desde pontos de vistas das ciências naturais, senão como fenômeno social na ‘direção de seus efeitos em relação à realidade social’”.¹⁴⁰

Em consonância com Schmidt, Engisch conceitua a ação como sendo a produção voluntária de consequências calculáveis socialmente relevantes, ao passo que para Maihofer a ação seria todo comportamento objetivamente dominável dirigido a um resultado social objetivamente previsível.¹⁴¹ Contudo, tanto a proposta de Engisch quanto a de Maihofer possuiriam melhor sentido dentro da teoria da causalidade adequada, com a consequente exclusão da responsabilidade.¹⁴²

A versão mais atualizada da teoria social da ação se deu através de Jescheck, que entende ser a ação toda a conduta socialmente relevante,¹⁴³ sendo a conduta uma resposta do homem à exigência situacional reconhecida – ao menos reconhecível – através da realização de reação disponíveis graças à sua liberdade. Assim, o conceito social da ação engloba todas as modalidades de conduta que se têm em conta para o ajuizamento penal; além disso, encerra os contornos de uma definição que somente descreve abstratamente a ação e também o faz em sua essência material de modo concreto. Deste modo, podem ser melhor determinados os elementos gerais do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), excluindo-se aquele tipo de comportamento que não possam ter significado algum desde uma perspectiva penal.¹⁴⁴

¹³⁸ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 248.

¹³⁹ LISZT; SCHMIDT *apud* ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 248, notas 53-54.

¹⁴⁰ SCHMIDT *apud* ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 248, nota 55.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 248; JAEN VALLEJO, Manuel. **El concepto de acción en la dogmática penal**. Madrid: Colex, 1994. p. 57; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 90.

¹⁴² CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 91.

¹⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002. v. 1. p. 240.

¹⁴⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002. Para Jescheck: “no constituyen acción los reflejos corporales puramente somáticos en los que el movimiento o la ausencia del mismo se desencadena de modo inmediato a través del correspondiente estímulo del sistema nervioso, al igual que sucede con los movimientos corporales en situación de inconsciencia o, finalmente, con

A elaboração do conceito social de ação apresenta evidentes vantagens, em especial no que se refere à função classificatória. Isto porque ação e omissão, dentro dos limites inerentes ao mundo do ser, apresentam-se como insuscetíveis de redução a um único conceito, porém não o são a partir de uma dimensão normativa. Tanto a ação como a omissão podem ser percebidas em uma dimensão valorativa pré-típica, com base na relação do comportamento humano com o meio ambiente ou, ainda, quanto à omissão, partindo de expectativas de ação socialmente fundadas. Com base em tais pressupostos, seria viável, em tese, elevá-los a um conceito único, vinculado ao juízo de valor prévio à juridicidade penal.¹⁴⁵

Como não poderia deixar de ser, o conceito social de ação também possui falhas incontornáveis, restando fracassada assim como as anteriores quanto ao atendimento às múltiplas funções atribuídas à ação como supraconceito (*Oberbegriff*).¹⁴⁶ Em atenção às críticas de D'Avila, acompanhando Roxin,¹⁴⁷ na realidade a teoria social da ação não apresenta propriamente um conceito de ação, ou seja, um substantivo vinculante dos atributos típico, ilícito e culpável, referentes à função de união. Tão somente aduz um predicado à ação, representado pela relevância social, que se transforma no grande desafio da teoria social da ação: definir o que seria *socialmente relevante*.¹⁴⁸

Com uma noção extremamente ampla de relevância social, é possível afirmar que todas as condutas que o conceito de ação almeja excluir (coação física irresistível, atos em estado de inconsciência e movimentos reflexos) seriam, em verdade, socialmente relevantes, subvertendo, deste modo, a função delimitadora.¹⁴⁹ Assim, o juízo de relevância social acaba por se aproximar em demasia ao tipo legal de crime, confundindo-se com a valoração inculpada no tipo, esvaziando a função de união.¹⁵⁰

los efectos que se derivan de la fuerza irresistible (*vis absoluta*).” JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002. p. 240.

¹⁴⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 155. No mesmo sentido, ver: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 250.

¹⁴⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 155.

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 250.

¹⁴⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 155.

¹⁴⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 155. No mesmo sentido, ver: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 249.

¹⁵⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n.

2.2.1.4 Conceito de ação no Direito Penal Contemporâneo

Após as tentativas frustradas de conceituar ação em direito penal pela teoria causal, final e social da ação, atualmente, nos movimentos pós-finalistas e, na sua maioria, de matriz funcionalista, continuaram a empreender seus esforços com o objetivo de definir a ação sob uma perspectiva negativa ou pessoal. Contudo, sob a base de orientação onto-antropológica, pós-finalista e não-funcionalista, sobretudo a partir dos estudos feitos por D'Avila, chega-se a um conceito de ação de caráter crítico em relação às propostas funcionalistas e suas antecessoras, inserindo a ação como marco zero da estrutura do crime: a realização típica.¹⁵¹

Primeiramente, passa-se ao estudo das propostas contemporâneas (de matriz funcionalista ou não) para, em um segundo momento, realizar uma abordagem crítica a tais elaborações e, como conclusão, adotar um conceito (adequado) de ação que melhor se enquadre na compreensão que adotamos acerca do Direito Penal. Assim, passa-se ao estudo do conceito negativo de ação.

Nos últimos tempos e com diversos pontos de partida, vários autores têm buscado desenvolver um novo fundamento para definir o conceito de ação em Direito Penal com base num “conceito negativo de ação”, tendo como ideia convergente a incidência do “princípio da evitabilidade”.¹⁵² O autor que utilizou tal princípio pela primeira vez a fim de obter um conceito unitário e negativo de ação foi Herzberg,¹⁵³ em um conceito que abarca tanto a ação quanto a omissão. Para Herzberg, a ação em Direito Penal é o não evitar evitável em posição de garante.¹⁵⁴ Tal formulação recebe contornos similares em Behrend (ação é a não-avoidance

54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 156-157. Críticas também em: CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 92.

¹⁵¹ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 136.

¹⁵² D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 157. No mesmo sentido, ver: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 251.

¹⁵³ Obra original: HERZBERG, Rolf Dietrich. **Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip**. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 177. (citado por D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 157; ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 251)

¹⁵⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 157; ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 251.

evitável da situação típica),¹⁵⁵ e, atualmente, é defendida por Jakobs (ação é a causação do resultado individualmente evitável).¹⁵⁶

Em tal conceito – especialmente em Jakobs –, apenas a pessoa física pode praticar ações, não sendo possível à pessoa jurídica, pois o importante para o injusto penal não seria a ação, mas um conceito capaz de determinar o que é o sujeito e o que é a ação. Assim, o mundo exterior para o sujeito e o vínculo deste com o mesmo, caso de imputação, tornam-se elementos de análise. A capacidade individual de direção da ação, enquanto expressão do sentido individual, não se refere às propriedades psíquicas, mas é uma questão de saber-se o que é um sujeito e quando poderá responder pelos resultados de sua organização.¹⁵⁷ É possível afirmar que a construção da conceituação de Jakobs, em sua teoria funcionalista sistêmica, leva a considerar que só há ação quando houver a imputação objetiva. A imputação como fator normativo atribui à ação uma causação imputável, porque do contrário, estar-se-ia no âmbito da natureza, considerando o fato apenas biopsicológico, o que não seria relevante para o Direito Penal.^{158,159}

Também sob uma perspectiva funcionalista (funcionalismo “moderado”), Roxin propõe seu *conceito pessoal de ação*, entendendo que a ação é a manifestação da personalidade. Para Roxin, primeiramente trata-se de ação tudo aquilo que se pode atribuir a

¹⁵⁵ BEHRENDT, *apud* D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 157.

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 172. Para Jakobs, “La causación del resultado individualmente evitable es el supraconcepto que engloba el actuar doloso e (individualmente) imprudente. El conocimiento de la ejecución de la acción y en su caso de sus consecuencias (en el dolo), o la cognoscibilidad individual (en la imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción y, por tanto, al injusto.” JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 174.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 172.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 177.

¹⁵⁹ “Elaborado nesses termos, o conceito negativo tem enfrentado pontos de oposição irrefutáveis. Já à partida, equivoca-se em uma questão fundamental. Da mesma forma que as tentativas de elaboração de um conceito unitário de ação a partir da ação positiva (ação em sentido estrito) fracassam ao generalizar indevidamente elementos estranhos ao fenômeno omissivo, também a tentativa de elaboração de um conceito unitário a partir da omissão, dando origem a uma espécie de “supraconceito de omissão”, enfrenta problemas de igual natureza. A generalização de elementos próprios da conduta omissiva não apenas transporta para o agir uma realidade que não lhe é condizente, como, em razão da própria natureza normativa da omissão, acaba por antecipar na pré-tipicidade elementos de imputação. Como é facilmente perceptível, a evitabilidade de um determinado resultado não é uma questão que possa ser resolvida em âmbito pré-típico, mas problema específico de imputação penal ou, mais propriamente, de imputação objetiva.” Cf. D’AVILA, 2014, op. cit., p. 157. Ver, ainda: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 252-253; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 92; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002. v. 1. p. 238.

um ser humano como centro anímico-espiritual de ação.¹⁶⁰ Com tal conceito funcional, a manifestação da personalidade seria o elemento hábil e idôneo para abarcar todos os tipos de ações (comissivas, omissivas, etc.), atingindo a totalidade. Ficariam excluídos de tal conceito a *vis absoluta*, o pensamento e as atitudes interiores não exteriorizadas.¹⁶¹

Roxin explica seu conceito aduzindo que a manifestação da personalidade, que se liga com o modo pré-jurídico de compreender a ação, não se distancia da concepção da vida de um modo naturalista (movimento muscular) ou normativista (não evitar o evitável), englobando o fragmento da realidade relevante para uma primeira e prévia valoração jurídica. Assim, a situação real do crime aparece como uma manifestação da personalidade (típica, ilícita e culpável).¹⁶² Roxin entende que seu conceito de ação difere do natural e do final, aceitando as noções de “social” e “negativo”, sendo um conceito normativo, porque o critério da manifestação da personalidade designa um aspecto valorativo, com relevante significado para a análise da ação. Ainda, tendo em conta a realidade da vida, possibilita considerar-se os últimos conhecimentos da investigação empírica.¹⁶³

Em que pese os méritos da proposta de Roxin, ela contém um problema de proporção imensurável, que se refere à amplitude do termo “personalidade”, ora confundindo com “dominabilidade”, ora com “controlabilidade”, o que acaba sendo insuficiente para apurar a essência do conceito de ação em Direito Penal.¹⁶⁴

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 256.

¹⁶¹ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 256.

¹⁶² ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 260.

¹⁶³ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 261.

¹⁶⁴ “O conceito de Roxin, em que pesem os seus méritos, não tem melhor sorte que os demais. Já à partida, percebe-se uma problemática dependência, senão mesmo identidade, entre as noções de personalidade e dominabilidade/ controlabilidade: para que uma determinada manifestação humana possa ser considerada manifestação da personalidade, é preciso ser, ao menos, dominável pela vontade e pela consciência. Esse recurso, presente também na teoria social, sujeita-se às mesmas críticas lá formuladas. Dominabilidade e controlabilidade não são propriamente elementos ontológicos, mas sim critérios de imputação. Além disso, não é aplicável a todos os casos, como bem ilustra as hipóteses de movimentos reflexos e ações automáticas no trânsito. Este controvertido grupo de casos – já levantado como motivo de objeção às teorias causal e final em razão da ausência de voluntariedade e finalidade, respectivamente – são caracterizados justamente pela falta de “reflexão consciente”, o que, aliás, reconhece o próprio autor. E se isso é assim, se não são providos de consciência, não se pode falar em dominabilidade pela vontade e consciência. Para superar o problema, Roxin reconhece a existência de uma “direção final interna” ou “finalidade inconsciente” e defende a presença do que denomina “adaptação do aparato anímico a circunstâncias ou eventos do mundo exterior”, a qual, segundo afirma, estaria inserido na ideia de personalidade. O caminho proposto, porém, não conduz a bom termo. Pelo contrário. Ao invés de contribuir para a solução da questão, o surgimento desse novo critério leva a três objeções que alcançam a teoria como um todo. Primeiro, que a sua elaboração atende à “necessidade” jurídico-penal de reconhecer aqui uma ação. Em outras palavras, que o conceito pessoal de ação está, na verdade, informado pelo próprio tipo penal e, assim, busca conformar aquilo que é jurídico-penalmente interessante, defraudando desse modo a função de união. Segundo, que a possibilidade de reconhecer uma “direção final

Como esposado nas linhas acima, o conceito de ação em Direito Penal sempre gerou controvérsias de diversas ordens: seja pela estrutura causalista de ação, seja pela estrutura exclusivamente ontológica da ação finalista, enfim, mesmo com as doutrinas pós-finalistas o termo não alcançou consenso. E não poderia ser diferente: é praticamente impossível estabelecer um supraconceito (*Oberbegriff*) de ação pré-típico que seja capaz de englobar aquelas ações relevantes em termos jurídico-penais.

Dentro do cenário nacional, o finalismo welzeniano ainda encontra ampla guarida,¹⁶⁵ mas há estudos atualizados que incorporaram pressupostos jurídico-filosóficos para fundamentar o conceito de ação, como, por exemplo, a teoria significativa da ação,¹⁶⁶ assim como a teoria da ação como agir comunicativo,¹⁶⁷ que, embora apresentem denominação diversa e partam de bases diferentes, apresentam muitas semelhanças.

interna” – conceito que reclama um maior desenvolvimento – estaria prejudicada a priori pelo critério inicial de dominabilidade. Não se pode esquecer que, para Roxin, somente é manifestação da personalidade, aquilo que for dominável pela vontade e consciência, aqui inexistente. A sua inserção, portanto, como categoria secundária (i.e., posterior ao critério “vontade e consciência”) é impossível e, se anterior, termina por esvaziar o critério inicial. Terceiro, que esta multiplicidade de critérios extraídos do conceito de personalidade implica uma noção de personalidade excessivamente aberta e pluriforme, incapaz de atender adequadamente à função de delimitação.” Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, p. 135-164, jul./set. 2014.

¹⁶⁵ Por exemplo: SANTOS, Jurarez Cirin. **Direito penal**. Parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 100; REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: RT, 2008. p. 189; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259-267.

¹⁶⁶ A teoria significativa da ação empreendida por Busato, inspirado pela teoria de Vives Antón, vem adquirindo destaque no âmbito nacional e pode ser definida, nas palavras de Busato: “A concepção significativa da ação assenta-se sobre conceitos fundamentais de ação e norma e na compreensão do significado da conjunção destas, existente na ideia fundamental de ‘liberdade de ação’. A principal inovação desse modelo consiste em deixar de considerar a ação como algo que os homens fazem e passar a considerá-la como o significado do que os homens fazem. Os fundamentos de um conceito significativo de ação se encontram na ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado. Ou seja, a ação ou conduta deixa de ser um acontecimento desenvolvido no mundo do ser, onde as distinções entre ações humanas e meros acontecimentos físicos é de difícil determinação, e passa a ser um sentido, ou seja, uma expressão simbólica de uma atividade. Assim, não se pode qualificá-lo como um conceito ontológico, pois não está fundamentada no ‘ser’ naturalista, nem tampouco pode ser qualificado exclusivamente como axiológico, pois não é totalmente situado no ‘dever ser’. A comunicação ou percepção do significado não provém de uma realidade do sujeito (interna) nem tampouco do objeto (externa), mas da inter-relação entre eles. A comunicação é o resultado da interrelação entre o sujeito e o objeto que produz uma percepção. A percepção não é algo que possa ser traduzido em uma realidade ou concretado em algo que ‘é’, nem tampouco se traduz meramente em uma valoração. A percepção é tão somente um sentido. Desde logo percebe-se uma contraposição direta à ideia de explicar a ação a partir dos fenômenos psicológicos e internos tais como a vontade. Já não se fala mais sobre o que quer aquele que atua, mas sobre que ideia transmite sua conduta.” Cf. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁶⁷ Chaves Camargo elabora o que denomina como “ação como agir comunicativo”, que tem seu fundamento na filosofia de Habermas, definindo-se como: “(...) a ação comunicativa se refere a dois sujeitos capazes de linguagem e de ação que estabelecem uma relação interpessoal, que buscam um entendimento e uma coordenação para atingir, de comum acordo, seus planos de ação e com eles suas ações. O primordial nesta ação comunicativa é a linguagem, pois os falantes e ouvintes compartilham o mundo de vida intersubjetivamente, visando à interpretação que é a negociação de definições da situação suscetíveis de consenso. O consenso é entendido, nesta inter-relação, como o acordo racionalmente motivado, graças à

Diante disso, o conceito de ação proposto por D'Avila parece ser o mais adequado para os fins deste estudo, qual seja:

Por ação (ou conduta) em direito penal deve-se entender o comportamento que realiza, dolosa ou culposamente, o tipo legal de crime. A realização do tipo (e não o conceito de ação) constitui, nessa perspectiva, o ponto de partida da teoria geral do crime.¹⁶⁸

Para chegar no conceito acima indicado, D'Avila parte de várias críticas às teorias da ação que ganharam relevo na ciência conjunta do Direito Penal (causal, final, etc.), em especial à ideia de ação enquanto supraconceito (*Oberbegriff*) da estrutura teórica do crime, propondo, em substituição à noção pré-típica de ação, o conceito de realização típica, abandonando, em razão da desnecessidade à dogmática, as funções atribuídas à ação (união, classificação e delimitação).¹⁶⁹

D'Avila não desconsidera a importância do conceito de ação para o Direito Penal, pois entende que esse continua a cumprir um papel fundamental na teoria geral do crime. Assim, o conceito de ação em D'Avila acaba tornando-se elemento constitutivo do fato típico, exercendo, essencialmente, a função de referencial comportamental para fins de imputação.¹⁷⁰

Os ganhos de tal elaboração são notórios: a ação (ou conduta) só adquire relevância jurídico-penal ao realizar o tipo legal de crime, afastando, portanto, aquelas hipóteses que envolvam condutas que não realizam o tipo legal de crime. Assim, qualquer tentativa de

‘coação da não-coação’ (...) A ordem social é mantida através da intermediação que realiza o direito positivo, eliminando a tensão que possa existir entre os integrantes do grupo social a que a norma se destina, que dão validade a esta norma, através de uma interpretação consensual e que atinja a expectativa do próprio grupo. Assim, a ação, no âmbito do Direito Penal, adquire relevância quando se trata de imputar objetivamente a alguém um fato que seja resultado do dissenso e que tenha relevância para a desestabilização deste grupo social. A resposta a este dissenso é dada, no Direito Penal, pela aplicação de uma sanção necessária e proporcional a manter a validade interpretativa da norma. Esta ação somente tem validade quando o agente apresenta capacidade de linguagem e de ação, o que representa, também, um conhecimento das normas de comportamento social, refletidas pelo mundo de vida da maioria, respeitando-se, também, a minoria.” Cf. CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 96-97.

¹⁶⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 136.

¹⁶⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 136-137.

¹⁷⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 136-137.

seleção do sujeito ativo do crime prévia à análise da tipicidade recolocaria, necessariamente, a atribuição de uma função de delimitação pré-típica ao conceito de ação.¹⁷¹

Deve-se apontar que tal elaboração não olvida das hipóteses envolvendo pessoa jurídica, pois o conceito não se restringe ao comportamento humano, tratando-se de um conceito apto a abarcar o comportamento *lato sensu* realizador de tipo legal de crime, plenamente capaz de absorver, portanto, eventual imputação à pessoa jurídica.

Justamente em razão do recorte teórico da presente investigação, tal elaboração parece coerente com os pressupostos referentes à teoria do tipo e, mais especificamente, da imputação objetiva, pois, como se pretende demonstrar nas linhas seguintes, a conduta da(o) vítima/ofendido em Direito Penal, ao exercer sua autorresponsabilidade derivada de sua autonomia enquanto *expressão do exercício da liberdade de autodeterminação*,¹⁷² afastará a imputação do autor que realizou o tipo legal de crime.

2.2.2 Tipo Legal de Crime

Uma das maiores vitórias do movimento iluminista em matéria penal, sem dúvida, foi a adoção do princípio da legalidade, oferecendo garantia contra a intervenção estatal na liberdade individual, a partir da definição em abstrato dos comportamentos penalmente relevantes que tem, em sua violação, a imposição da pena para reestabelecimento da relação primeva de cuidado-de-perigo. É através do Direito Penal que são definidos rigorosamente os comportamentos relevantes.¹⁷³

¹⁷¹ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], ano XII, n. 54, jul./set., p. 135-164, 2014. p. 136-137.

¹⁷² Vale ressaltar que tal conceito será definido materialmente e fundamentado no ontologismo relacional de Faria Costa no capítulo seguinte

¹⁷³ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 203 . Importa, ainda que em nota de rodapé, salientar a origem do elemento tipicidade na estrutura analítica do crime: no final do século XVIII, a doutrina penal alemã cunhou a expressão *Tatbestand*, com equivalente latino no *corpus delicti*, concebendo o delito como todos os seus elementos e pressupostos de punibilidade. Contudo, a atual compreensão do tipo enquanto figura delitiva autônoma se deu a partir dos estudos de Beling (*Die Lehre von Verbrechen*, 1906). A elaboração do conceito de tipo em Beling revolucionou o Direito Penal, tendo como seu maior mérito tornar a tipicidade independente da ilicitude e da culpabilidade, contrariando o sentido originário do *Tatbestand* inquisitorial que sequer fazia tal distinção, pois o conceito de *Tatbestand* fazia parte do Direito Processual Penal, e tinha caráter predominantemente objetivo. Cf. BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação no direito penal. **Sequência**, Florianópolis, n. 68, p. 59-89, jun. 2014. p. 69. Para Beling: “La antijuridicidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concurre con ellas, como característica externa, la ‘Tipicidad’ (adecuación al catálogo) de modo que, dentro de lo ilícito culpable, está delimitado el espacio dentro del cual aquellas son punibles (así como, en una ley de aduanas, el concepto de objetos gravados se obtiene de la relación de la ley genérica con la tarificación aduanera). Acción punible lo es sólo la acción típicamente antijurídica y culpable (...) El contenido de cada delito-tipo debe considerarse aisladamente para cada figura autónoma de delito. ‘El’ delito-tipo

O respeito pela exigência de garantia supõe o conhecimento prévio pelos cidadãos acerca das condutas que lhes estão proibidas, permitindo, em via reversa, compreender o universo dos comportamentos penalmente permitidos.¹⁷⁴

A técnica legislativa incumbida de prosseguir a função de garantia,¹⁷⁵ concretizada na construção teórica do denominado tipo legal de crime, apresenta-se, por isso, como categoria do real-construído.¹⁷⁶

Na construção do tipo legal de crime, são pedras essenciais de tal ato constitutivo os denominados elementos do tipo legal de crime, apresentando-se em duas facetas complementares: uma objetiva e uma subjetiva. As características objetivas são referentes ao tipo objetivo, ao passo que as características subjetivas se destinam aos elementos

significa sólo la función de los distintos contenidos como "esquema" para la figura delictiva correspondiente. La "parte especial" del derecho penal es por eso la que regula la construcción de esos contenidos. Las insuficiencias de la letra de la ley en las disposiciones especiales deben salvarse por medio de la interpretación (p. ej., C. P., 185, 360, 'donde los elementos del delito-tipo en modo alguno se expresan, sino que sólo se da el nombre del tipo: 'injuria', 'gran alboroto'). En las llamadas 'leyes penales en blanco' (aquellas en que la figura sólo está muy ampliamente bosquejada y dejan su delimitación más precisa a otras leyes o reglamentos; leyes con 'penalidad abierta o ciega', p. ej., C. P., 145) lo decisivo para el delito-tipo es lo que llena el blanco." Cf. BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 75. Maiores detalhes em: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 232-235.

¹⁷⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 204.

¹⁷⁵ Atualmente, são atribuídas duas funções fundamentais ao tipo penal: a) função de garantia, decorrente do princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*); b) função indiciária, que aponta que a realização do tipo presume ou indica a ilicitude do fato, em razão da tipicidade ser a *ratio cognoscendi* da ilicitude (Mayer). Assim, a tipicidade não tem a função constitutiva (*ratio essendi*) da ilicitude (Mezger), e as discriminantes putativas (art. 23, I, II e III do Código Penal) não são elementos negativos do tipo (Merkel), mas causas excludentes da ilicitude do fato, em âmbito externo ao tipo, e a sua ocorrência excluirá somente a ilicitude, não a tipicidade. Cf. SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uma breve reflexão sobre os elementos normativos negativos do tipo. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 549-559, p. 550, nota 7. Sobre a função indiciária da ilicitude ou conteúdo material da tipicidade, vide: ROXIN, 2006, op. cit., p. 284-285; AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991. p. 94-104

¹⁷⁶ A concepção onto-antropológica convoca um íntimo contato com a realidade. Justamente, não é por mero acaso que o jogo analítico hermeneuticamente fecundo entre o "real-verdadeiro" (real-causal) e o "real-construído" (real-normativo) é o ponto de partida da formulação. Logo, também não é por acaso que a compreensão onto-antropológica consegue explicar – no mínimo de modo tão razoável quanto o faz a compreensão funcionalista –, contudo sem a pretensão de ser a unívoca construção verdadeiramente "racional". Isto porque uma grande gama de estruturas fundamentais do Direito Penal, desde as categorias dogmáticas mais gerais, como o ilícito-típico e a culpa, além da própria pena, como também categorias dogmáticas mais específicas, como o objeto de tutela dos tipos legais de crime, os delitos de perigo, os crimes comissivos, a responsabilidade das pessoas coletivas, a relação de causalidade e a imputação objetiva do resultado, a negligência e a tentativa, assim como problemas pontuais, que partem desde a ilegitimidade de certas normas incriminadoras e de hipóteses de exclusão da ilicitude até a autonomização de novéis bens jurídico-penais, atravessando por uma recompreensão do modelo de ato médico com relevantes projeções materiais sobre a figura do consentimento informado e o significado respectivo da eutanásia. Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 27-28.

subjetivos.¹⁷⁷ O tipo penal objetivo compõe-se de um núcleo (conduta), representado por um verbo (ação ou omissão) e por elementos secundários que nele estão previstos expressa ou implicitamente, tais como objeto da ação (ou objeto material), sujeito ativo, sujeito passivo, bem jurídico, relação de causalidade, critérios de imputação objetiva,¹⁷⁸ resultado e, ainda, certas circunstâncias (tempo, lugar, modo de execução, etc.). Já o tipo subjetivo abrangeria todas as circunstâncias que façam parte do campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor,¹⁷⁹ constituindo-se de um elemento geral – dolo – que, por vezes, é acompanhado de elementos especiais – elementos subjetivos especiais do tipo (ou elementos subjetivos do injusto).¹⁸⁰

Os elementos objetivos do tipo dividem-se em elementos descritivos e normativos. Entretanto, adverte Faria Costa, que os elementos do tipo não são estruturas rígidas que traduzem de modo mecânico a dimensão onto-antropológica, pois tratam-se de indicadores do ilícito-típico material que a hermenêutica tem a missão de desvendar, traduzir à linguagem comprometida, “porque senhora de uma gramática específica, do próprio Direito Penal.”¹⁸¹

¹⁷⁷ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uma breve reflexão sobre os elementos normativos negativos do tipo. *In*: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 549-559. p. 550.

¹⁷⁸ Acerca da localização da teoria da imputação objetiva no tipo objetivo: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 304 ; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 61; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 74; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002. v. 1. p. 248 .; GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 26 ; STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2000. p. 128; SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 70; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoría de la imputación objetiva**. México D.F.: Angel Editor, 2000. p. 7; GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2011. p. 127; MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 93; MARAVER GÓMEZ, Mario. **El principio de confianza em derecho penal**. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad em la teoría de la imputación objetiva. 2007. 484 f. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007. p. 208; D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72; JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 222; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: Parte general**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 243; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 225;

¹⁷⁹ WESSEL, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1976. p. 34.

¹⁸⁰ ROXIN, 2006, op. cit., p. 284-285; AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991. p. 263.

¹⁸¹ “Com efeito, apenas assim o deve ser, para uma linguagem que se não esgota na interpretação sem consequências, mas antes para uma interpretação que se concretiza, como sabemos, em actos performativos. Nesta perspectiva, os elementos, dentro da categoria normativa que o tipo legal de crime representa, são específicos *instrumenta* que o legislador utiliza, seguindo as regras constitucionais de legitimação

Os elementos descritivos são aqueles cuja determinação pode ser feita mediante a descrição da sua enunciação, i.e., através de um juízo de existência.¹⁸² Dito de outra forma: elementos descritivos são aqueles cuja identificação é operacionalizada através da simples verificação sensorial, ou seja, podem ser facilmente compreendidos apenas com a percepção dos sentidos, dispensando qualquer valoração.¹⁸³

Quanto aos elementos normativos, são aqueles elementos cujo conteúdo, sentido e limites só podem ser percebidos fazendo apelo a um código de normatividade externo ao Direito Penal.¹⁸⁴ Vale ressaltar que a indeterminação que os elementos normativos podem levar consigo,¹⁸⁵ faz referência ao processo de interpretação e jamais com a subjetividade.¹⁸⁶ Destarte, os elementos normativos do tipo objetivo devem ser interpretados a partir de um juízo valorativo.¹⁸⁷ Ainda, os elementos normativos do tipo objetivo podem ser: elementos jurídicos (de valoração jurídica) e elementos culturais (de valoração cultural) ou extrajurídicos: “elementos normativos são aqueles que só podem ser representados e pensados sob a lógica pressuposição de uma norma ou de um valor, sejam especificamente jurídicos ou simplesmente culturais”,¹⁸⁸ ou seja, “são elementos normativos que exigem um juízo de valor fundado, em última análise, na cultura de cada sociedade em dada época.”¹⁸⁹

procedimental, para compor e desenhar normativamente o desvalor que o juízo de ilicitude material carrega.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 213.

¹⁸² FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 213.

¹⁸³ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uma breve reflexão sobre os elementos normativos negativos do tipo. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 549-559. p. 552. Como exemplos de elementos objetivos descritivos podem-se apontar os seguintes: “alguém” (art. 121, CP), “matar” (art. 121), “filho” (art. 123, CP), “subtrair” (art. 155, CP), “gestante” (arts. 124-127, CP), entre outros.

¹⁸⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 214.

¹⁸⁵ Sobre a discussão doutrinária acerca da distinção dos elementos objetivos do tipo objetivo em descritivos e normativos, ver: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 308 ; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 279.

¹⁸⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 213. p. 214.

¹⁸⁷ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uma breve reflexão sobre os elementos normativos negativos do tipo. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 549-559. p. 552.

¹⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1. p. 272.

¹⁸⁹ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uma breve reflexão sobre os elementos normativos negativos do tipo. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 549-559. p. 553. Como exemplos de elementos normativos jurídicos apontam-se os seguintes: “documento público” (art. 297, CP), “garantia pignoratícia” (art. 171, 2º, III, CP), entre outros; como exemplos de elementos normativos culturais ou extrajurídicos: “epidemia” (art. 267, CP), “ato obsceno” (art. 233, CP). Cf. SPORLEDER DE SOUZA, op. cit., p. 553.

2.2.2.1 Tipo de Ilícito

Pelo até aqui exposto, pode-se afirmar que o tipo não se confunde com o ilícito, pois este, enquanto desvalor material estabelecido perante as relações típicas com o princípio da ofensividade, se traduz no conteúdo material do tipo.¹⁹⁰

Desta forma, deve-se ter em mente que o *prius* ontológico reside na ilicitude e que o tipo,¹⁹¹ tendo em vista o cerne da construção da doutrina do crime,¹⁹² constitui um valor instrumental.¹⁹³ Assim sendo, à luz do pensamento de Faria Costa, a ilicitude penalmente relevante não está fora do tipo, mas se expressa dentro do desenho dogmático delineado pelo tipo: a ilicitude só adquire relevância em expressão se restar mediatizada pelo tipo.¹⁹⁴

Contudo, deve-se ter em conta que a tipicidade concretiza o desvalor da ilicitude em um tipo legal de crime, i.e., é a ilicitude que expressa a qualidade ofensiva do comportamento,

¹⁹⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 216.

¹⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1. p. 266.

¹⁹² Sobre a evolução dogmática acerca da noção de ilícito-típico a partir de Mayer e Mezger, recomenda-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1. p. 266 ; ROXIN, 2006, op. cit., p. 284 ; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002. v. 1. p. 261 .

¹⁹³ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 216. Ainda: “(...) o prius deveria estar na acção ilícita e não na acção típica. Ao admitir-se que o cerne da construção da doutrina do crime está centrado na acção típica parece esquecer-se que o primado ontológico está na ilicitude e que o tipo, constitui, neste contexto, um valor instrumental. E não basta, quanto a nós, pensar-se que nem todo ilícito é penalmente relevante, mas só o que corresponder a uma descrição típica da conduta, para se inferir a conclusão de que o núcleo está na acção típica. A formulação eventualmente mais ajustada ao desenvolvimento e finalidades teóricas desta matéria estará naquilo que podemos designar por ‘acção de ilícito-típico’. Por outras palavras: a manifestação comunicacional entre homens, ‘cientemente’ destruidora de uma valorada relação de cuidado-de-perigo constitui uma ‘acção de ilícito-típico (...) O tipo tem um valor instrumental no desenvolvimento histórico enquanto técnica consolidada de mais bem preservar a segurança e a liberdade dos cidadãos. Por isso desempenha a nobilíssima função de tipo-de-garantia. Contudo, por força de sua inquestionável proeminência, no contexto das relações sistemáticas que a dogmática penal desenvolve, o tipo é a condição *sine qua non* para que a ilicitude se possa expressar, isto é, condição para que o ilícito entre no discurso jurídico-penal relevante. De sorte que a antijuridicidade penalmente relevante não está fora do tipo, mas sempre expressa dentro dos contornos dogmáticos definidos pelo tipo. Com razão se pode dizer, pois, que sem ilicitude não há tipo. Porém, com a mesma razão se pode asseverar que a ilicitude só ganha expressão se for mediatizada pelo tipo. É, por conseguinte, dentro desta relação, em uma dimensão estritamente dogmática, que se pode perceber o tipo como uma *ratio essendi*, ou – de modo diferente, talvez mais impressivo e menos sujeito a desvios compreensivos – como *ratio relevans*. Uma razão que está antes, não em termos ontológicos ou normativos, mas que está antes em termos lógico-analíticos; por isso, mais do que razão essencial é razão relevante, para que a relação comunicacional ascenda ao discurso jurídico-penal: discurso jurídico-penal que se tem que perfilar, precisamente, de maneira ‘relevante’. Sublinhe-se que um tal esforço de racionalização é ainda homenagem à própria lógica diacrónica. Em termos hermenêuticos, vale por dizer, em termos de espiral compreensiva que se adensa e constrói entre tipo e ilicitude, pouco monta – ou não tem o mesmo sentido – a questão da prioridade. De qualquer modo não podemos esquecer as implicações dogmáticas. E estas têm a ver com as importâncias ou valências (relativas) que as categorias adquirem dentro do contexto normativo que servem.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 428-430.

¹⁹⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 217.

ao passo que a tipicidade (tipo legal de crime) dá a forma à proibição do comportamento ofensivo.^{195,196} Com isso, a ilicitude se revela na ofensa a bens jurídico-penais e, assim, encontra-se matricialmente associada ao princípio da ofensividade.¹⁹⁷ Diante disso, impõe-se algumas linhas para dissertarmos acerca do desvalor da ação e do desvalor de resultado.

O desvalor da ação, assim como o desvalor do resultado – pois que ofensivos a bens jurídico-penais – são desvalores dotados de dignidade penal e carregariam, em si mesmos, ao merecimento de pena.¹⁹⁸

O desvalor da ação é referente à conduta do agente face ao fato que leva a cabo;¹⁹⁹ o desvalor do resultado reflete a alteração do real-verdadeiro causando a lesão de bens jurídicos, ou seja, é a concretização dos elementos objetivos do tipo.²⁰⁰ Iluminados pelo modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, a questão merece um olhar preocupado com suas respectivas premissas. Veja-se.

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos remete à compreensão material do ilícito penal centrada na ofensa a bens juridicamente tutelados, na qual o desvalor de resultado é deslocado à pedra angular do ilícito-típico.²⁰¹ É por isso que o crime se encontra

¹⁹⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 253-254.

¹⁹⁶ “*Ilicidade (Rechtswidrigkeit) e injusto (Unrecht)* são termos que não se confundem. A ilicitude constitui um predicado da conduta, ou seja, o atributo da ação contrária ao direito. O injusto é o substantivo consistente na conduta qualificada, além de típica, como ilícita. É por isso que se fala em injusto penal culpável como sinônimo de crime. O injusto (objeto da reprovação) diz respeito à ação qualificada como típica e ilícita, ao qual se soma à culpabilidade (juízo de reprovação) para a caracterização do delito.” Cf. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 275.

¹⁹⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 254. Sobre o princípio da ofensividade: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.

¹⁹⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 254.

¹⁹⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 217.

²⁰⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 256. Vale o registrar que: “O comportamento humano, qualquer comportamento humano, estrutura-se como relação comunicacional, em uma estrutura relacional. Relação essa que se pode desvirtuar e atingir, por isso, o limiar da dignidade penal, mas porque relação comunicacional é, do mesmo modo, expressão de uma valoração que os diferentes campos da normatividade sobre ela tecem. Isso mesmo se expressa na valoração do ilícito-típico encerra sobre os comportamentos (as relações comunicacionais) que ascenderam à dignidade penal e que são merecedores de pena. E se, para além disso, aceitarmos a comprovação de que o ordenamento jurídico-penal valora mais intensamente o desvalor do resultado danoso que o desvalor de (resultado) perigoso, então, também neste patamar se percebe que não é a mesma coisa matar ou tentar matar. Do mesmo modo que surpreendemos semelhante diferenciação valorativa neste ordenamento normativo quando pensamos em matar de propósito (dolosamente) e matar sem querer ou por acidente (negligentemente).” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 256.

²⁰¹ FARIA COSTA, José Francisco de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou retorno à limpidez do essencial). **RPCC**, [s. l.], n. 12, p. 7-23, 2002. p. 12.

materialmente limitado àquelas hipóteses de ofensa ao objeto de tutela da norma, não havendo crime (legítimo) sem ofensa ao bem jurídico-penal.²⁰²

Vale lembrar que tal compreensão do ilícito penal não deve se confundir com aquelas perspectivas sociológicas do ilícito enquanto danosidade ou ofensividade sociais ou com a concepção substancialista de crime,²⁰³ que pode ser verificada no ordenamento jurídico de países comunistas e socialistas.²⁰⁴ Neste modelo, a ofensa exigida pelo ilícito-típico é, portanto, assumida no desvalor expresso pela ofensa ao bem normativamente tutelado, nos limites do tipo penal.²⁰⁵

Isto posto, convém salientar que tal modelo de crime – uma vez estabelecido no desvalor da ofensa a bens jurídicos – encontra-se distante de reivindicar a ilicitude penal exclusivamente informada por esta específica fonte de desvalor.²⁰⁶ É verdade que tal modelo se opõe em reconhecer uma destacada autonomia ao desvalor da ação, por si só capaz de justificar a existência do ilícito penal que, entretanto, não quer dizer excluí-lo, mas harmonizá-lo numa convivência que é de fato necessária. Assim, o desvalor da ação não deve ser compreendido nos limites de um desvalor subjetivo, mas também no desvalor objetivo da conduta em si, correspondendo, deste modo, a um papel irrevogável na constituição do ilícito penal: “somente através da união de ambos, desvalor da ação e desvalor do resultado, é que o ilícito pode ser apreendido em toda a sua complexidade.”²⁰⁷

É por isso que a teoria do ilícito pessoal de Welzel -²⁰⁸se bem que redimensionada em razão da sua insuficiência para expressar materialmente o conteúdo do ilícito penal – pode ser

²⁰² D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 46.

²⁰³ Sobre a perspectiva sociológica de crime, ver: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia**. O homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 75 .

²⁰⁴ De acordo com tais concepções, não basta o que o fato ofenda o bem tutelado pela norma, mas é também necessário que esse seja considerado ofensivo à sociedade, i.e., que seja ofensivo a um interesse externo à norma. Sobre isso, ver: MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Parte generale. Padova: Cedam, 2001. p. 194; BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: CANESTRARI, Stefano; MELCHIONDA, Alessandro (orgs.). **Scritti di Diritto Penale**: dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio. Milano: Giuffrè, 1997. p. 558 .

²⁰⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 43.

²⁰⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 43.

²⁰⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 44. Vale destacar que moderna teoria do crime é contrária à compreensão da ilicitude do fato restrita à desaprovação do resultado do crime, sendo necessário a inclusão no juízo de desvalor o modo pelo qual foi causada o evento juridicamente desaprovado. Neste sentido: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 321; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002. v. 1. p. 256.

²⁰⁸ “Todo hecho penal es una acción contraria a la sociedad, por la que el autor, como personalidad, es responsable. Responsabilidad personal (culpabilidad) por un hecho contrario a la sociedad (lo injusto), son los

reconhecida e absorvida pelo modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, pois trata-se de um fator complementar a ser agregado ao desvalor representado pelo resultado jurídico.²⁰⁹

2.2.3 Culpa e Culpabilidade

De acordo com a doutrina majoritária,²¹⁰ a culpa representa a censura feita ao agente quando ele agiu de determinada maneira e podia e devia ter agido de outra forma, “sendo o elemento do tipo de culpa indissociável da construção que a conduta punível representa.”²¹¹

O princípio da culpa encontra seu amparo constitucional na dignidade da pessoa humana, no seio do Estado Democrático de Direito.²¹² Atualmente a diferença entre injusto e

dos componentes fundamentales del delito (...) El análisis de la estructura de valor de lo injusto penal, ha demostrado que el disvalor primario y general de todos los hechos punibles, es disvalor de acción; éste no es solamente origen, sino también fundamento esencial de la medida de la pena.” Cf. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traducción de Juan Bustos Ramírez. Valparaíso: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 58-60. Ainda, sobre a teoria do ilícito pessoal de Welzel: “Esta denominación, que se remonta a Welzel, podría llevar al malentendido de que la cuestión de si la conducta debe ser considerada como un ilícito depende de la personalidad individual del autor, sus propiedades y capacidades (ilícito ‘referido al autor’). Esta cuestión se plantea en efecto totalmente, tanto en los delitos de omisión como en los imprudentes. Pero el concepto del ilícito personal no resuelve por sí solo esa cuestión. Él tan sólo expresa el suceso penalmente relevante no puede ser descrito en forma adecuada, justamente, como mero proceso de causación, sino sólo como la conducta, determinada de cierto modo, de una persona. Dentro del ilícito así concebido se distingue en general entre disvalor de acción y del resultado. La terminología, sin embargo, no es uniforme. Una parte de la doctrina identifica el disvalor de acción – en el delito doloso – con los elementos subjetivos del ilícito; lo entiende, por tanto, como puro ‘disvalor de intención’ y asigna todos los elementos objetivos del ilícito al ‘disvalor de la situación de hecho’ o justamente de resultado. En cambio, la opinión preponderante incluye en el disvalor de acción también la realización de la intención delictiva por medio de la conducta correspondiente, de modo que el límite para el disvalor de resultado corre entre la tentativa, por un lado, y el resultado necesario para la consumación, por el otro.” Cf. STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2000. p. 144-145.

²⁰⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 44-45; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di Diritto Penale**. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica. Milano: Giuffrè, 2001. p. 532.

²¹⁰ Para uma visão crítica à culpabilidade enquanto liberdade de vontade, ver, por todos: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal parte geral**: questões fundamentais à doutrina geral do crime. São Paulo: RT, 2007. p. 516; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 54; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 280; BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e Fundamentos Filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 101.

²¹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 217-218.

²¹² “Desde logo, o princípio da justiça material impõe que os actos injustos e culposos sofram uma sanção, sejam punidos, independentemente de se curar, de momento, sobre o sentido da sanção ou pena que se lhes aplique. Mais ainda. Decorre, de entre outros, do princípio da dignidade da pessoa humana, a vinculação constitucional do chamado princípio da culpa. Assim sendo, fácil é de perceber que a dignidade, ao transpor-se e ao afirmar-se no seio das plúrimas relações em que se congrega e desagrega a comunidade, faz com que se assuma como responsabilidade. Uma dignidade só tem conteúdo verdadeiro se o seu reverso for trespassado pela noção de responsabilidade.” FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 218.

culpabilidade se mostra impositiva na dogmática penal, sendo a culpabilidade uma categoria indispensável à reprovação penal no Estado Democrático de Direito.

A culpabilidade, que no período clássico possuía como elementos o dolo e a culpa *stricto sensu*, com uma função exclusivamente retributiva, partindo da teoria do ilícito pessoal proposta por Welzel – que deslocou os elementos subjetivos para o tipo de injusto -, foi reformulada, em especial, por Roxin, com base em um conceito funcional de culpabilidade, onde inclui a categoria da responsabilidade como culpabilidade em sentido amplo.²¹³ Roxin parte da premissa de cada categoria do crime, numa perspectiva teleológica, que é alcançada por um fim específico de política criminal,²¹⁴ atribuindo à culpabilidade uma ideia de prevenção substituta à função de responsabilidade no sentido de que esta categoria responde acerca da necessidade jurídico-penal da sanção ao caso concreto.²¹⁵ Aquele que cumpre os requisitos que o fazem responsável por uma ação típica e antijurídica será merecedor de pena, nos termos propostos por Roxin.²¹⁶

Tal visão, diante da compreensão que se tem acerca da fundamentação do Direito Penal, não pode ser recepcionada numa proposta que busca pela essência, pela razão de ser da culpabilidade, em clara oposição à funcionalização do conceito, de manifesto equívoco metodológico (primeiro analisa-se a existência de um evento criminoso para, constatada sua ocorrência, passar-se à sua consequência, a pena).²¹⁷ Senão, vejamos: a culpabilidade representa um elemento fundamental à existência do crime, sendo a pena sua consequência jurídica. Com isso, incluir elementos preventivos da pena à culpabilidade significa, portanto,

²¹³ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 851.

²¹⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 28.

²¹⁵ “A responsabilidade depende de dois dados que devem ser somados ao injusto: a culpabilidade do sujeito e a necessidade preventiva da sanção penal, deduzida da lei. O sujeito atua culposamente quando realiza um injusto jurídico-penal embora lhe pudesse alcançar o efeito da chamada à atenção da norma na situação concreta e possuía uma capacidade suficiente de autocontrole, de forma que lhe era psiquicamente exigível uma alternativa de conduta conforme ao direito. Uma atuação deste modo culpável precisa no caso normal de sanção penal também por razões preventivas; pois quando o legislador expressa uma conduta em um tipo, parte da ideia de que deve ser combatida normalmente através da pena quando concorrem antijuridicidade e culpabilidade. *A necessidade preventiva da punição não precisa de uma fundamentação especial, de modo que a responsabilidade jurídico-penal se dá sem mais com a existência da culpabilidade.*” Cf. ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. p. 852 (*grifei*). Críticas, sob diferentes perspectivas filosóficas – porém ambas fundadas em pressupostos existencialistas -, em: BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e Fundamentos Filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 101; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 54 .

²¹⁶ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 852; ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 792.

²¹⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27.

uma inversão do pensamento lógico.²¹⁸ Somente quando se tem certeza acerca da existência do crime, posteriormente à realização de um juízo valorativo de culpabilidade, é que se torna viável a apreciação de conveniências político-criminais de necessidade de aplicação da pena, pois, se assim não o for, perde-se o conteúdo da culpabilidade:²¹⁹ o conteúdo material da culpabilidade onto-antropológica fundamentada se dá pela relação negativa do cuidado, i.e., do cuidado-para-com-o-outro que fora violado na realização fática do ilícito material.²²⁰

Feita esta primeira incursão acerca da compreensão da qual se parte acerca do modo de ver as coisas pertencentes à Ciência Conjunta do Direito Penal, pode-se avançar para uma análise mais complexa e fundamental para o desenvolvimento dialógico que se pretende obter a partir dos pressupostos que serão adotados e justificados ao longo do texto. Sendo assim, passa-se às bases fundantes da autonomia em Direito Penal, objeto nuclear desta tese.

2.3 CONCLUSÕES PARCIAIS.

- a) O Direito Penal afirma-se como uma ordem relacional de paz, não apenas pela ordem relacional de radical onto-antropológico que finca o fundamento do Direito Penal, mas também em razão de sua relação comunicacional perante uma compreensão fenomenológica não poder deixar de ser analisada numa rede relacional, ou melhor, de relacionações, que perfectibilizam o principal tripé da discursividade penal: vítima, delinquente e Estado;
- b) O Direito Penal, ainda como ordem, também tem seu fundamento, finalidade, sistema e funções próprios interligados à disciplina do Direito Penal, i.e., é através da análise e aprofundamento das respectivas questões que as pontes com a disciplina do Direito Penal são feitas ou construídas;
- c) O Direito Penal é, por um lado, o conjunto de normas que trata, jurídico-penalmente, sobre os pressupostos, a determinação, a aplicação e as consequências dos crimes e dos fatos passíveis de receberem – proporcionalmente - penas ou medidas de segurança; por outro, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que irão orientar a própria aplicação e interpretação das normas penais;

²¹⁸ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e Fundamentos Filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 109.

²¹⁹ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e Fundamentos Filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 109-110.

²²⁰ Para maiores aprofundamentos, uma vez que o objeto da presente investigação não permite fazê-lo com o devido e exigido rigor, ver: BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e Fundamentos Filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 133.

- d) Há duas formas de se pensar o Direito Penal: pode-se partir do seu objeto, o ilícito, ou da sua consequência, a pena. Partindo do ilícito, i.e., do crime, encontra-se a fundamentação onto-antropológica, articulada por Faria Costa (Portugal) e D'Avila (Brasil), enraizada na relação primeva e comunicativa de cuidado-de-perigo, ou seja, do cuidado do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro”, dando concretude e sentido à teia de cuidados recíprocos que sustentam o ser-aí na qualidade de ser-com-os-outros na vida em uma comunidade historicamente situada; partindo da pena, encontram-se as compreensões de cunho funcionalistas, onde há primazia da política criminal em face da dogmática jurídico-penal e que acaba, não só por instrumentalizar o ser-aí através de questões relativas ao efeito pedagógico e de temor que se tem a partir da prevenção geral e/ou especial, seja positiva, seja negativa, respectivamente, evidenciando, por consequência, contradição em termos metodológicos;
- e) Diante desse modo de pensar e compreender as coisas do Direito Penal, é permitida a caracterização material do crime como sendo uma perversão daquela precisa relação de cuidado-de-perigo, ou seja, um fenômeno ético-social intermediado pela noção de ofensa a bens jurídicos, que são tutelados enquanto função do Direito Penal quando dotados de dignidade penal e necessidade da respectiva proteção, estabelecendo, desse modo, a relação com o princípio da *fragmentariedade*, um dos princípios que norteia a atividade legislativa em sede penal;
- f) Apontamos a função dos princípios jurídicos-penais: *limitar o ius puniendi protegendo a liberdade individual*, pois, como trabalhado, vimos que o Direito Penal implica, de um lado, a restrição da liberdade do ser-aí, proibindo, certo e taxativamente, determinadas ações/omissões; de outro, impõe sanções pesadas enquanto consequência pelo ilícito-típico material praticado. É por tal caráter repressor que o ser-aí, enquanto cidadão, deve ter garantias contra o abuso que o Estado pode fazer do Direito Penal, e tais garantias são os princípios jurídico-penais;
- g) Em sociedades democráticas, cuja essência reside no princípio da liberdade, vinculado à exigência de respeito pela dignidade humana (frise-se, de todo e qualquer ser humano, quaisquer que sejam as suas particulares convicções e modo de vida); sociedades que não se baseiam num monismo axiológico, i.e., sociedades pluralistas e, necessariamente compromissórias, não se poderia vir defender ser a

moral e a ideologia majoritária, tampouco poderia se defender a punição de meras intenções, não sendo competência do Estado exercer o papel conformador ou um “tutor moral” dos cidadãos, mas, tão somente, a menos ambiciosa função de preservação dos bens essenciais para uma vida em comunidade: o valor da liberdade individual, enquanto exercício da autonomia, assim como a tolerância sobrepõem-se à moral dominante. Logo, o mandato de tolerância requer e exige do Estado, especialmente quanto a matérias referentes à religião ou ideologia, prescindir de regulamentações jurídicas;

- h) Ação em Direito Penal se dá com a realização do tipo de ilícito;
- i) Tipo possui uma função de garantia oriunda do princípio da legalidade, pertencendo à categoria do real-construído, representando, portanto, um valor instrumental;
- j) O ilícito/ilicitude representa o conteúdo material do tipo e só ganha sentido quando mediatizada pelo tipo. Quanto ao desvalor da ação e do resultado, estes carregam em si dignidade penal, pois que ofensivos a bens jurídico-penais e estão matricialmente ligados ao princípio da ofensividade e ao modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, não havendo primazia do desvalor da ação em face do desvalor de resultado (já que o resultado é a pedra angular do ilícito-típico), mas é possível apreendê-los em sua totalidade, i.e., a partir da soma de ambos;
- k) Culpabilidade é o juízo de censura do *ius puniendi* ao agente concreto que perverteu a relação matricial e originária de cuidado-de-perigo, possuindo como conteúdo material, à luz da compreensão ontoantropológica, a face negativa do cuidado-para-com-o-outro como uma forma de concretização da liberdade ontológico-existencial, i.e., um *não-cuidado* que fora realizado pela prática do ilícito-típico material.

3 AUTONOMIA EM DIREITO PENAL: COMPREENSÃO À LUZ DA ONTOLOGIA RELACIONAL DE FARIA COSTA

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO-CULTURAL

Antes de adentrar no conteúdo essencial da liberdade no âmbito do Direito Penal, deve-se realizar um breve excuro histórico-cultural sobre a própria noção de liberdade no plano jurídico-constitucional. Para tanto, vale ressaltar desde já, não será feita uma exposição alongada sobre o conceito de liberdade, seja pelas inúmeras objeções e projeções filosóficas possíveis, seja pela própria problemática inerente a uma definição em termos materiais.²²¹

Na Grécia antiga a ideia de liberdade se dava mais pela noção de participação ativa na vida da cidade, ao passo que em Roma os escravos podiam, sob certas condições, comprar sua liberdade.²²² Mas tal ideia de liberdade ainda não se aproxima da noção (moderna) influenciada pela filosofia das Luzes.

A ideia de liberdade é, simultaneamente, um dos conceitos mais fundamentais e menos claros, pois seu âmbito de aplicação beira o ilimitado. Geralmente, numa formulação mais simples, a ideia de liberdade está ligada a determinado ponto de vista, i.e., algo é bom ou desejável e isso decorre do conceito (amplo) de liberdade. Berlin, por exemplo, menciona mais de duzentos sentidos – registrados pelos historiadores das ideias – para a palavra liberdade.²²³

²²¹ A liberdade pode ser fundamentada de modo ontológico, i.e., uma condição inerente à essência do ser humano, pois nasce livre, é livre. Em contrapartida, a liberdade pode possuir uma fundamentação política, ou seja, o homem teria sua liberdade garantida a partir de seu reconhecimento como direito positivado e vinculado à proteção estatal na medida em que o homem, em comum acordo, abriria mão de tal condição (*ser-livre*) para ser governado pelo Estado. Sobre isso, ver páginas seguintes.

²²² A Grécia antiga já era apaixonada pela liberdade, opondo-se aos persas que viviam sob o domínio de um só. As cidades democráticas proclamaram sua superioridade perante seus rivais dominados pelas oligarquias e, além disso, a igualdade se fazia presente na pólis grega: nem os laços de interesses sociais nem a pobreza eram obstáculos, mas cada um era ouvido de acordo com seus méritos. Contudo, a liberdade individual (no sentido moderno) ainda não era revelada: a liberdade era entendida como a participação na vida da cidade, “mais do que como a autonomia do indivíduo.” À época, as leis da cidade regiam os detalhes da vida cotidiana: da vestimenta à alimentação. Já na Roma de Cícero, vários escravos familiares conseguiam a liberdade, pois a singularidade da cidade romana era maior acessibilidade a antigos vencidos servis do que a estrangeiros livres. Alguns senhores permitiam até que seus escravos se estabelecessem como artesãos para comprar sua liberdade. Epíteto, escravo à época e filósofo estóico, defendia a ideia de uma liberdade interior irrenunciável: a do pensamento, presente em todo homem, mesmo o escravo, que poderia chegar a desejar as áleas da fortuna. Cf. ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 52-53.

²²³ BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. p. 121.

Até sua positivação na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789,²²⁴ a noção de liberdade tinha raízes religiosas, filosóficas e jusnaturalistas,²²⁵ e essas inspiraram o documento do final do século XVIII.²²⁶ Pensadores como Pufendorf (1672) e Grotius (1624) laicizaram a escola do direito natural no século XVII.²²⁷

Posteriormente, as escolas do contrato social seguiram a do direito natural.²²⁸ O estado de natureza precederia a formação da sociedade, sendo que nela o homem é livre, pois nasce livre. Mediante um acordo de vontades envolvendo os homens é que a sociedade toma forma: é a vontade coletiva de superação do estado de natureza que garantiria a liberdade fundada em

²²⁴ A Inglaterra foi a pioneira no reconhecimento dos direitos individuais civis e políticos. Em 1215, na Magna Carta, João Sem Terra buscou respeitar algumas liberdades de natureza sobretudo política, e oriundas do respeito às tradições da monarquia inglesa. A *Petition of Rights* de 1628 amplia o reconhecimento de direito referentes às liberdades individuais e à liberdade política. Em 1679, o *habeas corpus* garante a segurança do cidadão pela obrigatoriedade de uma prévia decisão jurídica à prisão (*Habeas Corpus Act*). O *Bill of Rights* é aprovado em 1679 pelo Prince of Orange. Em 1701 o *Act of Settlement* definiria que a coroa inglesa e irlandesa só poderiam ser exercidas por protestantes. Mas, efetivamente, as primeiras declarações de direitos vêm dos EUA, com destaque para o estado da Virgínia (12.06.1776), onde os direitos individuais são afirmados assim como os direitos políticos. A *United States of America Independence* (04.07.1776) é essencial, pois traduz a ruptura com a Inglaterra, constituindo, sobretudo, uma celebração bem idealista do individualismo da Ilustração (liberdade, igualdade, necessidade de consentimento ao poder, busca da felicidade), especialmente pela influência de Locke, Montesquieu e Rousseau. Sobre isso, ver: ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 80; BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**. Séculos XVII e XVIII, V. I. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 246 .

²²⁵ São Tomás de Aquino dá origem ao direito natural no século XIII. Na linha aristotélica, Tomás de Aquino acredita que a sociedade civil não rompe com a natureza mas está em continuidade com ela promovendo a sociabilidade natural do homem. Para Tomás de Aquino, a *cidade* (sociedade civil), uma vez fundamentada na natureza, é o grau mais elevado da comunidade. Esse pensamento inaugura uma ruptura com o augustinismo: o governo, como a comunidade política, se inscreve menos no direito divino que na lógica do bem comum; a cidade permite obter bens que os membros da comunidade não podem obter sozinhos. Existe, dessa forma, um direito anterior ao Estado; é um conjunto de regras que a razão pode descobrir analisando a natureza do homem tal como foi criado por Deus. Dessa forma, o poder deveria respeitar o direito que lhe é anterior e superior. O depositário da autoridade pública edita leis e regras, i.e., o direito positivo, que busca sua força obrigatória no direito natural. Cf. ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 62. Também dando destaque: HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 39 .

²²⁶ BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**. Séculos XVII e XVIII, V. I. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 246.

²²⁷ Grotius teria sido o primeiro a formular a tese do direito individual nos *prolegômenos* do *Tratado da guerra e da paz* (1624). Ele afirmava a existência de um direito imutável como a natureza e a razão de onde ele decorre, direito intangível de modo que Deus em si mesmo não poderia modificá-lo. O princípio base desse direito reside na dignidade humana e nas prerrogativas que a sustentam. Ele garante, assim, a liberdade, já que ninguém – governante ou particular – poderia atentar contra ela sem ir contra a natureza. Já Pufendorf dedicou um capítulo de seu *Direito da natureza e das gentes* para defender que o direito era a liberdade. Dessa concepção, a atuação do poder sai potencializada já que é pela repressão dos abusos da liberdade que ele garante a todos a liberdade. Através do papel atribuído aos governantes, a tese de Pufendorf contém – inevitavelmente – um perigo: ela corre o risco de justificar a aceitação de um poder absoluto com o pretexto de que ele dispensa a segurança de todos. Desta forma, a fonte espiritual do direito (divindade) reconhecida pela razão humana daria lugar a uma fonte de base racional, sem qualquer princípio sobrenatural criador de um direito natural superior ao direito positivo, apresentando-se o racionalismo cartesiano. Cf. ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 62. Sobre isso, ver também: BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**. Séculos XVII e XVIII, V. I. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 247.

²²⁸ BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**. Séculos XVII e XVIII, V. I. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 247; HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 39 .

um contrato social, bem como as premissas da constituição do Estado.²²⁹ Disto decorreriam várias correntes de pensamento que, simplificando-as, poderiam ser classificadas como pessimistas (Hobbes, p.ex.), ou otimistas (Locke e Rousseau).²³⁰

Na obra *Leviatã* (1651), o estado de natureza engendra somente a anarquia: trata-se da dominação do forte sobre o fraco. Para Hobbes, o homem da natureza é devorado por um inarredável desejo, constante e ilimitado, de tudo poder controlar; o estado de natureza era equiparável a um estado de guerra perene no qual “o homem é o lobo do homem”.²³¹ Segundo o filósofo político inglês, o homem que está entregue às suas pulsões possui um direito natural, cuja extensão é medida pelo seu poder, i.e., a intensidade de seu desejo de adquirir poder após poder. Hobbes inaugurou os tempos modernos ao formular a teoria de um direito natural articulado ao desejo humano, subordinado à única vontade da criatura de Deus. Como primeiro pilar desse direito de natureza, cada um protege seu corpo e vida enquanto suas próprias forças lhe permitirem o fazer. Desta forma, o direito natural define um direito de proteção vinculado a um desejo de poder ilimitado.²³² Já o estado civil estava ligado ao pacto social como forma de escapar à insegurança do estado de natureza. Dessa forma, os homens renunciariam sua liberdade,²³³ remetendo-se ao poder. O pacto social possui a seguinte fórmula: “Eu autorizo esse homem ou essa assembleia e lhe atribuo o direito de governar a mim mesmo, desde que você lhe atribua seu direito e autorize todas as ações dele da mesma maneira”.²³⁴

Trata-se, simultaneamente, de um contrato de associação e de submissão: renuncia-se o direito natural (próprio) entre os homens para remeter, em comum acordo, os direitos a um soberano que será, portanto, o homem artificial nomeado na forma de Estado (representado pelo monstro bíblico Leviatã). Tal contrato evidencia dois conceitos nucleares: autorização/legitimação e representação.

Já em Locke, expoente do pensamento “otimista” (busca da limitação do poder), o contrato social é considerado uma garantia da liberdade do homem contra o poder. Os homens

²²⁹ ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 63.

²³⁰ ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 63.

²³¹ “Man is man’s wolf”. Cf. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 260.

²³² HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 261.

²³³ “By liberty is understood, according to the proper signification of the word, the absence of external impediments; which impediments may oft take away part of a man's power to do what he would, but cannot hinder him from using the power left him according as his judgment and reason shall dictate to him.” Cf. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 2012. cap. XIV.

²³⁴ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 265.

vivem – naturalmente – livres: a passagem do estado de natureza ao estado de sociedade almeja garantir um bem-estar através do contrato social.²³⁵

Atualmente, o pensamento de Locke é considerado como o centro das doutrinas do direito do homem.²³⁶ Dentro de um contexto histórico onde o poder real é contestado e no qual coloca-se em discussão a prerrogativa - poder agir livremente para o bem público -, o objetivo é fundamentar a legitimidade do poder político, não de indagar suas raízes históricas. Locke define a *lei natural* como o decreto da vontade divina, confundindo-a com a natureza das coisas: dessa forma, ele busca fundamentar o dever-ser com base no ser. Locke entende que a primeira lei da natureza é a preservação do gênero humano e não existe decreto humano que possa ser considerado bom quando se mostrar contraditório com tal lei.²³⁷

Na obra “*Segundo tratado sobre o governo civil*”, partindo da realidade da lei natural, Locke descreve o estado de natureza, no qual o homem usufrui de uma perfeita liberdade de agir, de dispor de sua pessoa e de suas propriedades nos limites da lei natural. No estado de natureza os homens são iguais e livres e o direito à resistência é legítimo quando os governantes usam de forma abusiva o poder e quando, ao contrário de preservar as propriedades do povo, as destrói.²³⁸

Assim como Hobbes, Locke aceitava a hipótese do contrato social, mas não o considerava gerador de onipotência estatal. Quando, pelo contrato unânime, os homens renunciam à sua absoluta liberdade primitiva para fundamentar a autoridade pública, eles abdicam em prol do poder apenas a parte de sua independência originária incompatível com a existência de uma sociedade política: o que conservam de sua liberdade natural constitui os direitos individuais. Inversamente ao pensamento de Hobbes, Locke encontra a liberdade como a base da ordem social. Destarte, os direitos individuais oriundos da liberdade natural não devem ao Estado sua origem nem sua consistência: anteriores a ele, eles lhe são opostos. Seu papel limita-se em, primeiramente, respeitá-los para, em sequência, garanti-los.²³⁹

Rousseau seguiria na mesma direção que Locke e, em sua teoria da vontade geral, ele a distingue da “vontade de todos”: a vontade de todos liga-se ao interesse privado e é a soma das vontades particulares, ao passo que a vontade geral se refere ao interesse comum (interesse geral). Rousseau entende que a lei é a expressão da vontade geral, na qual cada

²³⁵ ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 66.

²³⁶ ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 66-67.

²³⁷ MARTINS, Carlos Estevam; MONTEIRO, João Paulo. Vida e obra. *In*: LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 16.

²³⁸ MARTINS, Carlos Estevam; MONTEIRO, João Paulo. Vida e obra. *In*: LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 15.

²³⁹ MARTINS, Carlos Estevam; MONTEIRO, João Paulo. Vida e obra. *In*: LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 16.

homem participa igual e diretamente, pois é a lei que fixa os limites da liberdade originária e natural.²⁴⁰ Logo, a vontade geral não é a unanimidade, já que ela omite os mais e os menos que se destroem entre si; também não é a maioria: não a soma de opiniões comuns, mas um acordo de pontos de vista diferentes.^{241,242}

O Barão de Montesquieu também seria importante enquanto fonte imediata da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Em “*O espírito das leis*” (1748), Montesquieu defende a ideia de um governo moderado pela separação dos poderes.²⁴³ Seu pensamento gravita na ideia de que o direito é feito de leis no sentido científico que o termo indica, i.e., seriam relações necessárias que derivariam da natureza das coisas.²⁴⁴ Para Montesquieu o direito não é produto do acaso e as leis não saem do imaginário do legislador. As leis dependem das condições objetivas que lhes dão origem e o melhor governo é aquele que garante a liberdade dos cidadãos.²⁴⁵

Montesquieu faz uma imagem concreta da liberdade, diferente da ideia de Rousseau, bem mais abstrata. Rousseau entendia que um povo era livre quando as leis expressassem a vontade geral.²⁴⁶ Montesquieu percebeu que a liberdade não se fundava na matéria da qual são feitas as leis, nem de seu conteúdo: o poder do povo não é necessariamente a liberdade do povo. Assim, em Montesquieu, o ideal de liberdade é buscado em Inglaterra: pensar, falar, escrever e viver sem nada temer do poder, i.e., o essencial é que o poder estatal seja

²⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 37-38.

²⁴¹ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 38-39; ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 68.

²⁴² BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu modern**. Séculos XVII e XVIII, V. I. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 249.

²⁴³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 11.

²⁴⁴ “As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a Divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis. Aqueles que afirmaram que *uma fatalidade cega produziu todos os efeitos que observamos no mundo* proferiram um grande absurdo: pois que poderia ser mais absurdo do que uma fatalidade cega que teria produzido seres inteligentes? Existe, portanto, uma razão primitiva; e as leis são as relações que se encontram entre ela e os diferentes seres, e as relações destes diferentes seres entre si.” Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (*grifo do autor*).

²⁴⁵ Montesquieu entendia que existiam diferentes tipos de governos. O governo republicano seria aquele em que o povo em sua totalidade, ou apenas uma parte do povo, detém o poder soberano, comportando duas categorias: i) democracia, quando todo o povo detém o poder soberano; ii) aristocracia, quando é confiada a apenas uma parte do povo. O governo monárquico seria aquele em que um único governa por meio de leis fixadas e estabelecidas, i.e., não arbitrariamente. No governo despótico, ao contrário, um único, sem lei ou sem regras, comanda tudo por sua vontade e por seus caprichos. A cada tipo de governo, de acordo com sua natureza, corresponde um princípio que os movimenta. Na democracia, é a virtude, valendo o mesmo para a aristocracia, ou seja, é necessário que o puro civismo da democracia se revista de moderação. Na monarquia, é a honra; no despotismo, temor. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 120 ss.

²⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 37-38.

“moderado”.²⁴⁷ A liberdade, em Montesquieu, “é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder.”²⁴⁸ Assim, a liberdade (política) só se encontraria nos governos moderados,²⁴⁹ e o sistema que melhor garante a moderação e a liberdade é o da separação de poderes, fonte direta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, defendido por Montesquieu no capítulo IV do Livro XI de “*O espírito das leis*”.²⁵⁰

Tanto o pensamento de Rousseau, quanto o de Montesquieu, foram inspiradores diretos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Rousseau, com seu voluntarismo jurídico, e Montesquieu, com sua juridicidade, quebraram o paradigma clássico de natureza das coisas e da lei natural. É na cidade que eles colocam a lei, mais do que na natureza: o caminho é livre para encontrar, para a sociedade, leis que representem seus direitos, como seria feito mais tarde pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.²⁵¹

Não cabe, aqui, uma exposição alongada acerca da história da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,²⁵² pois, além de não ser o objeto de análise da tese, implicaria escrever páginas e páginas carregadas de pensadores e influências filosóficas diversas, gerando um risco desnecessário ao desenvolvimento do texto. O importante para o momento é fixar a seguinte ideia: inspirados na Declaração de Independência Americana (04.07.1776), os redatores da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao contrário dos americanos –

²⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

²⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

²⁴⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166

²⁵⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166-167.

²⁵¹ ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 73; BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu modern**. Séculos XVII e XVIII, V. I. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 249.

²⁵² “Tendo grande repercussão logo após sua proclamação, a Declaração de 1789, consolidada em 1791, perdeu em 1793 sua força jurídica, permanecendo como o típico símbolo revolucionário. A implantação da República francesa em 1792 foi a fonte de projetos constitucionais, de onde cada um comportava ‘sua’ Declaração dos direitos. Paradoxalmente, foi a constituição autoritária de 1852 que deu aos princípios de 1789 a oportunidade de uma nova afirmação em direito positivo. A Constituição de 1852, que deveria ser a do Segundo Império, é certamente mais simples no capítulo dos direitos e das liberdades. Seu art. 1º, cujas promessas estarão longe de serem cumpridas, enuncia que a Constituição reconhece os grandes princípios proclamados em 1789. Isso prova, pelo menos, que a Declaração de 1789 permanece sendo o texto de referência. É apenas no Preâmbulo da Constituição de 1946 que o povo francês vai reafirmar os princípios de 1789. Logo mais, ele reiterará seu ‘apego’ aos referidos princípios aprovando o Preâmbulo da Constituição de 1958. Mas será necessário esperar as decisões do Conselho Constitucional de 1970 e de 1971 – que afirmam o controle da constitucionalidade da lei em relação ao texto do Preâmbulo – para ter reconhecidas como direitos constitucionais positivos as disposições da Declaração de 1789 e do Preâmbulo de 1946. Em suma, é preciso falar de um destino tardio da Declaração dos Direitos do Homem ou de uma aplicação contínua, mas progressiva? É verdade que é necessário esperar 1948 para vê-los proclamados universalmente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e seu destino positivo europeu não começa antes de 4 de novembro de 1950, com a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.” Cf. ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. p. 101-102.

que procuravam os direitos do homem respeitando a lei natural -, buscaram construir os direitos (do homem) fundando uma sociedade civil.²⁵³

A liberdade seria reconhecida no art. 4º da DDHC:

Art. 4º: A liberdade consiste em poder fazer tudo quanto não incomode o próximo; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão nos que assegurem aos membros da sociedade o gozo desses direitos. Esses limites não podem ser determinados senão pela lei.

Gradualmente, desenvolveu-se uma atitude mais positiva para com a comunidade, especialmente quando os homens perceberam a necessidade de mais igualdade e liberdade (e também fraternidade), como forma de extirpar os abusos de uma sociedade despótica, individualista e egoísta. Rousseau teria apontado a direção, pois queria – de algum modo – absorver a individualidade: queria que o indivíduo tivesse participação direta no governo, ajudasse na elaboração de leis e tivesse liberdade para criticar e propor a sua revogação.²⁵⁴

Entretanto, para não perder coerência com os pressupostos que nos servem de guia, deve-se ressaltar que, em que pese ser possível compreender a liberdade sob uma fundamentação política, temos como base o conceito ontológico-existencial de liberdade.²⁵⁵

²⁵³ É justamente esse o conteúdo do preâmbulo datado de 26 de agosto de 1789: “Os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa lembrar-lhes sem cessar seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser a todo instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da Constituição e na felicidade de todos. (...)”. FRANÇA, **DDHC**, 1789.

²⁵⁴ BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**. Séculos XVII e XVIII, V. I. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 264.

²⁵⁵ Atualmente, desde o final do século XX, a partir dos estudos de Libet, a neurociência critica e coloca, além de cetismo, a negação do livre-arbítrio do ser humano, i.e., à semelhança das correntes filosóficas deterministas sobre a noção de liberdade, a neurociência exsurge como uma corrente crítica que aponta que nossas escolhas tomadas de modo inconsciente e até mesmo consciente não seriam livres, colocando em xeque nosso livre-arbítrio, ou seja, o poder de escolha, abalando toda a construção filosófica acerca do poder-ser que acima defendemos e, por consequência, nossa capacidade de autodeterminação, sendo que nossas escolhas conscientes, numa fração de 200 milissegundos, seriam o lugar de um mínimo de livre arbítrio do ser humano. Sobre isso, ver: MELE, Alfred. Free Will and Neuroscience: Decision Times and the Point of No Return. In: FELTZ Bernard. **Free Will, Causality, and Neuroscience**. vol. 338. Leiden: Brill, 2020. pp. 83–96. Ver, ainda: BONICALZI, Sofia. Actions and Intentions. **Free Will, Causality, and Neuroscience** In: FELTZ Bernard. **Free Will, Causality, and Neuroscience**. vol. 338. Leiden: Brill, 2020. pp. 120–42. LIBET B, *et. al.* Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act. **Brain**, [s.l.], v. 106, 1983, pp. 623–642. Tal construção científica oriunda da neurociência não podemos defender, pois, se assim o fizéssemos, perderíamos toda a base teórica sob a qual nos ancoramos e o sentido de ser desta investigação. Afinal, o homem, estabelecido sob o fundamento do cuidado existencial, tem a possibilidade de oferecer ou não cuidado para com o outro, dentro da perspectiva heideggeriana, como forma de concretização da sua liberdade ontológico-existencial, seja essa uma existência autêntica ou inautêntica. Assim, ainda que em nota de rodapé, importa colocar que o ser humano é, em princípio, autônomo e responsável por seus atos, pois, se não fosse assim, e aceitando os

Assim, a liberdade ontológico-existencial realizável no homem concreto, “é a latente possibilidade de *ser-no-mundo* do ser-aí.”²⁵⁶ Constituindo o ser-aí como *poder-ser*, tal liberdade não se expressa em uma espacialidade fechada do homem consigo mesmo, ganhando sua razão de ser *já-sempre-no-mundo*.²⁵⁷ O desdobramento ético da liberdade ontológico-existencial ganha concretude com o existencial do *cuidado*, constituinte do ser-aí (dimensão autônoma) enquanto ser-no-mundo e como ser-com (dimensão heterônoma), ou seja, a liberdade ontológico-existencial que atravessa o homem individual concreto, com fundamento na culpa originária,²⁵⁸ alcança sua projeção ético-relacional a partir do *cuidado-para-com-o-outro* como uma específica forma de concretização da liberdade existencial do homem.²⁵⁹

3.1.1 Estado Democrático de Direito e Direito penal

Neste tópico abordaremos as noções básicas que envolvem o modelo de estado adotado pela Constituição de 1988, qual seja, o Estado Democrático de Direito, princípio fundamental da república brasileira insculpido no art. 1º, *caput*, CF/88. Antes, porém, cabe uma sintética explanação acerca do processo evolutivo do modelo de estado. Pois bem.

Após a transformação dos Estados absolutistas em Estados Constitucionais ocorreu a desvinculação de dinastias e soberanos, implementando uma nova forma de organização do

argumentos neurocientíficos, como seria possível atribuir responsabilidade a quem quer que fosse se seus atos não fossem exercício da liberdade? Por tais motivos, que refulamos a abordagem negacionista da neurociência do poder de escolha oriundo do poder-ser, porque temos como base a noção filosófica da liberdade ontológica-existencial e sua ligação umbilical com o cuidado. Ainda, vale registrar as observações de Griffith: “It is also worth noting that the neuroscientific evidence about a complex network of causes will not, to my mind, do much to address questions about the ‘I’, whether understood transcendently or otherwise. Some philosophers deny the existence of a self. Others do not. Some philosophers who claim a self understand this self in naturalistic terms. Others do not. The neuroscientific evidence may have some bearing on how these views are constructed, but it is doubtful that it will change philosophical views concerning the metaphysical relationships between, say, me and my neural networks, and me and my actions.” Cf. GRIFFITH, Meghan. “Free Will and Modern Science.” *Analysis*, Nottingham (UK) vol. 73, no. 1, Oxford University Press, 2013, pp. 168–176, p. 173.

²⁵⁶ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e Fundamentos Filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 127.

²⁵⁷ “Mundo é aquilo ‘em que’ o ser-aí sempre já era, é aquilo para onde já sempre retorna quando vai. O mundo é essencialmente constituído pelo ser-aí. É o lugar em que todos os entes encontram significação, mas é, ao mesmo tempo, o lugar em já se movimenta o ser-aí que dá sentido aos entes. Por isso o homem já sempre está no mundo, ao qual se dirige, quando dispõe dos entes a que dá sentido. A significação é decisiva na constituição do mundo. A significabilidade é aquilo que constitui a estrutura do mundo em que o ser-aí enquanto tal sempre já está.” Cf. STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2011. p. 67.

²⁵⁸ BUONICORE, 2017, op. cit., p. 127-133; HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 321.

²⁵⁹ BUONICORE, 2017, op. cit., p. 127-133; HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012.

poder político que insculpia um Estado com poder despersonalizado, deixando de ser expressão concreta de um soberano para apresentar-se como uma instância da sociedade civil, cujas conquistas teriam como consequência *constituições*.²⁶⁰

Em sua fase inaugural, o Estado Constitucional do final do século XVIII até a primeira metade do século XIX, à luz do liberalismo político, consideraria a liberdade assegurada a partir da limitação do poder estatal sobre os cidadãos. Primeiramente, o escopo era domar o Leviatã, logo, o Estado deveria limitar-se a velar pela segurança através da certeza concedida pela lei.²⁶¹

O Estado estava incumbido de garantir segurança jurídica através da concretização de direitos individuais, direitos esses situados para além do Estado mesmo, e reflexos da consideração do homem enquanto princípio e fim do Estado, sendo a liberdade condição de desenvolvimento vital.²⁶² Tal virada paradigmática em relação ao regime anterior é sintetizada pela fórmula: “a liberdade individual é, em princípio, ilimitada, enquanto que a interferência do Estado na liberdade é, em princípio, limitada.”^{263,264}

Assim, o Estado Constitucional se apresentaria como Estado de Direito, conceito típico do liberalismo com influência no Direito positivo das revoluções americana e

²⁶⁰ BLANCO VALDÉS, Roberto L. **El valor de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 32. No mesmo sentido: FELDENS, Lucian. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*.

²⁶¹ FELDENS, Lucian. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*.

²⁶² FELDENS, Lucian. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*.

²⁶³ FELDENS, Lucian. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*. Ver ainda: GOMES CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 439-449.

²⁶⁴ “A Constituição do Brasil de 1988 – ao lado do princípio republicano e da forma federativa de Estado, princípios fundamentais da organização do Estado, inova ao incorporar o conceito de Estado Democrático de Direito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*. O conteúdo da legalidade – princípio ao qual permanece vinculado – assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, por meio dele, de intervenções que impliquem diretamente uma mudança substantiva nas circunstâncias de vida da comunidade política. O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.” Cf. GOMES CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.p. 439/449 (versão digital/ e-book)

francesa.²⁶⁵ Seguindo nessa linha, na segunda metade do século XIX implodiria a luta pela democratização do poder: os cidadãos reivindicam autonomia política, saindo da posição de meros expectadores e destinatários da ação política a efetivos participantes de seu exercício. Como bem delinea Feldens, trata-se de um período que se conclui já no século XX, a partir do reconhecimento da vontade popular manifestada em consultas eleitorais, através das quais seria escolhido quem ocuparia diretamente o poder político (Executivo e Legislativo). Deste modo, o Estado Constitucional converte-se em Estado Democrático.^{266,267}

Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito objetiva a igualdade e, assim, não lhe é suficiente limitar ou promover a atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. Destarte:

A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais. É com a noção de Estado de Direito, contudo, que o liberalismo e democracia se interpenetram, permitindo a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição, onde deve prevalecer o interesse da maioria. Assim, a Constituição é colocada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, enquanto tal, é aceita como poder legítimo.²⁶⁸

²⁶⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, 1977. **Obras completas II**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 365.

²⁶⁶ “Com efeito, são princípios do Estado Democrático de Direito: A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B – Organização Democrática da Sociedade; C – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado “de distância”, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado “antropologicamente amigo”, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F – Especialização de Poderes ou de Funções, marcada por um novo relacionamento e vinculada à produção dos ‘resultados’ buscados pelos ‘fins’ constitucionais; G – Legalidade que aparece como medida pelos ‘fins’ constitucionais; G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – Segurança e certeza jurídicas.” Cf. GOMES CANOTILHO, J. J. *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 439-449.

²⁶⁷ FELDENS, Lucian. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*. p. 7-66.

²⁶⁸ GOMES CANOTILHO, J. J. *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 551-552 (versão digital/ e-book). Ainda: “Desse modo, a noção de Estado Democrático de Direito – normatizada no art. 1º da Constituição do Brasil – demanda a existência de um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias assentadas no binômio democracia e direitos humanos fundamentais-sociais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria (geral) da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma compreensão adequada do conceito derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado.” GOMES CANOTILHO, J. J. *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 563-564.

Mas qual seria a influência da concepção constitucional de Estado na legitimação e limitação do poder criminalizador ou, dito de outra maneira, qual a relação entre o modelo de Estado, Constituição e o Direito Penal? Brevemente.

O ponto sensível se dá a partir do exercício do *ius puniendi* pelo Estado, que por sua vez deve encontrar os seus limites na própria Constituição, caso contrário, no império do Estado de Direito o totalitarismo excluiria qualquer forma de limitação pela sua mórbida natureza.

O Direito Penal, em razão da sua natureza repressora e punitiva, necessita de limites para não se tornar autoritário, demonstrando simetria e harmonia com a Constituição, pois interfere na liberdade do cidadão, só podendo ser restringida quando a conduta humana ofender bem jurídico-penal de relevância constitucional (p.ex., vida, integridade física, patrimônio etc.).²⁶⁹

Vives Antón escreve que o poder punitivo estatal é exercido para lograr certos objetivos e com sujeição a certas limitações de forma e conteúdo. Quem fixa tais objetivos e limitações é a Constituição: uma mudança constitucional profunda não poderia deixar de refletir no Direito Penal.²⁷⁰

Ferreira da Cunha traz as implicações entre Estado Democrático de Direito e Direito Penal. Partindo do princípio da liberdade e tolerância decorre a exclusão da legitimidade do Direito Penal para proteger valores puramente morais, religiosos ou ideológicos não ofensivos a bem jurídicos dotados de dignidade penal.²⁷¹

Em sociedades democráticas, cuja essência reside no princípio da liberdade, vinculado à exigência de respeito pela dignidade humana (frise-se, de todo e qualquer ser humano, quaisquer que sejam as suas particulares convicções e modo de vida); sociedades que não se baseiam num monismo axiológico, que protegem a diversidade étnica, sociedades pluralistas e, necessariamente compromissórias, não se poderia vir defender ser a moral e a ideologia majoritária, tampouco poderia se defender a punição de meras intenções, não sendo competência do Estado exercer o papel conformador ou um “tutor moral” dos cidadãos, mas, tão somente, a menos ambiciosa função de preservação dos bens essenciais para uma vida em

²⁶⁹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. **RPCC**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 151-198, 1994. p. 151-154.

²⁷⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Estado de Derecho y Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1982. p. 19

²⁷¹ FERREIRA DA CUNHA, Maria Conceição. **Constituição e crime**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 135-136. Ainda: (...) para tutelar meras intenções não exteriorizadas em factos, cuja punição redundaria numa intromissão na liberdade de consciência individual; e, assim, uma legitimidade criminalizadora limitada a condições básicas para a vida em comum, sendo certo que, numa sociedade democrática, pluralista e compromissória, estas condições não se podem identificar com aqueles valores puramente morais.” Cf. FERREIRA DA CUNHA, Maria Conceição. **Constituição e crime**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 136.

comunidade: o valor da liberdade individual e tolerância sobrepõem-se à moral dominante. Logo, o mandato de tolerância requer e exige do Estado, especialmente quanto a matérias referentes à religião ou ideologia, prescindir de regulamentações jurídicas.^{272,273}

Atualmente, o modelo de Estado (Constitucional) de Direito, tendo em conta sua estrutura de normatividade vinculada, o Direito Penal passa a encontrar guarida na Constituição.²⁷⁴ Isso quer dizer que seus institutos devem ser lidos à luz da Constituição, interpretados e reconstruídos a partir da Carta Fundamental. Assim, aquilo que com ela for incompatível deve ser expurgado do ordenamento jurídico.²⁷⁵ Ou seja, o Direito Penal é o Direito Penal Constitucional ao invés de um Direito Penal de base normativa legal, codificada, infraconstitucional.²⁷⁶

No âmbito do modelo de Estado Democrático de Direito o Direito Penal revela como base justificante e de legitimação a afirmação da autonomia e do livre desenvolvimento do indivíduo.²⁷⁷ O destinatário da norma penal é a pessoa, não a coletividade ou o próprio Estado, assim, a dignidade humana – fundamento da República – coloca o indivíduo no

²⁷² FERREIRA DA CUNHA, Maria Conceição. **Constituição e crime**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 137. Ainda, sobre a distinção entre direito e moral: “(...) esta distinção entre direito e moral, com importantes consequências em sede de despenalização, imposta pelo mandato de tolerância, é co-essencial a um Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais. Deste modo, as soluções das actuais reformas penais fazem sentido, não pelo apelo a um abstracto conceito de bem jurídico, capaz de, por si só, delimitar a área de uma legítima criminalização, mas em atenção a um conceito de bem jurídico mediatizado pela concreta Constituição do país em causa.” Cf. FERREIRA DA CUNHA, Maria Conceição. **Constituição e crime**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 139. Figueiredo Dias também se manifesta no mesmo sentido: “Ora, também a correcta determinação da função do direito penal só é possível no horizonte da concepção do Estado e do modelo valorativo jurídico-constitucional em que ela se traduz. No pensamento do Estado-de-direito material persiste a idéia-mestra de que toda a soberania reside no povo e de que este só aliena, para formação do poder do Estado, a quota-parte indispensável à criação de condições de livre realização da personalidade de cada homem. E porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente *pluralista* -, ao Estado falece por inteiro legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo, tudo deve ser deixado à livre decisão individual (...) *num Estado-de-direito material deve caber ao direito penal uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem, e cuja violação constitui o ‘crime’.*” Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal e Estado-de-direito material (sobre o método, a constatação e sentido da doutrina geral do crime). **Revista de Direito Penal**, [s. l.], n. 31, jan./jun. 1981, p. 43. (*grifo do autor*)

²⁷³ Sobre isso, ver: MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 18 .

²⁷⁴ PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal**. Buenos Aires: Aras, 1994. p. 59; FELDENS, Lucian. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 7/66 (versão digital/ e-book); MARINHO, Renato Silvestre. **Princípio da autorresponsabilidade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 31.

²⁷⁵ MARINHO, Renato Silvestre. **Princípio da autorresponsabilidade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 31.

²⁷⁶ PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal**. Buenos Aires: Aras, 1994. p. 59-60.

²⁷⁷ BECHARA, Ana Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. 2011. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p. 64 .

centro, não admitindo sua instrumentalização para qualquer finalidade. Logo, deve o Estado prestar serviço ao indivíduo, não o indivíduo servir aos fins propostos pelo Estado.²⁷⁸

Na maioria dos países que adotam o modelo de Estado Democrático de Direito as Constituições acabam por se apresentar como o freio contra abusos do Estado em se tratando de um Direito Penal eventualmente autoritário. É por isso que os princípios iluministas (legalidade, separação dos poderes etc.) – já devidamente preenchidos com conteúdo democrático – integram Constituições possuidoras de força normativa imediata, característica dos Estados Constitucionais.²⁷⁹ Aliás, a própria noção de bem jurídico-penal passa a encontrar sua fundamentação no texto constitucional.²⁸⁰

Esse sistema normativo constitucional possui o condão de vincular, formal e materialmente, o legislador, o juiz penal e todos os agentes públicos através dos quais o Estado exerce o *ius puniendi*, devendo, ainda que contra a maioria, atuar em respeito a tais princípios fundamentais limitadores da intervenção punitiva, sob pena de inconstitucionalidade.²⁸¹

Como bem coloca Feldens, o discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, antes de tudo, um discurso sobre sua adaptação material à Constituição. Para Feldens, ambos compartilham, entre si, uma relação axiológico-normativa por meio da qual a Constituição, ao mesmo tempo que garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal desde estruturas valorativas que lhe são inerentes, estabelece, em sentido contrário, limites materiais infranqueáveis pelo legislador penal.²⁸² Isto é feito com exclusividade, pois em ordenamentos jurídicos semelhantes ao nosso, nos quais adota-se, partindo-se de uma Constituição normativa, um conceito formal de lei, somente da Constituição haveriam de provir restrições

²⁷⁸ BECHARA, Ana Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. 2011. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p. 64. Assim também: MARINHO, Renato Silvestre. **Princípio da autorresponsabilidade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 32; FARIA COSTA, José de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 75-76; KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 73; HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorin. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 165.; PALMA, Maria Fernanda. O Direito Como Máquina Jurídica e o Controlo De Si Mesmo Como Fundamento De Responsabilidade. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 70, n. 4, 2014. p. 681–694.

²⁷⁹ BECHARA, Ana Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. 2011. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p. 409-410.

²⁸⁰ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **RPCC**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 151-198, 1994. p. 151; FELDENS, Lucian. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*. p. 7-66; BRICOLA, Franco. Tecnico di tutela penale. In: CANESTRARI, Stefano; MELCHIONDA, Alessandra. **Scritti di Diritto Penale: dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio**. Milano: Giuffrè, 1997. v. 1, t. 2. p. 1492.

²⁸¹ FELDENS, Lucian. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*.

²⁸² FELDENS, Lucian. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 378-379.

previamente dadas ao legislador, pois é certo que apenas o poder constituinte estaria habilitado a condicionar a atividade de um poder constituído como o Poder Legislativo.²⁸³

Feldens esclarece: quando se cogita de modo genérico acerca dos limites à atuação legislativa em sede penal, se está fazendo referência às condicionantes materiais que vertem da compreensão da Constituição em sua plenitude funcional, fazendo-a tanto como limite em sentido estrito quanto fundamento normativo da penalização. É dizer: em ambos os sentidos (penalização/despenalização) o legislador encontrará, em determinada medida, vinculações normativas que lhe são externamente conformadoras.²⁸⁴

De acordo com Feldens, é possível afirmar categoricamente que a liberdade de configuração do legislador penal não é, de modo algum, absoluta, mas relativa. Mesmo que seja detentor de um amplo espaço de atuação, não lhe é permitido editar uma lei em nome de sua legitimidade democrática: a democracia não se reduz a uma regra formal da maioria, pois, em uma democracia constitucional, a regra da maioria não deve prevalecer sempre e para tudo.²⁸⁵ Como escreve Ferrajoli, “há coisas que não pode decidir e algumas outras que não pode deixar de decidir”.²⁸⁶ Uma aproximação entre as funções da Constituição e as finalidades do Direito Penal possibilitará afirmar que o legislador penal se encontra materialmente vinculado à Constituição precisamente naquilo que se refere ao epicentro dessa relação entre a ordem constitucional e o Direito Penal: a tutela de direitos fundamentais.²⁸⁷

²⁸³ FELDENS, op. cit., p. 378-379; ÁLVAREZ GARCIA, Francisco Javier. **Introducción a la teoría del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 12

²⁸⁴ FELDENS, Lucian. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 379; FERREIRA DA CUNHA, Maria Conceição. **Constituição e crime**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 137-155.

²⁸⁵ FELDENS, Lucian. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 379; FERREIRA DA CUNHA, Maria Conceição. **Constituição e crime**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 137-155.

²⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 37; PRIETO SANCHIS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 104.

²⁸⁷ FELDENS, Lucian. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 379-380. Conclui Feldens: “1) é indubitável que a Constituição, funcionando como marco do desenvolvimento da política criminal do Estado, apresenta-se como um parâmetro de referência dos fatos legitimamente sujeitáveis à pena. Abre-se a discussão, todavia, quando se questiona se ela é o único parâmetro destinado a tal finalidade; 2) conquanto seja desejável, e até certo ponto lógico, que a tutela penal esteja orientada exclusivamente à proteção de valores que ostentem assento constitucional, esta segue sendo uma discussão que está longe de encontrar seu esgotamento teórico, seja sob a perspectiva do Direito Penal, seja sob a perspectiva do Direito Constitucional. 3) contribui a tanto, essencialmente, a constatação de que nem todas as Constituições são jovens a ponto de fazerem-se temporalmente consentâneas ao nascimento de ‘novos direitos’, fruto das sempre crescentes necessidades sociais, circunstância que lhes impediu, pelo menos em um primeiro momento, de realizar um expresse reconhecimento dessas novas objetividades jurídicas. Dessa sorte, se não desejarmos partir para referências indiretas à Constituição, fixando a legitimidade da penalização em cláusulas ou fórmulas políticas abertas (v.g., Estado Social) – hipótese em que não seria difícil encontrarmos, de forma mais ou menos remota, um aporte constitucional a lhe emprestar sustento -, haveremos de deixar essa

3.2 LIBERDADE: AUTONOMIA E RESPONSABILIDADE. À PROCURA DO FUNDAMENTO, FUNÇÃO E CONCEITO EM DIREITO PENAL

3.2.1 Liberdade e sua essência relacional no contexto jurídico-penal.

Por mais paradoxal que pareça, pode-se dizer que o Direito Penal exprime uma ordem de liberdade. Paradoxal porque, mesmo sendo a manifestação punitiva do Estado – ordem de repressão –, tem na liberdade sua estrela polar.²⁸⁸

Faria Costa escreve que a afirmação inequívoca do espaço de liberdade de cada indivíduo – liberdade de comportamento e atitudes – só é efetivamente atuante se se conceber e agir reflexivamente desde um campo de comportamentos definidos como livres.²⁸⁹ A liberdade, nesse contexto, pode conformar um direito que ganha concretude e densidade quando sobre ela o homem é capaz de aprofundar a própria liberdade, i.e., em uma autorreflexão da liberdade para com a liberdade. À tal reflexão, a pedra de toque é o Direito Penal. Para ser livre, é necessário aceitar-se um limite: eis o paradoxo novamente. O instrumento legitimado a fincar o limite é o Direito Penal através da proibição das condutas que ofendem ou põe em perigo bens jurídico-penais dignos de tutela (no mínimo, uma ofensa de cuidado-de-perigo).²⁹⁰ Significa dizer: para ser livre, é necessário aceitar e reconhecer um

questão ainda em aberto. 4) muito embora o que vimos de afirmar, devemos reconhecer que a penalização de determinada conduta agregará tanto mais em seu favor a presunção de legitimidade constitucional quanto mais (diretamente) referir-se instituída à proteção de um bem jurídico de residência constitucional. 5) nesse contexto, não mais se pode duvidar da legitimidade da penalização de condutas atentatórias a bens jurídicos transindividuais que, enquanto tais, receberam incorporação constitucional (v.g., ordem econômica, sistema financeiro) mormente quando, a exemplo dos tradicionais bens jurídicos de primeira geração, se demonstrem inequivocamente referíveis à pessoa.” Cf. FELDENS, Lucian. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. *In*: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 379-380. p. 390-391. Ver, ainda: CASTANHEIRA NEVES, António. As fontes do direito e o problema da positividade jurídica. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 51, p. 115-204, 1975. p. 116.

²⁸⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 16.

²⁸⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 16.

²⁹⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 327; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 155-156.

“não” - constitutivo da liberdade - que, no trilho do Estado Democrático de Direito, enquanto limitação essencial, nos é dado pelo Direito Penal.²⁹¹

Em termos jurídico-penais, todos são livres para fazer o que a lei não proíbe e a liberdade é exercida a cada momento de aceitação do limite pelos membros de dada comunidade. É por isso que a liberdade – jurídico-penalmente contextualizada – tem essência relacional:²⁹² reconhecendo a liberdade do outro enquanto ser-aí-diferente, reconhece-se a própria liberdade. Isso possibilita o estabelecimento da teia recíproca de cuidados que a linha onto-antropológica tão nitidamente expressa: o cuidado do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro”.^{293,294} Assim, o cuidado do “eu” (cuidado individual) só angaria sentido no abrir-se ao cuidado para com o “outro”.²⁹⁵

O cuidado surge como deslocação da constituição originária do “eu” que procura ter sua aplicação na abertura para com os “outros”,²⁹⁶ não por qualquer medida de solidariedade descabida, mas porque o cuidado do “eu” passa pelo cuidado com o “outro”; no cuidado-para-com-o-outro reside o cuidado do eu.²⁹⁷ Logo, o “eu”, para ser, requer o cuidado do “outro”.²⁹⁸ Se o Direito Penal revela o nosso mais profundo modo-de-ser com os outros,²⁹⁹ o cuidado, enquanto constituição e modo-de-ser próprio do homem,^{300,301} tem ligação umbilical com o

²⁹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 16 .

²⁹² FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 16.

²⁹³ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 250 ; FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.; FARIA COSTA, José Francisco de. Ilícito-típico, resultado e Francisco hermenêutica (ou retorno à limpidez do essencial). **RPCC**, [s. l.], n. 12, 2002, p. 7; FARIA COSTA, José de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 214-215; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45 .

²⁹⁴ “O cuidado heideggeriano é, por tudo que temos visto, uma categoria evidentemente existencial. Isto, todavia, não impede que possamos percebê-la como elemento essencial do existir, para, no segmento de Faria Costa, buscar a sua dimensão relacional que apenas na pessoa do outro, na relação que a partir do outro se torna possível, ganha sentido.” Cf. D’AVILA, 2009, op. cit., p. 48-49.

²⁹⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 319. Aliás, inclui-se dentro da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, como não poderia deixar de ser, o *ato médico*, i.e., o *ato médico* representa uma categoria onto-antropológica originária pelo ato de *curar*. Assim, *vide*: FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 400, nota 89.

²⁹⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992..

²⁹⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 224; FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 319.

²⁹⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 35; FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 249.

²⁹⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 15.

³⁰⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45 .

perigo:³⁰² o cuidado é sempre cuidado-de-perigo,³⁰³ pois são duas faces de uma mesma realidade.³⁰⁴

Portanto, o cuidado-de-perigo só possui intencionalidade fundante se a abertura que lhe é conexas for alcançada através da liberdade.³⁰⁵ Se o cuidado-de-perigo é sempre uma relação de cuidado-de-perigo, isso o torna diferente do valor e da verdade consagrados pela liberdade.³⁰⁶ Contudo, só há sentido se a liberdade estiver presente enquanto valor histórico com força para envolver os modos de ser individual e coletivo: se assim não o for – se a relação de cuidado-de-perigo não se basear na liberdade –, o cuidado originário se desvirtua.³⁰⁷ Faria Costa escreve : “(...) mesmo que não se afirme como destruidor de relações originárias, é manifestação, não de abertura, mas de fechamento tirânico onde o eu não se reconhece no outro, nem este, obviamente, naquele (...) os homens são *relatio*, todo o direito, mormente o direito penal, passa por um juízo de comparação analógica.”³⁰⁸

Algumas linhas a mais se fazem necessárias à compreensão que se busca.

³⁰¹ Sobre o cuidado heideggeriano e sua prova pré-ontológica, vale citar a respectiva alegoria do cuidado (*die Sorge*), conforme tradução de Ernildo Stein: “Quando um dia o Cuidado atravessou um rio, viu ele terra em forma de barro: meditando, tomou uma parte dela e começou a dar-lhe forma. Enquanto medita sobre o que havia criado, aproxima-se Júpiter. O Cuidado lhe pede que dê espírito a esta figura esculpida com barro. Isto Júpiter lhe concede com prazer. Quando, no entanto, o Cuidado quis dar seu nome a sua figura, Júpiter o proibiu e exigiu que lhe fosse dado o seu nome. Enquanto o Cuidado e Júpiter discutiam sobre os nomes, levantou-se também a Terra e desejou que à figura fosse dado o seu nome, já que ela tinha-lhe oferecido uma parte do seu corpo. Os conflitantes tomaram Saturno para juiz. Saturno pronunciou-lhes a seguinte sentença, aparentemente justa: Tu, Júpiter, porque deste o espírito, receberás na sua morte o espírito; tu, Terra, porque lhe presenteaste o corpo, receberás o corpo. Mas porque o Cuidado por primeiro formou esta criatura, irá o Cuidado possuí-la enquanto ela viver. Como, porém, há discordância sobre o nome, irá chamar-se *homo* já que é feita de *humus*.” Cf. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 87-88. Heidegger encontrou essa prova pré-ontológica, que vem em seguida de interpretação ontológico-existencial do *Dasein* como cuidado, por meio de um artigo de K. Burdach, “*Faust und die Sorge*”. Burdach mostra que Goethe tomou de Herder e reelaborou para a segunda parte de seu *Fausto* a fábula da *cura*, transmitida como fábula 220 de Hyginus. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 551-553/198, §42. No que tange à alegoria do cuidado heideggeriano, *vide*: PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura do Ser e Tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1993. p. 43-95; PÖGGLER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger**. Lisboa: Piaget, 1993, p. 89 ; MACDOWEL, João A. **A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 190 ; VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996. p. 47 ; STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2011. p. 67; ALMEIDA, Rogério da Silva. **O cuidado no Heidegger dos anos 20**. UFRGS. Tese de Doutorado em Filosofia. Porto Alegre: 2012. p. 84; ZAGALO-CARDOSO, J.A.; SILVA, António Sá da. **A Ética Do Cuidado à Luz Da Fábula/Mito De Higinio e Da Tragédia Filoctetes, De Sófocles**. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 66, n. 1, 2010, p. 81–88.

³⁰² FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 327.

³⁰³ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

³⁰⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 327.

³⁰⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 423.

³⁰⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 423.

³⁰⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 423.

³⁰⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 423. Ver, ainda: BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao Direito**. 3. ed. Combra: GestLegal, 2019. p. 121-123.

O cuidado fundamenta o homem, que é ser-no-mundo e, enquanto ser-no-mundo, é um ser-para-a-morte, pois é finito e guiado pela temporalidade.³⁰⁹ Com isso, i.e., sabendo da sua finitude, o homem deve cuidar do seu existir, mas a certeza da morte gera angústia em muitos.³¹⁰ Na compreensão fenomenológica existencial sob o atento olhar do Direito Penal, o ser humano, por sua própria constituição ontológica, se apresenta vulnerável em relação ao cuidar do seu existir. Esta vulnerabilidade, por sua vez, possibilita uma procura interminável em minimizar os sentimentos de angústia e de culpa.³¹¹

É de tal vulnerabilidade do cuidado do “eu” que surge abertura, v.g., para a autorresponsabilidade, que tem como pressuposto a *plenitude* da autonomia individual, pois o homem não vive solto no mundo, sem rumo qualquer. Por sua condição ontológica de abertura, de ter-que-ser alguma coisa o tempo todo, o homem se entrelaça no mundo através da busca incessante pelo sentido. O sentido da existência consiste no estar-lançado-no-mundo, como seu destinar-se, seu rumo. E é esse sentido da existência que vai impulsionando e pressionando a mundanização do nosso mundo, toda a ambientação de nosso lugar de vida, nosso trabalho, nosso fazer. Assim, a força motivadora da vida humana é a busca que o

³⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 649: “(...) o fundamento ontológico originário da existencialidade do *Dasein* é a *temporalidade*. Só a partir da temporalidade pode ser entendida existencialmente a totalidade estrutural articulada do ser do *Dasein* como *Sorge*. A interpretação do sentido-do-ser do *Dasein* não pode se deter nessa prova. A análise existencial temporal desse ente requer comprovação concreta. As estruturas ontológicas do *Dasein* obtidas anteriormente devem ser postas-em-liberdade retrospectivamente em seu sentido temporal. A cotidianidade se desvenda como *modus* da temporalidade, pois, através dessa repetição da análise-fundamental preparatória do *Dasein*, o próprio fenômeno da temporalidade se torna ao mesmo tempo mais transparente. A partir dela se pode entender, então, por que o *Dasein* é e pode ser histórico no fundamento do seu ser e por que, como *histórico*, ele pode desenvolver conhecimento-histórico. Como complemento ao que Heidegger entende como sendo o fundamento da existência, a temporalidade, vale o registro de Pasqua: “O fim do ser-no-mundo é a morte. Este fim que pertence ao poder-ser, i.e., à existência, delimita e determina a cada instante a totalidade possível do *Dasein*. No entanto, o ser-chegado-ao-fim do *Dasein* na morte e, com ele, o seu ser todo, não poderá ser incluído de maneira fenomenalmente adequada na elucidação do seu ser-todo possível, se não for obtido um conceito ontologicamente suficiente, ou seja, existencial da morte. A morte deve, pois, afirmar-se como um existencial, ou seja, como fazendo constitutivamente parte do ser do *Dasein*. Já o vimos, a existência é saída, abertura. A abertura transforma o ser em possibilidades: ek-sistência significa poder-ser. Ora, a morte inscreve-se no *Dasein* como uma possibilidade. Ela pode, assim, ser considerada ontologicamente. Este poder-ser é um desdobramento da ek-sistência. Enquanto o *Dasein* existe, ele pode ser qualquer coisa que ainda não é. Eu sou a cada instante o ente que é assim. Este ter a ser a cada instante, eis o cuidado: é no cuidado que está incluído o ser do *Dasein*. O cuidado é cuidar de sair daí. É por isso que nunca poderá captar o *Dasein* na sua totalidade. Há sempre qualquer coisa que pode ser ainda e que escapa. O cuidado só se tornará existencialmente inteligível, porque o fundamento ontológico último da ek-sistência é a temporalidade: se é a temporalidade que constitui o sentido originário do *Dasein* e se, por outro lado, para este ente no seu ser está em causa esse mesmo ser, então é preciso que o cuidado tenha necessidade de tempo e que conte com o tempo.” Cf. PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura do Ser e Tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1993. p. 116. Ver, ainda, p.ex.: STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2011. p. 69; LOPARIC, Zeljko. **Ética e finitude**. São Paulo: Escuta, 2004. p. 61.

³¹⁰ BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao Direito**. 3. ed. Coimbra: GestLegal, 2019. p. 122.

³¹¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 653.

homem empreende para dar um sentido à sua existência. Ao dar-se conta de ser, de poder-ser, o homem percebe que tem que dar conta de seu ser, ou seja, tem que dar conta de sua existência e, sobretudo, isto está sob sua responsabilidade.³¹²

Cuidar verdadeiramente do outro não significa, assim, nem racionalmente normatizá-lo, nem socializá-lo, tampouco quer dizer inserir o outro numa história coletiva.³¹³ O futuro aberto pelo cuidado não promete um final salutar, apenas possibilita o agir na situação presente.³¹⁴

3.2.1.1 Liberdade Negativa e Liberdade Positiva

Os conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva não se excluem, mas podem colidir. Liberdade negativa exprime a ideia de ausência de obstáculos, barreiras ou restrições, em sua formulação clássica.³¹⁵ Já a liberdade positiva é a possibilidade de agir – ou o fato de agir – de modo que se assuma o controle da vida a fim de realizar seus objetivos fundamentais.³¹⁶ Mas essa distinção merece algumas linhas para clarear o desenvolvimento da investigação.

Um exemplo pode elucidar a diferença entre liberdade negativa e liberdade positiva, segundo a esclarece Berlin: um motorista dirige seu carro pela cidade e chega a uma bifurcação no meio da estrada. Ele vira à esquerda sem qualquer interferência para seguir um ou outro caminho. Na sequência, ele chega a uma encruzilhada: ele vira à direita sem que ninguém estivesse lhe impedindo de ir para a esquerda ou mesmo para frente. Não há tráfego, desvios ou barreiras policiais. O motorista, nessa situação, parece ser totalmente livre. Mas a situação se altera se o fato pelo qual o motorista foi para a esquerda e para a direita se deu por ser viciado em tabaco e estar desesperado para chegar até a mais próxima tabacaria aberta.

³¹² SODELLI, Marcelo. A abordagem proibicionista em desconstrução: compreensão fenomenológica do uso de drogas. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n.3, p. 637-644, 2010; LOPARIC, Zeljko. **Ética e finitude**. São Paulo: Escuta, 2004. p. 64.

³¹³ LOPARIC, Zeljko. **Ética e finitude**. São Paulo: Escuta, 2004. p. 68.

³¹⁴ LOPARIC, Zeljko. **Ética e finitude**. São Paulo: Escuta, 2004. p. 68-70.

³¹⁵ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 137; BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. p. 121; MACCALLUM JR., Gerald C. Negative and positive freedom. **The Philosophical Review**, v. 76, n. 3, p. 312-334, jul. 1967; RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1971; CARTER, Ian. Positive and Negative Liberty. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. [s. l.: s. n.], 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/liberty-positive-negative/>. Acesso em: 10 set. 2019; HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 43 ; DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004. p. 371-399.

³¹⁶ CARTER, Ian. Positive and Negative Liberty. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. [s. l.: s. n.], 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/liberty-positive-negative/>. Acesso em: 10 set. 2019.

Nesse caso, o motorista não dirige, é conduzido, pois sua vontade de fumar o leva a controlar a roda primeiro para a esquerda e depois para a direita. Soma-se a isso o fato de que, virando à direita na encruzilhada, o motorista provavelmente perderá um trem que o levaria a um evento muito importante para sua carreira profissional. O motorista pode até desejar libertar-se desse impulso irracional que ameaça não somente sua saúde, mas também de fazer o que deveria estar fazendo.³¹⁷

Esse singelo exemplo apresenta duas maneiras de pensar a liberdade: (i) partindo da ideia da liberdade como ausência de obstáculos externos ao agente, alguém é livre se ninguém impedi-lo de fazer o que quiser, logo, no exemplo narrado o motorista parece ser livre; (ii) partindo da ideia de liberdade como a presença de controle por parte do agente, para ser livre, deve-se autodeterminar, i.e., poder controlar seu próprio destino em seus próprios interesses, logo, no exemplo narrado, o motorista não é livre, pois não controla seu impulso pelo tabaco mesmo consciente dos malefícios.

Para Berlin, as duas ideias acima esboçadas correspondem aos conceitos de liberdade negativa e positiva, respectivamente.³¹⁸ O motivo pelo qual Berlin utiliza esses conceitos é que, no primeiro caso, a liberdade é compreendida como a mera ausência de algo (interferência, obstáculos, restrições etc.),³¹⁹ já no segundo caso é necessário a presença de algo (controle, autodomínio, autodeterminação etc.). Segundo Berlin, o conceito negativo busca responder: “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?”³²⁰ Já o positivo: “Qual, ou quem, é a fonte de controle ou interferência que pode determinar alguém a fazer, ou ser, isso e não isso?”³²¹ A liberdade negativa significa liberdade

³¹⁷ CARTER, Ian. Positive and Negative Liberty. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. [s. l.: s. n.], 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/liberty-positive-negative/>. Acesso em: 10 set. 2019. p. 1-2.

³¹⁸ BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. p. 121-122.

³¹⁹ Liberdade como relação triádica: MACCALLUM JR., Gerald C. Negative and positive freedom. **The Philosophical Review**, v. 76, n. 3, p. 312, jul. 1967.; RADIN, Max. Fundamental Concepts of the Roman Law. **California Law Review**, Los Angeles, v. 12, n. 6, p. 481-495, 1924. p. 486.; BALDWIN, Roger N. Personal Liberty. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Columbia (USA), v. 185, p. 162-169, 1936, p. 164; FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. **The Journal of Philosophy**, Waterbury (USA), v. 68, n. 1, p. 5-20, 1971, p. 7.; McLEOD, Carolyn. How to Distinguish Autonomy from Integrity. **Canadian Journal of Philosophy**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 107-133, 2005. p. 109

³²⁰ BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. p. 121-122.

³²¹ BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. p. 121-122.

de (nenhuma interferência além da fronteira móvel, sempre identificável).³²² A liberdade positiva, liberdade *para* (autodeterminar-se, autocontrolar-se).³²³

Honneth escreve que a ideia de que a liberdade do indivíduo consiste na busca de interesses particulares sem que existam impedimentos “de fora” assenta numa arraigada intuição do individualismo moderno. Esse traço da liberdade negativa surge com maior nitidez quando a especificação individual é despida de seu caráter elitista, convertendo-se numa conquista cultural das massas.^{324,325}

Quanto à liberdade positiva, Berlin já alertava para a incidência de um paradoxo: o conceito positivo de liberdade traz consigo um perigo de querer tudo e a todos controlar. Berlin está se referindo diretamente aos governos autoritários do início do século XX e ao paternalismo estatal.³²⁶

³²² BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. p. 121-122.

³²³ BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. p. 122; MACCALLUM JR., Gerald C. Negative and positive freedom. **The Philosophical Review**, v. 76, n. 3, p. 312, jul. 1967. p. 312-316; FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. **The Journal of Philosophy**, Waterbury (USA), v. 68, n. 1, p. 5–20, 1971. p. 7.; McLEOD, Carolyn. How to Distinguish Autonomy from Integrity. **Canadian Journal of Philosophy**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 107–133, 2005. p. 109; KELLER, Heidi. Psychological Autonomy and Hierarchical Relatedness as Organizers of Developmental Pathways. **Philosophical Transactions: Biological Sciences**, London (UK), v. 371, n. 1686, 2016, p. 1-9, 2016.; EKSTROM, Laura Waddell. A Coherence Theory of Autonomy. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 53, n. 3, p. 599-616, 1993. p. 600; HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, p. 43-47, 2000.; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. *E-book*.

³²⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, p. 46-47, 2015. Para Honneth: “(...) da determinação meramente negativa da liberdade tem-se, de certo modo, uma transição contínua para o negativismo da concepção de justiça que dela resulta: aquilo a que normativamente se visa é uma restrição, por uma política de segurança, daquela liberdade negativa cuja manutenção é seu eixo gravitacional e ponto cardinal. Todas as insuficiências reveladas pela ideia de liberdade negativa remetem, em última instância, ao fato de ela cessar antes do limiar legítimo da autodeterminação individual. Para se conceber um tipo de liberdade que contivesse um elemento de autodeterminação, seria necessário apreender também o objetivo do agir como um rebento da liberdade: o que o indivíduo realiza, quando age livremente, poderia ser visto como resultado de uma determinação, que ele próprio realiza para si. Entretanto, o conceito de liberdade negativa se refere inteiramente à liberdade externa da ação, enquanto seus objetivos são confiados às forças que operam de maneira causal: em Hobbes era a natureza contingente do interesse próprio individual; em Sartre, a espontaneidade da consciência pré-reflexiva; e em Nozick, por fim, o acaso de desejos e preferências pessoais que decidem por quais objetivos o sujeito vai orientar sua ação. Em nenhum desses casos a liberdade do sujeito adentra a possibilidade de estabelecer seus próprios fins, que ele deseja realizar no mundo; é sempre a causalidade, seja da natureza interna, seja do espírito anônimo que conduz o sujeito, que está em suas costas, à escolha de seus objetivos de ação. Só mesmo para além das fronteiras assim caracterizadas que se começa a delinear o conceito a que se faz referência na modernidade, quando se fala em autodeterminação individual (...)” Cf. HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, p. 46-47, 2015. p. 56-57.

³²⁵ Para uma visão radicalizada da concepção hobbesiana de liberdade negativa, buscando a constituição ontológica da liberdade, ver: SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 542-543.

³²⁶ “(...) uma coisa é dizer que posso ser coagido em meu próprio benefício e que sou cego demais para perceber: isso poderá, naquele momento, ser bom para mim; na realidade, poderá ampliar o escopo da minha liberdade. Outra coisa é dizer que, se é para o meu bem, então não estou sendo coagido, pois eu o desejei, esteja ou não consciente disso, e que sou livre (ou verdadeiramente livre) mesmo quando meu pobre corpo e minha ingênua mente o recusem com firmeza e lutem contra aqueles que, por mais beneficentemente que seja, procuram impô-lo, com o maior desespero.” (BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. *In*: BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. p. 133). Sobre isso, ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 221, nota 121.

Alexy escreve que só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação. Caso o objeto da liberdade for uma alternativa de ação, falar-se-á em uma "liberdade negativa". Uma pessoa é livre em sentido negativo quando a ela não são vedadas alternativas de ação.³²⁷ O conceito negativo de liberdade, destaca Alexy, nada diz acerca daquilo que uma pessoa que é livre em sentido negativo deve fazer ou, sob certas condições, irá fazer; o conceito negativo diz apenas algo sobre suas possibilidades de fazer algo. O conceito mais amplo de liberdade, do qual a liberdade jurídica é uma manifestação especial, é, por isso, uma relação triádica,³²⁸ cujo terceiro elemento é uma alternativa de ação.³²⁹

Para Alexy, a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa se dá pelo fato de que no caso da primeira o objeto da liberdade é uma única ação, ao passo que no caso da segunda ele consiste em uma alternativa de ação. Alexy utiliza ambos os conceitos para chegar na ideia de liberdade jurídica.^{330,331}

O conceito de liberdade negativa fixado por Alexy é mais amplo que o habitual, enquanto o conceito de liberdade positiva é mais restrito. Para esclarecer, utiliza o exemplo da emigração:

(...) o objeto da liberdade é a alternativa de ação emigrar ou não emigrar. Aqui, interessam apenas dois dos diversos obstáculos a que uma pessoa *a* pode ser submetida em relação a essa alternativa de ação. A emigração de *a* pode ser juridicamente proibida, mas pode ser também que ela não seja possível em razão de falta de dinheiro. No primeiro caso existe uma não-liberdade jurídica; no segundo caso, uma econômica. Ambos os casos, contudo, enquadram-se no conceito de liberdade negativa aqui desenvolvido. A partir de um uso linguístico muito difundido, somente a liberdade jurídica seria caracterizada como "liberdade negativa". A econômica seria, quando muito, classificada como liberdade positiva. A distinção corrente tem sua justificativa. Para que a passe de uma situação de não-liberdade econômica para uma situação de liberdade econômica, ele tem que obter ou adquirir algo. Se a transformação da situação de não-liberdade econômica em

³²⁷ IOSA, Juan. Libertad Negativa, Autonomía Personal Y Constitución / Negative Liberty, Personal Autonomy And Constitution. **Revista Chilena De Derecho**, Santiago (Chile), [s. l.], v. 44, n. 2, p. 495–518, 2017. p. 496.

³²⁸ MACCALLUM JR., Gerald C. Negative and positive freedom. **The Philosophical Review**, [s. l.], v. 76, n. 3 jul. 1967. p. 315.

³²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 221.

³³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 222.

³³¹ Alexy explica a liberdade jurídica por meio de um enunciado: (1) *x* é livre (não-livre) de *y* para fazer *z* ou não fazer *z*. Decompondo melhor, Alexy chega à formulação seguinte: (2) *a* está livre de proibições jurídicas para expressar ou não-expressar sua opinião. Tal enunciado é equivalente a: (3) é (juridicamente) permitido que *a* expresse sua opinião, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de expressar sua opinião. Esse último enunciado expressa a liberdade jurídica de maneira mais simplificada e clara. A transformação do enunciado (2) em (3) é possível na medida em que entre o obstáculo à liberdade e o objeto da liberdade existe uma relação analítica, logo a “proibição jurídica é exatamente a proibição do objeto da liberdade.” Cf. ALEXY, op. cit., p. 222. A partir disso, é possível apoiar-se e, simultaneamente, apartando-se do conceito de liberdade jurídica, construir um conceito de liberdade fática, contraposto à liberdade jurídica: (4) “Em relação a uma alternativa de ação juridicamente livre, *a* é faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido.” Cf. ALEXY, 2015, op. cit., p. 227.

uma situação de liberdade econômica tiver que ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado, então, a ele pode ser concedido um direito a uma prestação em face do Estado, ou seja, um direito a uma ação estatal positiva. Já para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária, ao contrário, apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação negativa.³³²

Alexy complementa dizendo que para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa, sendo inegável que essa diferença tem grande importância: baseando-se na tradição, tanto a concepção ampla de liberdade negativa, quanto a concepção restrita, podem suscitar uma pretensão ao predicado "negativa", e em ambos os casos a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa possuiriam um significado fundamental. Nesse caso, Alexy entende ser apropriado que se fale em liberdade negativa em sentido amplo e liberdade negativa em sentido estrito.³³³

A liberdade negativa em sentido estrito equivaleria à concepção liberal de liberdade. Uma liberdade negativa em sentido estrito é sempre também uma liberdade negativa em sentido amplo, mas nem toda liberdade negativa em sentido amplo seria também uma liberdade negativa em sentido estrito: “Uma liberdade negativa em sentido estrito deriva da relação triádica de liberdade quando o objetivo da liberdade são alternativas de ação e o obstáculo à liberdade são ações obstaculizadoras de terceiros, sobretudo do Estado.”³³⁴

Na realidade, os conceitos acima lançados não nos parecem suficientes para apreender o núcleo, a essência da autonomia individual em âmbito jurídico-penal e seus fundamentos, funções e, finalmente, o conceito. Será necessário voltar o olhar juridicamente interessado à raiz kantiana e suas consequências jurídico-filosóficas.³³⁵

3.3 LIBERDADE ENQUANTO AUTONOMIA INDIVIDUAL: KANT.

Tendo em vista que foi proposta a fundamentação da autonomia individual em Direito Penal, iremos percorrer o caminho anterior às ideias dos pensadores elencados nas linhas passadas para encontrar e debater a ideia kantiana acerca da autonomia como parte da moralidade e entender quais as lacunas que deverão ser preenchidas para que seja possível fundamentá-la de acordo com os pressupostos até aqui lançados e que serão melhor articulados a seguir. Pois bem.

³³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 223-224.

³³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 224.

³³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 224.

³³⁵ HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 29.

Kant afirma que a razão não se constitui somente por uma dimensão teórica (busca conhecer, ou até mesmo ultrapassar seus limites), mas também por uma dimensão prática, que irá determinar seu objeto mediante a ação: logo, a razão cria o mundo moral no qual poderão ser encontrados os fundamentos da metafísica kantiana.³³⁶ Kant buscou demonstrar a necessidade de formular uma filosofia moral pura, independente de tudo que possa ser empírico: a moral é concebida com independência de todo e qualquer impulso e/ou tendências naturais (ou sensíveis),³³⁷ pois a ação moralmente boa seria aquela que obedecesse unicamente à lei moral em si mesma.³³⁸ Desta forma, a lei moral é estabelecida (unicamente) pela razão, apontando que a liberdade, enquanto postulado necessário da vida moral, que somente se torna possível, em Kant, quando a razão estabelecer, por si só, o que deve ser obedecido no campo da conduta (ou ação).³³⁹ Kant questiona: “mas que lei pode ser então

³³⁶ “Uma acção praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina; não depende portanto da realidade do objecto da acção, mas somente do princípio do querer segundo o qual a acção, abstraindo de todos os objectos da faculdade de desejar, foi praticada. Que os propósitos que possamos ter ao praticar certas acções e os seus efeitos, como fins e móveis da vontade, não podem dar às acções nenhum valor incondicionado, nenhum valor moral, resulta claramente do que fica atrás. Em que é que reside, pois, este valor, se ele não se encontra na vontade considerada em relação com o efeito esperado dessas acções?” Para Kant, a resposta para tal indagação não pode residir em mais parte alguma senão no princípio da vontade, abstraindo, para tanto, dos fins que possam ser realizados por uma tal acção; pois que a vontade está colocada entre o seu princípio a priori, que é formal, e o seu móbil a posteriori, que é material, por assim dizer numa encruzilhada; e, uma vez que ela tem de ser determinada por qualquer coisa, terá de ser determinada pelo princípio formal do querer em geral quando a acção seja praticada por dever, pois lhe foi tirado todo o princípio material.” Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 30//BA 13. Ver, ainda, MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 390-3829.

³³⁷ “(...) uma ação é em última instância a passagem de uma possibilidade para a realidade afetiva, de uma *potentia* para o *actus*. No que concerne em particular à ação moral, contudo, o que age eticamente não se conforma com a unicidade de uma ação moral: ele faz ainda outra coisa, na medida em que faz com que o ato ganhe o caráter de hábito. O que era uma ação moral torna-se agora postura moral. Assim, poderíamos dizer: a decisão de hoje é o impulso de amanhã.” Cf. FRANKL, Viktor E. **Logoterapia e Análise Existencial**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p.

³³⁸ HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 29; KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 30//BA 13; DARWALL, Stephen L. A Defense of the Kantian Interpretation. **Ethics**, Chicago (EUA), v. 86, n. 2, p. 164–170, 1976. p. 167; ROSTBØLL, Christian F. Kantian Autonomy and Political Liberalism. **Social Theory and Practice**, Miami (EUA), v. 37, n. 3, p. 341–364, 2011.; MAHOWALD, M. B. Biomedical ethics: a precious youth. In: DEMARCA, J.; FOX, R. M. **New directions in ethics**. London: Routledge and Kegan Paul, 1986. p. 27; MILLER, Bruce L. Autonomy. **Encyclopedia of Bioethics**. 3. ed. v. I, A-C. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011. p. 246; MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 167; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 63 ; SNEDDON, Andrew. What's Wrong with Selling Yourself into Slavery? Paternalism and Deep Autonomy (¿Por Qué Está Mal Moralmente Venderse Uno Mismo Como Esclavo? Paternalismo y Autonomía Profunda).” **Crítica: Revista Hispanoamericana De Filosofía**, Cidade do México (México) v. 33, n. 98, p. 97–121, 2001, p. 108.

³³⁹ Para Kant, importa registrar, que o valor moral da ação não residiria, portanto, no efeito que lhe é esperado. Da mesma forma, não reside em qualquer princípio da ação que precise de pedir o seu móbil a tal efeito esperado. Isto porque todos estes efeitos (a amenidade da nossa situação, e mesmo o fomento da felicidade alheia) poderiam também ser alcançados por demais causas, e não se precisaria, portanto, para tal vontade de um ser racional, cuja vontade – e só nela – se pode encontrar o bem supremo e incondicionado. Por

essa cuja representação, mesmo sem tomar em consideração o efeito que dela se espera, tem de determinar a vontade para que esta se possa chamar boa absolutamente e sem restrição?”

Segundo Kant:

Uma vez que despojei a vontade de todos os estímulos que lhe poderiam advir da obediência a qualquer lei, nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das acções em geral que possa servir de único princípio à vontade, i.e.: devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal. Aqui é, pois, a simples conformidade à lei em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas acções) o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir de princípio, para que o dever não seja por toda parte uma vã ilusão e um conceito quimérico; e com isto está perfeitamente de acordo a comum razão humana nos seus juízos práticos e tem sempre diante dos olhos este princípio.³⁴⁰

A passagem acima colacionada representa um dos conceitos-chaves da filosofia moral kantiana: o imperativo categórico. A autonomia para Kant seria a propriedade da vontade de um ser humano adulto vista como um ideal da legislação moral, prescrevendo princípios a eles como racionais, livres do determinismo causal, não motivado por desejos ou inclinações.^{341,342} Dois pontos sobre o pensamento de Kant merecem destaque: (i) ter autonomia significa a desvinculação temporária do sujeito – na razão pura prática – dos desejos e aversões particulares (o que permite interpretar sob a noção de imparcialidade da decisão); (ii) autonomia é um ideal referente à noção do sujeito enquanto legislador da própria moral.³⁴³ Contudo, impõe-se ressaltar outro importante componente do imperativo categórico:

consequente, nada senão a representação da lei em si mesma, que em verdade só no ser racional se realiza, enquanto é ela, e não o esperado efeito, determinante à vontade, podendo constituir o bem excelente a que se dá o nome de moral, que se encontra já presente na própria pessoa que age segundo esta lei, mas se não deve esperar somente do efeito da ação. Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 32-33//BA 16.

³⁴⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 34//BA 17.

³⁴¹ HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 40-41.

³⁴² Diante da perspectiva da logoterapia e análise existencial Frankl escreve que: “Só a consciência moral consegue, por assim dizer, eleger a lei moral ‘eterna’, universalmente concebida, com vistas à situação respectiva concreta de uma pessoa concreta. Uma vida a partir da consciência moral é sempre justamente uma vida absolutamente pessoal com vistas a uma situação absolutamente concreta – com vistas àquilo que pode estar em questão em nossa existência a cada vez única e singular; a consciência moral já sempre abarca o ‘aí’ concreto de meu ‘ser’ pessoal.” Cf. FRANKL, Viktor E. **Logoterapia e Análise Existencial**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 79.

³⁴³ HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 45. Vale registrar a observação feita por Hill Jr.: “(...) the autonomy of a moral legislator means that, in debating basic moral principles and values, a person ideally should not be blind adherence to tradition or authority, by outsiders threats or bribes, by unreflective impulse, or unquestioned habits of thought. More significantly, an autonomous moral legislator must try not to give *special* weight to his or her particular preference and personal attachments. (...) at the level of deliberation about basic principles, morality requires impartial regard for all persons.” Cf. HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 45. Ainda, Downie e Telfer registram: “It should be noted that it is perfectly possible to reject the psychological claim with regard to moral positions and accept the non-correctibility claim. For example, it would be perfectly possible for a philosopher who analyses moral judgment in terms of pro-attitudes to hold

a universalidade.³⁴⁴ Numa frase: “liberdade como autonomia”, é a ideia força da filosofia kantiana em “*Metafísica dos Costumes*”.³⁴⁵

Desde logo, tendo em vista os riscos inerentes oriundos de qualquer interpretação filosófica, importa dizer que esta é uma das várias interpretações possíveis acerca do que Kant realmente preconizava. Isso porque, e concordando com Hill Jr., muitos filósofos (incluindo o próprio Kant) parecem confundir o ideal legislativo com outra ideia completamente diversa: a ideia de que, ao enfrentar as escolhas morais do cotidiano, deveríamos agir de acordo com princípios imparciais, libertando-nos de visões particulares e ignorando os traços distintivos de cada indivíduo.³⁴⁶ Na realidade, tal ideia - de que deveríamos viver com os olhos fixos no abstrato -, parece justamente o oposto do que autônomos legisladores morais recomendariam.

that we cannot choose our moral positions-either on the grounds we have already given, that attitudes depend on beliefs and we cannot choose our beliefs, or on the grounds that we are too deeply indoctrinated or conditioned to have a proper choice in such matters-and at the same time maintain that no moral position is, absolutely speaking, better than any other. But not all exponents of the non-corrigibility claim of autonomy of moral thinking would be prepared to reject the psychological claim. We shall now discuss a theory of moral judgment which makes both claims at once. The view is to the effect that the individual person has the ability by his own moral legislation to create moral obligation which is valid for him, in a way analogous to that in which the laws of a political legislator are valid for the state within which his jurisdiction holds. No obligations which he has not himself so created are binding on him. In other words, there are no such things as objective obligations existing independent of his will: thus he possesses the autonomy of non-corrigibility in moral judgment. He must also possess psychological autonomy; for the idea of enacting moral legislation by one's own decisions does not make sense unless one can adopt a moral standpoint at will (...) We shall call the view of moral judgment described above, which embodies claims of both non-corrigibility and psychological autonomy in the moral sphere, 'moral self-legislation'. It is an attractive doctrine, because if moral agents can be shown to possess this capacity of moral self-legislation, they are autonomous in the moral sphere in a very strong sense indeed. It is also historically important in that it is a strand in the thought of Kant, and of contemporary interest in that it has recently been espoused by R. M. Hare. The first argument for this thesis which we shall consider is as follows: since morality is autonomous, moral judgments are not deducible from any set of facts, and we can therefore make whatever moral judgments we choose about the facts without contradiction or abuse of language.” Cf. DOWNIE, R. S.; TELFER, Elizabeth. *Autonomy*. **The Journal of the Royal Institute of Philosophy**, London, v. 46, n. 178, 1971, p. 293–301. p. 296; CALLAHAN, Daniel. *Autonomy: A Moral Good, Not a Moral Obsession*. **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 14, n. 5, p. 40-42, 1984. Importante elencar o que anota Minahim: “É preciso, contudo, recordar que a autonomia kantiana refere-se estritamente à ordem moral, à capacidade de a vontade estabelecer para si mesma suas próprias leis. A utilização corrente, a mesma que se usa em bioética, refere-se à capacidade do indivíduo de determinar, na ordem prática, o que, por sua vontade, lhe deve acontecer futuramente, o que inclui os tratamentos aos quais aceita ou não aceita ser submetido. A autonomia moral serve de fundamento filosófico ao direito de autodeterminação individual, mas com ele não se confunde em princípio.” Cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 792-3829.; TAYLOR, Robert S. *Kantian Personal Autonomy*. **Political Theory**, Los Angeles (EUA), v. 33, n. 5, p. 602-628, 2005; KOGELMANN, Brian. *Kant, Rawls, and the Possibility of Autonomy*. **Social Theory and Practice**, Miami (USA), v. 45, n. 4, p. 613-635, 2019. p. 615.

³⁴⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 54.

³⁴⁵ MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 167-170.

³⁴⁶ HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 45; DA COSTA, António Martins; BATISTA; Ricardo Barroso. *Ética e Política Contemporânea: Ressonâncias Kantianas*. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 75, n. 1, p. 13-16, 2019.; IOSA, Juan. *Libertad Negativa, Autonomía Personal Y Constitución: Negative Liberty, Personal Autonomy And Constitution*. **Revista Chilena De Derecho**, Santiago (Chile), v. 44, n. 2, p. 495–518, 2017. p. 497.

Mesmo partindo de uma perspectiva imparcial, quando os fundamentos morais e limites à responsabilidade são chamados ao debate, a discussão se movimenta para um nível de abstração ainda maior, no qual a imparcialidade recebe relevância: “Sob este ponto, se alguém diz: não me importo com o que as pessoas imparciais dirão, então outro pode simplesmente desistir do esforço de encontrar uma justificativa moralmente razoável e defender sua própria decisão.”³⁴⁷

Kant entendia que a vontade deveria ser governada por alguma lei, pois que não via a possibilidade da existência de uma ação sem estar determinada por nenhuma lei: para Kant, a lei moral estaria em conformidade com uma lei universal das ações em geral, i.e., excluídas as leis específicas referentes aos objetos das inclinações, a única alternativa seria adotar como princípio fundamental de ação o princípio de agir segundo a ideia geral de lei, que se traduz na validade universal. Sendo assim, a lei moral representa a exigência de agir apenas de acordo com as máximas que possam ter tal validade, ou seja, que possam ser leis universais, ressaltando o caráter formal *a priori* do referido princípio.³⁴⁸

A prática com a que Kant se preocupa neste momento não é, naturalmente, a esfera da ação jurídica, mas a autonomia é inserida como base da moralidade. Embora a relação entre a autonomia e a lei assim tratada deva permanecer aberta neste ponto em particular, para esclarecer essa relação é necessário primeiro incorporar o conceito de autonomia em relação à moralidade. À primeira vista, já se clarifica uma profunda diferença entre o direito e a moralidade, uma vez que o critério decisivo da moralidade não é a avaliação externa de um comportamento, mas a atitude subjacente a um ato. No início da base sobre a metafísica da moral, o bem moral é invocado em uma afirmação meta-ética - não identificada como tal - como "o que pode ser mantido para o bem sem restrição", e isso seria "apenas uma boa vontade".³⁴⁹

³⁴⁷ HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 47

³⁴⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 39-40//BA 24. Também importante anotar: “A dialética da razão prática é a sua tendência natural para incorrer em contradições, mais precisamente para misturar as exigências do dever com as da felicidade. Embora a lei moral esteja ao alcance da razão humana vulgar, temos essa tendência para a adular e para a interpretar erradamente, procurando ajustá-la aos nossos desejos e inclinações. Segundo Kant, a filosofia moral ajuda a que isso não aconteça, pois faz-nos perceber claramente a natureza da boa vontade e da ação por dever.” (Nota do tradutor). Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 40//BA 24.

³⁴⁹ MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 167-168.

A versão kantiana sobre o conceito de liberdade enquanto autonomia teve impacto em diversos campos do conhecimento filosófico, ético, político e jurídico,³⁵⁰ onde surgem pensadores renomados que se propõe à revisão dos postulados formulados por Kant, v.g., Feinberg e Dworkin,^{351,352,353} sem olvidar que a fórmula kantiana foi reformulada sob à ótica da Bioética Principlialista, mesmo que com algumas ressalvas se comparada com a estrutura da Bioética europeia, em especial na França.³⁵⁴

³⁵⁰ BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. Principio de autonomía. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (dir.). **Enciclopedia de bioderecho y bioética**. Granada: Comares, 2011. t. 1, a-h, p. 107; MILLER, Bruce L. Autonomy. **Encyclopedia of Bioethics**. 3rd ed. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011. v. 1, A-C, p. 246; WEITHMAN, Paul. “Convergence and political autonomy.” **Public Affairs Quarterly**, Illinois (USA), v. 25, n. 4, p. 327-348, 2011.; DE BRITO, J. H. Silveira; DE BRITO, Amélia Silveira. A Autonomia Humana: Da Filosofia à Bioética Clínica. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 68, n. 4, p. 657–671, 2012. p. 661 .

³⁵¹ Uma vez que as posições e conceitos elaborados por Feinberg e Dworkin, bem como sua relação com a bioética, foram articuladas na nossa dissertação de mestrado, não irá ser feita na presente investigação novamente uma descrição extensa do pensamento dos autores acima elencados. Para maiores aprofundamentos, remete-se ao leitor aos seguintes referenciais: TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 192-195. Também fazendo referência em âmbito nacional, vide: SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 45 .; MACHADO, Tomás Grings. Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 29, v. 178, p. 171-212, abr. 2021; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 122-160.

³⁵² Para Feinberg o conceito de autonomia individual possuiria inúmeros significados dependendo da noção de liberdade da qual se parte, por isso, Feinberg busca sintetizar o termo em quatro significados intimamente relacionados. Pode se referir à: 1) capacidade de autogoverno, a qual com certeza é uma matéria de grau; ou à 2) condição (atual) de autogoverno e suas virtudes associadas; ou como 3) ideal (de caráter) derivada dessa concepção; ou (em analogia a um estado político) à 4) autoridade soberana (*direito/sovereign authority*) para se governar. Cf. FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. *E-book*.

³⁵³ “(...) autonomy is a capacity that is (partly) constitutive of what it is to be an agent. It is a capacity that we have a responsibility to exercise and that grounds our notion of having a character. [...] Our notion of who we are, of self-identity, of being this person is linked to our capacity to find and re-fine oneself. The exercise of the capacity is what makes a life mine. And, if I am to recognize others as persons, as independent centers of consciousness, as them, then there is a requirement that I give weight to the way they define and value the world in deciding how I should act.” Cf. DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988. p. 31-32. (*grifo do autor*)

³⁵⁴ Sobre Bioética Principlialista, vide: FADEN, Ruth. R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986. p. 94; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002; PESSINI, Léo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 10; CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2006. p. 21-25; REICH, Warren. T., et. al. **Encyclopedia of bioethics**. New York: The Free Press; London: Collier MacMillan Publishers, 1978; SGRECCIA, Elio. **Manuale di Bioetica**. Fondamenti ed etica biomedica. Milano: Vita e Pensiero, 1994. v. i, p. 23-49; JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 15 ; DURANT, Guy. **A Bioética: natureza, princípios, objetivos**. São Paulo: Paulus, 1995. p. 17 . Para crítica à Bioética Principlialista, vide, v.g.: CLOUSER, K.; GERT, B. A critique of principlialism. **Journal of Medicine and Philosophy**, New York, 1990, 15, 2, p. 219-236; CLOUSER, K. Bioethics. In: REICH, Warren. T., et. al. **Encyclopedia of bioethics**. New York: The Free Press; London: Collier MacMillan Publishers, 1978. p. 115-117. Sobre autonomia e responsabilidade individual, o art. 5º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO prevê: “Art. 5º: Autonomia e responsabilidade individual: Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para a tomada de decisões, desde que assumam a responsabilidade por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais indivíduos. Para

Reconhecendo os méritos à noção kantiana acerca da autonomia, resta apontar algumas problemáticas na adoção do seu conceito para os fins da presente investigação, ponto que será retomado após a introdução do item seguinte.

3.4 AUTONOMIA INDIVIDUAL (E SEU ÔNUS, A RESPONSABILIDADE)

Liberdade, no exercício da autonomia, e responsabilidade são inseparáveis.³⁵⁵ Para ser efetiva, a responsabilidade deveria ser individual, pois em uma sociedade livre não poderia haver uma responsabilidade coletiva de membros da comunidade, ao menos que tivessem decidido em comum acordo que todos se tornariam individualmente e solidariamente responsáveis, aduz Heyek. Segundo o autor, uma responsabilidade conjunta ou dividida poderia criar para o indivíduo a necessidade de concordar com os outros e, dessa forma, limitar os poderes de cada um, porém o resultado provável seria que ninguém aceitaria a responsabilidade. Assim como a propriedade de todos é propriedade de ninguém, a responsabilidade de todos é responsabilidade de ninguém.³⁵⁶ Mas tal premissa merece alguma reflexão.

aqueles que não forem capazes de exercer a autonomia, devem ser adotadas medidas especiais para a proteção de seus direitos.” Cf. CASADO, María (org.). **Sobre a dignidade e os princípios**. Análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. Trad. Janaina de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2013. p. 231.

³⁵⁵“Liberty not only means that the individual has both the opportunity and the burden of choice; it also means that he must bear the consequences of his actions and will receive praise or blame for them. Liberty and responsibility are inseparable. A free society will not function or maintain itself unless its members regard it as right that each individual occupy the position that results from his action and accept it as due to his own action. Though it can offer to the individual only chances and though the outcome of his efforts will depend on innumerable accidents, it forcefully directs his attention to those circumstances that he can control as if they were the only ones that mattered. Since the individual is to be given the opportunity to make use of circumstances that may be known only to him and since, as a rule, nobody else can know whether he has made the best use of them or not, the presumption is that the outcome of his actions is determined by them, unless the contrary is quite obvious. This belief in individual responsibility, which has always been strong when people firmly believed in individual freedom, has markedly declined, together with the esteem for freedom. Responsibility has become an unpopular concept, a word that experienced speakers or writers avoid because of the obvious boredom or animosity with it is received by a generation that dislikes all moralizing. It often evokes the outright hostility of men who have been taught that is nothing but circumstances over which they have no control that has determined their position in life or even their actions. This denial of responsibility is, however, commonly due to a fear of responsibility, a fear that necessarily becomes also a fear of freedom. It is doubtless because the opportunity to build one’s own life also means an unceasing task, a discipline that man must impose upon himself if he is to achieve his aims, that many people are afraid of liberty.” Cf. HAYEK, Friedrich A. **The constitution of freedom**. London: Routledge & Kegan Paul, 1973. p. 71-72.

³⁵⁶ HAYEK, Friedrich A. **The constitution of freedom**. London: Routledge & Kegan Paul, 1973. p. 83.

Ser livre é ser responsável, uma condição indeclinável de todo ser humano dotado de autonomia,³⁵⁷ pois a autonomia é o que permite *exercer* a liberdade com autodeterminação e, por consequência, assumir a responsabilidade das respectivas ações, escolhas, decisões etc.³⁵⁸

Faria Costa escreve que sempre o homem, dominado de direito, ética, religião, técnica, ciência, mitos, paixões, amor, anseios, certezas e medos esteve na linha, em cima da linha.³⁵⁹ Estando perenemente sobre a linha, o homem sentiu-se responsável pela linha, responsável pelo seu traçado, responsável pela sua espessura; responsável por aqueles a quem é atribuída a responsabilidade imediata de a traçar.³⁶⁰ A linha – entendida como limite, fronteira do interno e do externo e patamar do superior e do inferior – pode também ser vista como um risco: a linha está indissoluvelmente ligada ao risco, ao perigo. A linha representa o risco sobre o qual e no qual se estabelece a sociedade atual e também a liberdade, pois “vivemos em risco, com os riscos que riscamos”.³⁶¹

³⁵⁷ DWORKIN, Gerald. Against Autonomy Response. **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 40, n. 5, p. 352–353, 2014; DWORKIN, Gerald. “Can You Trust Autonomy?” **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 33, n. 2, 2003, p. 42–44; FISCHER, John Martin. Responsibility And Autonomy: The Problem of Mission Creep. **Philosophical Issues**, Atascadero (USA), v. 22, p. 165-184, 2012; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 177-185.

³⁵⁸ DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988. p. 108; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 586-6908; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola *E-book*. 2002. p. 137-138; BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. Principio de autonomía. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Director). **Enciclopedia de bioderecho y bioética**. Granada: Comares, 2011. t. 1, a-h, p. 107; MILLER, Bruce L. Autonomy. **Encyclopedia of Bioethics**. 3. ed. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011. v. 1, A-C, p. 246; HENKIN, Louis. Privacy and Autonomy. **Columbia Law Review**, New York (USA), v. 74, n. 8, p. 1410-1433, 1974, p. 1425; SANMIGUEL, Francisco J. Laporta. Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. **Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas**. Madrid: Civitas, 2010. p. 19-35; MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 2, set. 2009. p. 18-19; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 167; SZASZ, Thomas. Nuestro derecho a las drogas. Madrid: Anagrama, 1992. p. 31; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 31 .

³⁵⁹ Faria Costa, ao se valer da imagem da linha para representar um quadro na qual se postula como entidade relativamente à qual várias posições são possíveis, está fazendo uma analogia partindo de textos entre Ernst Jünger e Martin Heidegger, em especial ao texto de Jünger em homenagem aos 60 anos de Heidegger, “*Über die Linie*” (1950). Passados alguns anos, Heidegger retribuiu a homenagem a Jünger com um texto de igual nome, em 1955. Vale trazer a ideia de Faria Costa ao tomar emprestada a ideia da linha: “(...) é, justamente, a abertura à pluri-significação que torna visível o seu sentido de não fechamento e que faz aparecer a impossibilidade de clausura (...) independentemente do sentido que se possa dar à linha, ela é, sem dúvida alguma, aqui e agora, um outros topos, cuja força e capacidade intencional bem nos pode ser útil como simultâneo elemento de desagregação e de coesão ao todo argumentativo.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 28-29. A título de exemplo, segue indicação de texto onde o autor De Sá faz a mesma analogia: DE SÁ, Alexandre Franco. A Política Sobre a Linha: Martin Heidegger, Ernst Jünger e a Confrontação Sobre a Era Do Niilismo. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 59, n. 4, p. 1121-1152, 2003.

³⁶⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 31.

³⁶¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 32.

Aliás, tendo em vista a complexidade inerente às sociedades da modernidade,³⁶² bem como os riscos suportados por essa sociedade – aliás, fabricados pela mesma sociedade que procura reduzi-los, como bem recorta Giddens –,³⁶³ o que se tem no menu de pseudomedidas adotadas socialmente é a prevenção contra os próprios riscos produzidos e a recusa à reflexão, traduzindo-se numa espécie de fuga à realidade, traços muito característicos do senso comum, que é guiado – principalmente – pela mídia das massas, geradora da opinião comum, carente de fundamento científico e reflexivo.³⁶⁴

Quando se procura responder à questão da responsabilidade se está em busca dos limites historicamente situados do lícito/ilícito, livre/proibido, justo/injusto.³⁶⁵ Logo: é possível continuar a admitir a ideia de responsabilidade em um modelo de responsabilidade estritamente individual, ainda que enraizado na ética do resultado?³⁶⁶ Ou, como bem coloca o doutrinador lusitano, deve-se procurar um modelo de responsabilidade fundamentado na própria facticidade do ser que é em *continuidade*?^{367,368}

Explica Faria Costa que muitas das respostas relativas ao direito e à ética poderiam ser encontradas no modelo clássico de responsabilidade – ainda que possuidor de uma dimensão meta-ética e metajurídica –,³⁶⁹ que parte, basicamente, de duas ideias forças (causalidade e individualidade) e constitui-se de três elementos: (i) sujeito responsável; (ii) instância moral ou institucional perante a qual se responde; (iii) natureza do nexos de responsabilidade -

³⁶² BAUMER, Franklin Le Van. **História do pensamento moderno europeu**: séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 27-54. Ver, ainda: GAUER, Ruth Maria Chittó. Modernidade, Direito Penal e Conservadorismo Judicial. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 597-610.

³⁶³ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. 2. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 36.

³⁶⁴ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 41. Neste teor, vale referir que, diante da insegurança e incertezas inerentes ao enquadramento atual da sociedade moderna, ao lado do ceticismo surge o que se denomina de “heurística do medo”, termo cunhado por Zigmunt Bauman. Cf. BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Paulo Gama e Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 71.

³⁶⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 33-34.

³⁶⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 34.

³⁶⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005.

³⁶⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 34;. Também fazendo menção acerca do *continuum* entre lógica e ontologia, assim como a lógica da substância não se mostra compatível com a constitutiva historicidade da relação, além de destacar a analogicidade do Direito: KAUFMANN, Arthur. **Analogia y “Naturaleza de la cosa”**. Traducción de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1976. p. 13-45; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 36, nota n.º 58; BRONZE, Fernando. **Lições de Introdução ao Direito**. 3. ed. Coimbra: GestLegal, p. 126, 2019.

³⁶⁹ KAUFMANN, Arthur. **Analogia y “Naturaleza de la cosa”**. Traducción de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1976. p. 55-56; REIS, Maurício Martin; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Os desafios da pluriversalidade para a interculturalidade: reflexões sobre hermenêutica, identidade e alteridade nas sociedades contemporâneas. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de; BRESOLIN, Keberson. **Filosofia e Direito**. Caxias do Sul: EDUCS, p. 260-280, 2018. p. 278-279.

domínio da responsabilidade – que liga os dois primeiros elementos.³⁷⁰ Para ser responsável, diz Faria Costa, é necessário que se estabeleça um nexos causal entre o agir ou omitir humanos que, por sua vez, se estruturam – necessariamente – em uma vontade livre, somada ao resultado desvalioso ou valioso que se queria evitar ou prosseguir.³⁷¹ Contudo, a imputação centraliza-se no homem em sua mais pura e descarnada individualidade: “tudo o que saia fora dessa cadeia de quase férrea necessidade está também para lá de qualquer responsabilidade.”³⁷² Uma vez riscada a linha, considera-se – em ficção – que o homem estaria para cá da linha, e só lhe é pedido que aja de acordo com os contornos da linha: a responsabilidade surge apenas quando ele, de livre vontade, pisa a linha.³⁷³

As formas de interiorização e assimilação do sentido da linha não haviam atingido a real densidade histórica para que fosse possível captar a trágica e libertadora mensagem: o traçar da linha é um ato de perene cotidianidade e que, em razão disso, o nosso modo-de-ser onto-antropológico consiste em sermos seres em constante perigo, ou melhor, cuidado-de-perigo, que só existem porque são responsáveis perante si mesmos e os outros,³⁷⁴ responsabilidade coincidente com o traçado da linha e com a contínua vivência em cima da linha.³⁷⁵

O que é feito hoje refletirá nas gerações futuras, porém a questão que se coloca é sobre que comportamento ético é exigido?³⁷⁶ Afastando-se de qualquer compreensão niilista, percebe-se uma atitude ética em que a lúcida racionalidade da apreensão do perigo é manifestação sempre de abertura ao outro, enquanto projeto, como rejeição de heterônomas cadeias de estruturas relativamente inintencionais: “o que se deve assumir é a defesa de um projeto complexo e plural onde o comportamento individual e eticamente responsável encontra-se na *intersubjetividade que os grupos sociais desenham*.”³⁷⁷ Não se trata de procurar uma ética universalizada da responsabilidade, mas éticas regionais, pois nas diferentes ontologias regionais só é possível conceber éticas regionais.³⁷⁸

³⁷⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 34.

³⁷¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 35.

³⁷² FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 35.

³⁷³ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 35.

³⁷⁴ LOPARIC, Zeljko. **Sobre a responsabilidade**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2003. p. 40-43. Ainda, ver: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilíngue em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 288-294.

³⁷⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 35.

³⁷⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 38.

³⁷⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 39. (*grifo do autor*).

³⁷⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 39.

Só é possível afirmar que somos eticamente responsáveis perante os homens futuros se aceitar-se a ideia de que a dignidade dos homens e mulheres que vieram antes é um absoluto, porém, isso só é crível na medida em que é aceita uma continuidade, i.e., desde que se aceite e defenda uma ética da continuidade.³⁷⁹ De acordo com Faria Costa, é eticamente possível crer que o controle dos comportamentos coletivos exprime o ponto nevrálgico de uma responsabilidade eticamente projetada para o *futuro-futuro*.³⁸⁰

O ato fundado na ética expressa a decisão livre, e é a ética que traça a linha, i.e., é a própria linha. Dessa forma, possibilita-se acreditar no viés axiológico do ser que sendo se reconstrói na história, abre-se à minha liberdade e à liberdade infinita da aventura do espírito.³⁸¹ Assim: “o núcleo agregador da nossa responsabilidade só pode ser encontrado na projeção real de desvalores futuros seguramente vividos por pessoas concretas que são as ‘vítimas’ do nosso agir de hoje.”³⁸² Destarte, não somos responsáveis pelas gerações futuras, mas por homens e mulheres de carne e osso, concretos, que o futuro trará. São esses homens e mulheres que nos interrogarão, exigindo-nos atos responsáveis onde o silêncio surge como a mais violenta das decisões: diante de tal ética, resta a proibição de silenciar ou, como bem salienta Faria Costa, “na irrenunciável obrigação de riscar, real e efetivamente, a linha.”³⁸³

Diante do acima exposto, chega-se a uma primeira – mas não fácil - conclusão: ao exercer a autonomia individual, o ser humano, enquanto livre em seu ser-aí, na qualidade de ser-com-os-outros,³⁸⁴ tem como consequência inevitável o ônus da responsabilidade.

³⁷⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 39.

³⁸⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 40. Ver, ainda: JONAS, Hans. Technology And Responsibility: Reflections on the New Tasks of Ethics. **Social Research**, Baltimore (USA), v. 40, n. 1, p. 31–54, p. 34, 1973.; JONAS, Hans. Responsibility Today: The Ethics of an Endangered Future. **Social Research**, Baltimore (USA), v. 43, n. 1, p. 77-97, 1976. p. 78; KEMP, Peter. Ricoeur between Heidegger and Lévinas: original affirmation between ontological attestation and ethical injunction. In: KAEMEV, Richard (ed.). **Paul Ricoeur: The Hermeneutics of Action**. London: Sage, 1996. p. 41-61; KEMP, Peter. Le fondement de l'éthique vu à travers l'éthique du siècle de Ricoeur. **Revue de Métaphysique et de Morale**, Paris (França), v. 2, p. 173, 2006; RICŒUR, Paul. Le Concept De Responsabilité: Essai D'analyse Sémantique (1940). **Esprit**, Paris (França), v. 206, n. 11, p. 28-48, 1994.

³⁸¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 41.

³⁸² FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 41.

³⁸³ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 41-42.

³⁸⁴ Por certo que estamos a nos valer do ontologismo relacional de Faria Costa e, em boa medida, com a visão de D'Avila, ao utilizarmos a terminologia que inevitavelmente remete ao pensamento de Heidegger. Mas, apesar de termos um olhar interessado e atento à leitura possível da filosofia heideggeriana dentro do mundo no qual se movimenta o Direito Penal, é importante deixar claro que não é possível, nesta investigação, trabalhar exclusivamente sob uma perspectiva filosófica tão complexa quanto à heideggeriana, pois analisar seus principais conceitos e significados por si só gerariam uma pesquisa independente. Porém, como deixou-se claro no início do presente capítulo, estamos partindo da leitura heideggeriana e sua possibilidade de apreensão na forma de ver as coisas que gravitam na Ciência Conjunta do direito penal tal qual a interpretação feita – em sua obra fundamental – por Faria Costa. Isto não quer dizer, de forma alguma, que se estará abrindo mão de qualquer análise filosófica que o conceito de autonomia individual por si só reclamaria. Mas o faremos nos estritos limites do necessário que a tese exige, i.e.: trabalharemos – sem cansar de ser repetitivo – com a compreensão da autonomia individual à luz dos pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa, nos

Por sermos livres, somos responsáveis por nossos atos. O ônus da liberdade, no exercício da autonomia, é a responsabilidade. Mas a *autorresponsabilidade* exige um pressuposto: *a plenitude da autonomia individual*. O que aqui se pretende defender só tem guarida se entender-se que a autonomia plena é uma *conditio sine qua non* à autorresponsabilidade.

É preciso enfrentar a o desafio proposto: indicar o modo de ver as coisas na ciência conjunta do Direito Penal e dar à autonomia seus fundamentos à luz dos pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa para dentro da normatividade jurídico-penal com o fim de delimitar seu âmbito de aplicação e encontrar sua função dentro da sistemática própria do Direito Penal moldado nos trilhos do Estado Democrático de Direito. Porém, algumas questões devem ser tratadas antes para demonstrar a dificuldade que se colocam em torno da autonomia individual em Direito Penal.

3.4.1 Complexidade e polissemia do conceito

Definir autonomia individual seria, por si só, temática suficiente para uma investigação independente, pois o termo é polissêmico e varia de acordo com a perspectiva da qual se parte (desde a filosofia moral à noção de autonomia enquanto direito).^{385,386,387}

moldes de uma concepção de direito penal que irá ter a materialização do crime como perversão da relação matricial de cuidado-de-perigo, intermediada pela ideia que o caracteriza como um fenômeno ético-social revelado a partir da ofensa a um bem jurídico-penal digno de tutela constitucional. Sobre isso, ver, essencialmente: D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46. Ainda, *vide*: D'AVILA, Fabio Roberto; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 37, p. 83-98, abr./jun. 2010. p. 85; BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos**: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 52; SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 118-121; WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência como critério de otimização da legitimidade do direito penal e seus desdobramentos em processo penal**. 2013. Tese (Doutoramento) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. p. 182-249; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 112-127.

³⁸⁵ MILLER, Bruce L. Autonomy. **Encyclopedia of Bioethics**. 3. ed. Volume I, A-C. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011, p. 246.

³⁸⁶ DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 9-10; DWORKIN, Gerald. Against Autonomy Response. **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 40, n. 5, p. 352-353, 2014; DWORKIN, Gerald. "Can You Trust Autonomy?" **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 33, n. 2, p. 42-44, 2003; DWORKIN, Gerald. Autonomy and Behavior Control. **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 6, n. 1, p. 23-28, 1976.

³⁸⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*; MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulinas, 2011. p. 66-68; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 40; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 161 .

Importante notar que o termo autonomia é derivação do termo grego “*autos*” (próprio) e “*nomos*” (regra, norma, lei, autoridade, instituição),³⁸⁸ e fora utilizado pela primeira vez com referência ao autogoverno e à autodeterminação das cidades-estados gregas independentes.³⁸⁹

Geralmente, é comum encontrar variações terminológicas relacionando (e/ou reconhecendo) a autonomia individual como a capacidade de autodeterminação,³⁹⁰ autogoverno, autocontrole, soberania sobre si mesmo,³⁹¹ etc., havendo autores que procuram articular uma teoria da autonomia individual com base numa escala gradativa (quanto maior o grau de racionalidade na tomada de decisão, maior o grau de autonomia e vice-versa) e estabelecem uma série de requisitos para afirmar se indivíduo, à época da tomada de decisão,³⁹² estaria expressando sua autonomia ou, sob critérios de atribuição negativa, se sua autonomia estaria afetada por alguma situação de vulnerabilidade.³⁹³

³⁸⁸ “(...) composta pelo adjetivo pronominal *autos*, que significa ‘o mesmo’, ‘ele mesmo’, ‘por si mesmo’, e pelo substantivo *nomos*, com o significado de ‘compartilha’, ‘instituição’, ‘lei’, ‘norma’, ‘convenção’ ou ‘uso’. O sentido geral da palavra autonomia indica, portanto, a capacidade humana em dar-se suas próprias leis e compartilhá-las com seus semelhantes ou a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter”. Cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. Ver, ainda: TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 185; SIQUEIRA, op. cit., p. 42.; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 167. Para uma visão aprofundada nas raízes históricas em torno do conceito de autonomia: SCHNEEWIND, J. B. **The invention of Autonomy: a history of modern moral philosophy**. New York: Cambridge University Press, 1998.

³⁸⁹ É a partir da época moderna que se dá a ruptura histórica: a universalização da consideração de todo indivíduo humano como ser livre e autônomo, em sentido ético, político e jurídico. As distintas concepções éticas têm dado algum protagonismo à perspectiva do ser humano como sujeito autônomo. Cf. BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. Principio de autonomía. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Diretor). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Tomo I, a-h. Granada: Comares, 2011. p. 107; PITHAN, Livia Haygert *et. al.* Reflexões Bioéticas sobre a Ortotanásia no Direito Brasileiro. In: LOCH, Jussara de Azambuja; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. **Bioética na Atualidade**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014. p. 28.; BRITO, J. H. Silveira de; BRITO, Amélia Silveira de. A Autonomia Humana: Da Filosofia à Bioética Clínica. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 68, n. 4, p. 657-671, 2012.

³⁹⁰ MILLER, Bruce L. Autonomy. **Encyclopedia of Bioethics**. 3. ed. Volume I, A-C. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011. p. 246-247. Dworkin escreve que: (...) autonomy is a capacity that is (partly) constitutive of what it is to be an agent. It is a capacity that we have a responsibility to exercise and that grounds our notion of having a character. [...] Our notion of who we are, of self-identity, of being this person is linked to our capacity to find and re-fine oneself. The exercise of the capacity is what makes a life mine. And, if I am to recognize others as persons, as independent centers of consciousness, as them, then there is a requirement that I give weight to the way they define and value the world in deciding how I should act.” Cf. DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988. p. 31-32; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014, p. 388-390.

³⁹¹ FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. *E-book*; DWORKIN, Gerald. Autonomy and Behavior Control. **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 6, n. 1, p. 23-28, 1976. CALLAHAN, Daniel. Autonomy: A Moral Good, Not a Moral Obsession. **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 14, n. 5, p. 40-42, 1984.

³⁹² KELLER, Heidi. Psychological Autonomy and Hierarchical Relatedness as Organizers of Developmental Pathways. **Philosophical Transactions: Biological Sciences**, London (UK), v. 371, n. 1686, p. 1-9, 2016;

EKSTROM, Laura Waddell. A Coherence Theory of Autonomy. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 53, n. 3, p. 599-616, 1993. p. 600; HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 43-47; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 173; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. *E-book*).

³⁹³ A noção de vulnerabilidade é, de fato, um conceito extenso que ultrapassa as fronteiras do Direito, mas pode ser sintetizada pela ideia de que certas pessoas podem ser atacadas ou ofendidas em face de sua condição social, cultural, étnica, política, econômica, educacional e de saúde com as diferenças que os envolvem em relação à sociedade, gerando, inevitavelmente, desigualdade. Assim: “Pessoas com autonomia reduzida nós conhecemos bastante bem. Sabemos que há redução de autonomia temporária ou definitiva: crianças, adolescentes, enfermos, prisioneiros, têm redução temporária da autonomia porque estão impedidos de manifestar sua vontade e se espera que cessado o impedimento possam elas fazê-lo de maneira inequívoca enquanto que os seres para os quais não haja possibilidade de reversão do seu estado são considerados como tendo redução definitiva da autonomia. Para alguns destes, a abdicação da autonomia foi voluntária como acontece com as pessoas pertencentes a ordens religiosas ou militares. Muitas outras, entretanto, não são capazes de manifestar sua vontade pôr doença física grave ou mental. De qualquer modo, quando se fala de pessoa de autonomia reduzida fala-se por decorrência de alguém que possa representá-la, pai ou representante legal, em todos os seus impedimentos. A autonomia como se vê, está ligada à pessoa e não é extensível para um grupo ou população pois a expressão da sua liberdade de conseguir se concretiza no consentimento após-informação e este é dado por cada sujeito, individualmente. mesmo em pesquisa em comunidades o consentimento deve ser dado por cada sujeito, individualmente, pois ninguém pode consentir por outro dotado de autonomia plena. E este conceito é de natureza ética.” Cf. GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Vulneráveis. **Portal da Bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnera.htm> Acesso em 30/05/2021; ANJOS, Marcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista da Sociedade Brasileira de Bioética**, Brasília (DF), vol. 02, n.º 02, 2006. p. 181. “Pessoas com autonomia reduzida nós conhecemos bastante bem. Sabemos que há redução de autonomia temporária ou definitiva: crianças, adolescentes, enfermos, prisioneiros, têm redução temporária da autonomia porque estão impedidos de manifestar sua vontade e se espera que cessado o impedimento possam elas fazê-lo de maneira inequívoca enquanto que os seres para os quais não haja possibilidade de reversão do seu estado são considerados como tendo redução definitiva da autonomia. Para alguns destes, a abdicação da autonomia foi voluntária como acontece com as pessoas pertencentes a ordens religiosas ou militares. Muitas outras, entretanto, não são capazes de manifestar sua vontade pôr doença física grave ou mental. De qualquer modo, quando se fala de pessoa de autonomia reduzida fala-se por decorrência de alguém que possa representá-la, pai ou representante legal, em todos os seus impedimentos. A autonomia como se vê, está ligada à pessoa e não é extensível para um grupo ou população pois a expressão da sua liberdade de conseguir se concretiza no consentimento após- informação e este é dado por cada sujeito, individualmente. mesmo em pesquisa em comunidades o consentimento deve ser dado por cada sujeito, individualmente, pois ninguém pode consentir por outro dotado de autonomia plena. E este conceito é de natureza ética.” Cf. GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Vulneráveis. **Portal da Bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnera.html> Acesso em 30/05/2021; ANJOS, Marcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista da Sociedade Brasileira de Bioética**, Brasília (DF), vol. 02, n.º 02, 2006. p. 181. Ainda, há posicionamentos que asseveram que vulnerabilidade social e individual acarreta em redução e/ou déficit de autonomia: Vários são os fatores que podem determinar a vulnerabilidade de alguém, v.g., o menor desenvolvimento intelectual e cultural pode apontar certas fragilidades no momento da decisão sobre algo, assim como também pode ser um fator contribuinte à vulnerabilidade a falta de desenvolvimento emocional como, p.ex., a pouca idade e o baixo nível socioeconômico, fatores de risco no aumento de *stress* e, via de consequência, da vulnerabilidade. Vale lembrar que o rol de pessoas vulneráveis não é de modo algum taxativo. Segundo a classificação feita por Martinelli, os vulneráveis podem ser divididos em três grupos: 1) crianças e adolescentes; 2) adultos com problemas mentais (desenvolvimento incompleto ou retardado); 3) pessoas (adultos) com perturbação temporária, vulnerabilidade momentânea. Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 167; MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. 319/3829. *E-book*; EKSTROM, Laura Waddell. A Coherence Theory of Autonomy. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 53, n. 3, p. 599-616, 1993. p. 614; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. **Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas**. Madrid: Civitas, 2010, p. 61-93, p. 61; SANMIGUEL, Francisco J. Laporta. Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos. In: MENDOZA

Mesmo sendo um termo aparentemente polissêmico - talvez tanto quanto a infinita discussão acerca de uma definição em termos materiais acerca do que seja a liberdade - existe algo em comum na grande parte das diversas formas de conceituar autonomia individual: a exigência do respeito à autonomia, traduzido através do *princípio de respeito à autonomia*,³⁹⁴ que encontrará seu âmbito de aplicação principalmente nas questões referentes à Bioética com impacto imediato no Direito Penal Médico, em especial quanto ao instituto dogmático do consentimento e o dever de informação e/ou esclarecimento acerca da intervenção no corpo do paciente.³⁹⁵ Já no campo da teoria da imputação objetiva (do resultado) e dos controversos tipos penais paternalistas, o princípio de respeito à autonomia veste a toga do *princípio da autorresponsabilidade*, que serão devidamente analisados e indicados sobre suas respectivas funções enquanto instrumento de bloqueio à intervenção estatal,³⁹⁶ um cristalino “*definitional stop*”, mas no sentido empregado por Faria Costa.³⁹⁷

BUERGO, Blanca. **Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas**. Madrid: Civitas, 2010, p. 19-35, p. 20; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 161; ZANER, Richard M. The Phenomenon of Vulnerability in Clinical Encounters. **Human Studies**, Holanda, vol. 29, n. ° 03, set-2006, pp. 284 e ss.; HUTZ, Claudio S.; KOLLER, Silvia H.; BANDEIRA, Denise R. Resiliência e vulnerabilidade em crianças em situações de risco. In: KOLLER, Silvia Helena. **Coletâneas da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia**, Rio de Janeiro, n.º 12, 1996, p. 80; CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. Jovens em situações de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. **Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas**, São Paulo, n.º 116, jul-2002, pp. 143 e ss.

³⁹⁴ VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomia e responsabilidade individual. In: CASADO, María (org.). **Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO**. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 235. NINO, Carlos S. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 204; TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 185–196.

³⁹⁵ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019. 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 57 .; GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Studia Juridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, 2017, p. 653-654; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 162 ; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito Penal Médico**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 51-97; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 13 ; MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. **Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas**. Madrid: Civitas, 2010. p. 77-78.

³⁹⁶ Vale deixar claro desde já que assistência, aconselhamentos, sugestões etc., não transformam a autonomia em heteronomia, mas ressalta o caráter relacional que buscamos conferir à autonomia, pois a solidariedade e reciprocidade na relação que alimenta e sustenta a relação matricial de cuidado-de-perigo que constitui o ser-aí comunitário. Em termos de concretude: basta pensarmos, v.g., nas políticas públicas referentes aos programas de Redução de Danos para dependência química, que privilegia ao indivíduo envolvido com a doença (CID-10, DSM-V) recuperar sua autonomia, reduzida ou mesmo ausente em razão da compulsão pela substância de escolha, refutando o idealismo da abstinência e valorizando o respeito à autonomia. Sobre redução de danos e seu contexto histórico, *vide*: TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 152; REGHELIN, Elisângela Melo. **Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis**. São Paulo: RT, 2002. p. 75; RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71; WODAK, Alex. Redução de danos e programas de troca de seringas. In: BASTOS, Francisco Inácio; MESQUITA, Fábio; MARQUES, Luiz Fernando (org.). **Troca de seringas: ciência, debate e saúde pública**.

Há, ainda, pensadores sustentando que, quanto ao conteúdo da decisão no exercício da autonomia, existe o direito a decidir de forma irracional,³⁹⁸ conforme recentemente afirma Siqueira, em sua tese de doutoramento, partindo de uma fundamentação política de autonomia com base em Rawls e Feinberg.³⁹⁹

Vale observar, como ressaltou-se algumas linhas acima, que há uma relação íntima entre liberdade (enquanto exercício da autonomia) e responsabilidade,⁴⁰⁰ i.e., “a ideia raiz em autonomia é que ao fazer uma escolha voluntária uma pessoa toma responsabilidade por todas as consequências previsíveis a si mesmo que flui de sua escolha voluntária”.⁴⁰¹

Brasília: Ministério da Saúde, Coordenação Nacional de DST e AIDS, 1998. p. 56; ANJOS, Fernando Vernice dos. Drogas, redução de danos e imputação objetiva. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 23, n. 268, 2015. p. 9-10; LOBO DA COSTA, Helena Regina. Análise das finalidades da pena nos crimes de tóxico: uma abordagem da criminalização do uso de entorpecentes à luz da prevenção geral positiva. In: REALE JÚNIOR, Miguel. **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 114; RIBEIRO, Maurides de Melo. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 286, p. 5-7, 2016. p. 5-7.

³⁹⁷ “O direito é, outrossim, uma estrutura de valoração em que um dos segmentos essenciais do seu contínuo proceder assenta arraiais – e bem – no pressuposto de que a manifestação objectiva e relevante, comunitariamente relevante, de um acto de vontade corresponde a uma das mais importantes facetas do autodesenvolvimento da própria pessoa humana. Não se pode conceber a juridicidade sem o componente *que uma autónoma vontade reflecte*. E uma tal compreensão teórica representa um dado inquestionável que ninguém pode esquecer ou esconder. Ele é, na mais aguda das análises, um *definitional stop*. Um axioma sem o qual se torna impensável conceber o direito. O que constitui, indubitavelmente, um elemento polar e agregador da normatividade, gerador, por consequência, de homogeneidade. No entanto – nunca é demais recordá-lo – é nesse paralelograma de forças, ou seja: de um lado, a desjuridicização do que representa o reduto último da nossa individualidade e, por outro, a inevitável relevância jurídica de actos de autónoma vontade, que devemos procurar o sentido do fragmentário, na medida em que a ruptura provocada por uma ideia de intocabilidade do nosso mais íntimo e profundo modo-de-ser é o lugar privilegiado para que se desfaça o normativamente homogêneo.” Cf. FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 20-21 (grifo do autor); FÁRIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 385-394, nota n.º 77; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 46.

³⁹⁸ Para alguns autores, o conceito de autonomia é obtido partindo da ideia do exercício da habilidade psicológica para o auto-governo, não sendo necessária a racionalidade quanto ao conteúdo da decisão. Trata-se de uma visão ampla sobre autonomia porque confere ao indivíduo o direito de agir de acordo com seus desejos, ainda que – repita-se – irracionalmente. A racionalidade não é exigida, porém as decisões devem ser providas de autenticidade, revelando-se como um conceito mais liberal do que os outros elencados, mas não menos impreciso e um tanto quanto individualista, deixando de lado – o que para nós é fundamental – a faceta relacional da autonomia, principalmente se olharmos para o cenário da sociedade brasileira. Essa problemática será analisada criticamente nos itens seguintes. Assim, para maiores detalhes sobre tais construções teóricas, vide: FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. **The Journal of Philosophy**, Waterbury (USA), v. 68, n. 1, p. 5-20, 1971. p. 7.; McLEOD, Carolyn. How to Distinguish Autonomy from Integrity. **Canadian Journal of Philosophy**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 107-133, 2005; KELLER, Heidi. Psychological Autonomy and Hierarchical Relatedness as Organizers of Developmental Pathways. **Philosophical Transactions: Biological Sciences**, London (UK), v. 371, n. 1686, p. 2-3, 2016.; EKSTROM, Laura Waddell. A Coherence Theory of Autonomy. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 53, n. 3, p. 599-616, 1993. p. 114-115; HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 49 e p. 86-87; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. *E-book*.

³⁹⁹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019. 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 61-62.

⁴⁰⁰ FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 226.

⁴⁰¹ FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. *E-book*.

Segundo Feinberg, ao agir de forma autônoma, a pessoa arca com as consequências de seu ato, qualificando-se para ser responsabilizada retrospectivamente sobre aquilo que fez,⁴⁰² ou seja, o indivíduo autônomo estará sujeito a julgamentos pelo ato praticado, podendo ser reprovado (ou não) pelo resultado.⁴⁰³ Contudo, na medida que um ato de uma pessoa não foi autônomo (ou que o agente não era uma pessoa autônoma), os julgamentos de responsabilidade retrospectiva devem ser revisados ou retirados.⁴⁰⁴ Para Feinberg, a conexão entre autonomia e responsabilidade, entretanto, também trabalha noutra direção: responsabilidade é uma causa contributiva para o desenvolvimento da autonomia.⁴⁰⁵ Assim, entende o autor que o indivíduo responsável é um sujeito de atribuições responsáveis e qualificado de referências retrospectivas, em virtude de sua posse dos tratos próprios para o exercício da responsabilidade, restando que, sendo responsável, haverá o contraste entre irresponsáveis e incompetentes (não autônomos).⁴⁰⁶

A responsabilidade, para Feinberg, contribuiria significativamente para o desenvolvimento da autonomia individual, pois seus respectivos atributos (ou virtudes dentro da terminologia do autor) como, *v.g.*, julgamento independente, autoconfiança e iniciativa pertenceriam a ambas as listas - fazem parte tanto da noção de autonomia quanto a de responsabilidade -, mas confiabilidade e a capacidade de assumir compromissos estariam mais adequadas à lista da responsabilidade, assim como auto-legislação e independência moral, às vezes, são referentes à autonomia, não tendo lugar no âmbito da responsabilidade.⁴⁰⁷

Assim, o núcleo da noção tradicional de autonomia significaria, essencialmente, conduta livre,^{408,409} porém, com tal ideia pouco ou quase nada se ganha em termos materiais,

⁴⁰² “A responsabilidade prospectiva é o conjunto de obrigações assumidas pela pessoa dentro de um papel desempenhado na comunidade. Um mesmo sujeito pode ser responsável como pai, como marido, como profissional, havendo uma espécie de responsabilidade prospectiva comum a todos, é aquela decorrente de sermos todos humanos (...) a responsabilidade prospectiva está voltada ao futuro, pois são as obrigações do sujeito em desenvolver as suas funções da melhor maneira possível. Responsabilidade retrospectiva é aquela que se volta ao passado e obriga alguém a assumir as obrigações derivadas de uma conduta. Para o direito penal, esta é a forma de responsabilidade de maior interesse, pois o autor de um crime só pode responder por uma conduta praticada, nunca por algo que ainda pretende fazer, ou seja, ninguém pode ser responsabilizado penalmente por uma ideia ou por um sentimento negativo. A responsabilidade penal envolve uma lesão ou um perigo de lesão (em retrospectiva)”. Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 177-178. Ver, ainda: FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 226.

⁴⁰³ FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 860-861/6809. *E-book*.

⁴⁰⁴ FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 860-861/6809. *E-book*.

⁴⁰⁵ FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 860-861/6809. *E-book*.

⁴⁰⁶ FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 860-861/6809. *E-book*.

⁴⁰⁷ FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 861-862/6809. *E-book*.

⁴⁰⁸ DWORKIN, Gerald. *Acting Freely*. **Noûs**, Boston (USA) & London (UK), v. 4, n. 4, p. 367-383, 1970; CALLAHAN, Daniel. *Autonomy: A Moral Good, Not a Moral Obsession*. **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 14, n. 5, p. 40-42/1984. BALDWIN, Roger N. *Personal Liberty*. **The Annals of the American Academy of**

se não compreendermos a autonomia como *exercício da liberdade de autodeterminação junto com os outros no mundo*,⁴¹⁰ que se concretiza através da intersubjetividade,⁴¹¹ i.e., relação entre seres humanos de carne-e-osso que se reconhecem e respeitam a autonomia de modo recíproco.⁴¹² Aliás, vale lembrar que o que estrutura o ser-aí em uma comunidade historicamente situada é justamente a teia recíproca de cuidados, ou seja, o modo-de-ser onto-antropológico que estabelece a relação originária de cuidado-de-perigo, de cuidado do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro”.^{413,414}

Political and Social Science, Columbia (USA) v. 185, p. 162-169, 1936. p. 164; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 171; MCLEOD, Carolyn. How to Distinguish Autonomy from Integrity. **Canadian Journal of Philosophy**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 107-133, 2005. p. 109.

⁴⁰⁹Deve-se atentar para não confundir autonomia com integridade, segundo afirma McLeod, pois a autonomia seria referente às decisões pessoais acerca do que seria ou não “bom” para o indivíduo, podendo ser “ruim” para os demais membros da comunidade. Quanto à integridade, seria uma forma de manifestar nosso juízo acerca do que compreendemos como correto para nossa vida e para os membros da comunidade. Para maiores detalhes, *vide*: MCLEOD, Carolyn. How to Distinguish Autonomy from Integrity. **Canadian Journal of Philosophy**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 107-133, 2005. p. 107–133.

⁴¹⁰ Sobre a proposta de conceito ontológico-relacional de autonomia individual, ver item 2.5.1.2, p. 121.

⁴¹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 38 .

⁴¹² Martinelli refere que a autonomia individual, no contexto jurídico-penal, se dá a partir da soma de dois elementos: 1) capacidade de discernimento (entendida como a habilidade pessoal para analisar conceitos, separando e individualizando os objetos de acordo com suas qualidades, o que diminui o risco do equívoco ou falha nas escolhas ou ações, sendo que quem não tem capacidade de discernimento não pode ser considerado autônomo, o que permitiria a interferência paternalista do estado na esfera individual; 2) necessária restrição da liberdade (a autonomia individual requer, para que seja harmoniosa entre os membros de dada comunidade, a preservação do direito alheio, i.e., *para ser autônomo, deve-se ter a capacidade cognitiva de reconhecer que é através do respeito mútuo que se obterá a possibilidade de ter uma escolha/decisão/ação eticamente orientada, pois mesmo se um dos membros da comunidade não queira praticar o respeito mútuo, deve fazê-lo por estar em sua base cognitiva*. Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 173-174. (grifo do autor). Contudo, entendemos que a estrutura que compõe e confere concretude à autonomia pode ser redimensionada sob dois pilares e uma (inevitável) consequência que apontam para a plenitude da autonomia sob a ótica da ontologia relacional de Faria Costa: 1) Liberdade; 2) Capacidade de Autodeterminação e, conseqüentemente, 3) Responsabilidade. Neste sentido, *vide*: FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 175, nota 97; FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 128, nota n.º 46; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 106-107; SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality**. London: Penguin Books, 1996. p. 546-547/3789. *E-book*.; RUBEN, David-Hillel. “John Searle’s The Construction of Social Reality.” **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 57, n. 2, p. 443-447, 1997; VISKOVATOFF, Alex. “Searle, Rationality, and Social Reality.” **The American Journal of Economics and Sociology**, Medford (USA), v. 62, n. 1, p. 7-44, 2003; PERRY, Thomas D. Moral Autonomy and Reasonableness. **The Journal of Philosophy**, Oxford (UK), v. 65, n. 13, p. 383-401, 1968, p. 400. PERRY, Thomas D. Conceptual Revision in Ethics. **Ethics**, Chicago (USA) v. 78, n. 3, p. 199–213, 1968.

⁴¹³ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 398.

⁴¹⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46-49; D’AVILA, Fabio Roberto; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 37, p. 83-98, abr./jun. 2010. p. 85; FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 250; FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 10, §§18-23; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 34; TOZZI COELHO, Gustavo.

De acordo com a manifesta dificuldade de apreender o termo “autonomia” em todos seus recortes,⁴¹⁵ chega o momento de encontrar sua fundamentação em Direito Penal para, em sequência, possibilitar definir seu respectivo conceito dentro dos pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa. A análise partirá de uma questão fundamental e de recorte filosófico (que agora tem que ser enfrentado - inevitavelmente - mesmo se tratando de uma tese jurídica) que servirá à base da visão adotada das coisas no âmbito da Ciência Conjunta do Direito Penal.

3.4.2 Autonomia ontológica, política ou ética?

A noção kantiana de autonomia referente à pessoa em sua dignidade inerente acaba por resultar num paradoxo, talvez não previsto por Kant: uma extremada racionalidade subjetiva que compromete a adoção de seu pensamento para os fins da presente investigação, pois o ser humano seria seu próprio legislador em sua mais aguçada subjetividade,^{416,417} o que significa dizer que a autonomia restaria imersa em uma subjetividade interna inacessível

Uso de drogas à luz da compreensão onto-antropológica do Direito Penal. In: LOPES JR., Aury *et. al.* **Anais do 9º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2018. p. 3.

⁴¹⁵ A título de exemplo, pode-se apontar alguns dos recortes conceituais que o termo “autonomia” comportaria, *v.g.*, 1) soma de independência com autenticidade: DWORKIN, Gerald. *Autonomy and Behavior Control*. **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 6, n. 1, p. 23-28, 1976. p. 25; WARDROPE, Alistair. *Authenticity And Autonomy In Deep-Brain Stimulation*. **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 40, n. 8, p. 563-566, 2014.) ação; pensamento; julgamento moral: DOWNIE, R. S.; TELFER, Elizabeth. *Autonomy*. **The Journal of the Royal Institute of Philosophy**, London, v. 46, n. 178, p. 293-301, 1971. p. 295) autonomia superficial e profunda, *i.e.*, autonomia superficial permite fazer escolhas autônomas, a profunda implica em ser uma pessoa autônoma: SNEDDON, Andrew. “What’s Wrong with Selling Yourself into Slavery? Paternalism and Deep Autonomy (¿Por Qué Está Mal Moralmente Venderse Uno Mismo Como Esclavo? Paternalismo y Autonomía Profunda).” **Crítica: Revista Hispanoamericana De Filosofía**, Cidade do México (México), v. 33, n. 98, p. 97-121, 2001, p. 102 .

⁴¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 35-36; STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica (em)crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 310 ; LOTZ, J. B. A Diferença Ontológica Em Kant, Hegel, Heidegger e Tomás De Aquin. **Revista Portuguesa De Filosofía**, Braga (Portugal) v. 33, n. 4, p. 270-284, 1977.; APEL, Karl-Otto; NEVES, Jorge. *Constituição Do Sentido e Justificação Da Validade. Heidegger e o Problema Da Filosofia Transcendental*. **Revista Portuguesa De Filosofía**, Braga (Portugal), v. 45, n. 3, p. 413-461, 1989. p. 415 .

⁴¹⁷ “Ao sujeito puro neokantiano substitui-se um *Dasein* concretamente definido, e, como se verá, também historicamente situado.” Cf. VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996. p. 39-40; PÖGGLER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger**. Lisboa: Piaget, 1993. p. 133; STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 169 ; APEL, Karl-Otto; NEVES, Jorge. *Constituição Do Sentido e Justificação Da Validade. Heidegger e o Problema Da Filosofia Transcendental*. **Revista Portuguesa De Filosofía**, Braga (Portugal), v. 45, n. 3, p. 413-461, 1989. p. 417; HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. “Hermenêutica e Direito: A Fenomenologia Hermenêutica Como Condição De Possibilidade Para Questionamento Do Direito.” **Revista Portuguesa De Filosofía**, Braga (Portugal), v. 72, n. 2/3, p. 771-806, 2016.

pelos processos formais do conhecer, i.e.: “Uma realidade subjetivo-ontológica dada que não pode ser verificada não representa nada além de uma pressuposição metafísica.”⁴¹⁸

Com o fluir do tempo, o paradoxo kantiano ainda parece não ter sido completamente superado,⁴¹⁹ uma vez que – atualmente - algumas das propostas que se propõe à rejeição (ainda que parcialmente) do ideal kantiano, acabam por alargar em demasia o conceito de autonomia individual como, v.g., compreender a autonomia enquanto exercício da capacidade psicológica para governar a si mesmo, sendo irrelevante a racionalidade na tomada de decisão, deixando uma margem quase irrestrita à liberdade de ação/decisão,⁴²⁰ resultando numa fundamentação da autonomia individual com base exclusivamente na esfera político-liberal, afastando-se do viés ético e sua (ao nosso ver, necessária) dimensão relacional, afirmando – repita-se - um direito à irracionalidade na tomada de decisão por parte do paciente acerca das intervenções médicas sobre seu próprio corpo.⁴²¹

Dentro do cenário nacional – inclusive com repercussão internacional – surge a proposta de Siqueira em sua recente tese de doutoramento. A abordagem articulada pela autora é digna de aplausos pelo ineditismo e tratamento dogmático elaborado por ela para

⁴¹⁸ BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais. **RBCCrim**, São Paulo, ano 25, v. 127, p. 39-78, jan. 2017. Entretanto, vale repetir que Buonicore, atualmente, defende tal ideia sob outros pressupostos jurídico-filosóficos, em especial nas teorias de Honneth e Habermas, dando preferência a Honneth. Assim, para uma visão da qual Buonicore vem formulando suas propostas de fundamentação da culpabilidade jurídico-penal partindo do reconhecimento recíproco intersubjetivo para atribuir significado à liberdade individual e também uma função ético-social, ver fontes referenciadas pelo autor: HEGEL, G.W.F. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt: Suhrkamp, 1970. p. 144 ; HEGEL, G.W.F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. Frankfurt: Suhrkamp, 2004; HONNETH, Axel. **Das Recht der Freiheit**: Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 14 ; HONNETH, Axel. **Kampf um Anerkennung**. Frankfurt: [s. n.], 2002; HABERMAS, Jürgen. Arbeit und Interaktion. Bemerkungen zu Hegels „Jenenser Philosophie des Geistes“. In: HABERMAS, Jürgen (org.). **Technik und Wissenschaft als Ideologie**. Frankfurt: Suhrkamp, 1968. p. 9-47. (fontes referenciadas pelo autor).

⁴¹⁹ Ver, por exemplo: COSTA, António Martins da; BATISTA, Ricardo Barroso. Ética e Política Contemporânea: Ressonâncias Kantianas. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 75, n. 1, p. 13–16, 2019; DARWALL, Stephen L. A Defense of the Kantian Interpretation. **Ethics**. Chicago (EUA), v. 86, n. 2, 1976, p. 164–170, p. 167; ROSTBØLL, Christian F. Kantian Autonomy and Political Liberalism. **Social Theory and Practice**, Miami (EUA), v. 37, n. 3, p. 341–364, 2011. TAYLOR, Robert S. Kantian Personal Autonomy. **Political Theory**, London (UK), v. 33, n. 5, p. 602–628, 2005; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 844/6809. *E-book*.

⁴²⁰ FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. **The Journal of Philosophy**, Waterbury (USA), v. 68, n. 1, p. 5–20, 1971. p. 7.; MCLEOD, Carolyn. How to Distinguish Autonomy from Integrity. **Canadian Journal of Philosophy**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 107-133, 2005. p. 109; KELLER, Heidi. Psychological Autonomy and Hierarchical Relatedness as Organizers of Developmental Pathways. **Philosophical Transactions: Biological Sciences**, London (UK), v. 371, n. 1686, p. 1–9, 2016; EKSTROM, Laura Waddell. A Coherence Theory of Autonomy. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 53, n. 3, p. 599–616, 1993. p. 600; HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. *E-book*. Para maiores detalhes, ver página 61, nota n.º 289 e também, Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 170 .

⁴²¹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 50 .

rejeitar o paternalismo (tanto o jurídico-penal, quanto o médico) não sob à ótica da ética hipocrática, mas sob o viés da ética da autonomia.⁴²²

Vale algumas linhas para demonstrar o contributo de Siqueira quanto ao tratamento dogmático das intervenções médicas orientadas pela autonomia individual. Mas, sem tirar qualquer dos méritos que lhe são dignos, algumas posições desenvolvidas por Siqueira devem ser aqui rebatidas para que o tema, i.e., a autonomia individual possa ser recepcionada no seio da dogmática penal com uma fundamentação diversa da qual é adotada pela autora.⁴²³

De acordo com Siqueira, a problemática que moveu sua investigação se deu pelo destrato pelo qual a dogmática tradicional nacional aborda as questões referentes às intervenções médicas arbitrarias, refutando a ideia de que tais intervenções estariam amparadas pelos institutos do exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal por considerar os mesmos como formas inadmissíveis de paternalismo (jurídico-penal), ignorando por completo a autonomia individual na tomada de decisão por parte do paciente, pois a ética hipocrática, para Siqueira, é manifestamente paternalista.⁴²⁴

Ao propor sua concepção e fundamentação de autonomia individual, Siqueira é enfática ao expressar que procura uma delimitação concreta que vá além da dimensão ética e da discussão sobre a correção moral de certas decisões, pois procura determinar “em que consiste a autonomia de uma decisão e, com isso, impor o respeito a ela, por pertencer à esfera privada e intangível do paciente, ou, em outras palavras, de reconhecer a autonomia como um *direito* a ser observado”.⁴²⁵ Partindo dos pressupostos kantianos à delimitação do conteúdo moral da decisão (que serão rejeitados quando a autora expor sua fundamentação de autonomia), da visão de Feinberg quanto à determinação das capacidades e virtudes - para Siqueira, seria o *potencial do sujeito autônomo* - de quem atua de forma autônoma

⁴²² SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 40.

⁴²³ Uma observação relevante quanto à divergência acerca da fundamentação formulada por Siqueira sobre a autonomia individual e nossa proposta: tendo em vista que o conceito de autonomia individual possui concepções ancoradas na filosofia (que amparam, v.g., o fundamento ético da autonomia), assim como sua concepção normativa (que lhe confere guarida enquanto direito fundamental ancorado na dignidade humana, liberdade de ação e livre desenvolvimento da personalidade dispostos na Carta Fundamental de 1988), queremos deixar claro que, neste específico ponto da investigação, estamos abordando os pressupostos filosóficos adotados pela autora com os quais levantam-se algumas de nossas objeções, em especial, quanto à irrelevância da dimensão ético-social (relacional) que entendemos como componente fulcral para podermos fundamentar e conceituar a autonomia a partir da ideia expressada pela ontologia relacional de Faria Costa, o que irá, por consequência, atribuir um caráter intersubjetivo à autonomia, i.e., rebaterá o subjetivismo fundamentado exclusivamente na política liberal de Rawls, buscando conciliar a fundamentação da autonomia com os pressupostos que nos servem de guia ao seu conceito.

⁴²⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 29-40.

⁴²⁵ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 53.

(independentemente do conteúdo decisional), assim como quais os critérios aptos ao reconhecimento da decisão autônoma sob a perspectiva de Beauchamp e Childress,⁴²⁶ Siqueira revisa cada uma das ideias mencionadas para poder estabelecer um conceito de autonomia que cumpra a função de barreira deontológica do Estado à intervenção na decisão do sujeito autônomo.⁴²⁷

Siqueira deixa claro que a concepção kantiana não resolve sua tentativa de conceituar a autonomia, pois entende que o reconhecimento da autonomia deve ser compreendido enquanto um direito ao invés da dependência acerca do conteúdo (moral) da decisão, afirmando que o sujeito autônomo possui o direito de fixar para si suas próprias regras, sendo seu próprio legislador, mas, ao contrário da fórmula kantiana, o respeito às próprias leis se dá

⁴²⁶ “Já quanto à concepção de Beauchamp e Childress, considerando-se isoladamente o respeito à autonomia, talvez seja possível afirmar que essa é a proposta que melhor expressa o conteúdo da autonomia dos pacientes no campo da bioética, em especial por levar em conta as peculiaridades da relação médico-paciente. No entanto, a interconectividade entre o respeito à autonomia e os demais princípios da ética médica traçada pelos autores (quais sejam, da *não-maleficência*, da *beneficência*, da *justiça*) apresenta nuances paternalistas, ao autorizar, em diferentes situações, a flexibilização da máxima da autonomia em favor de algum dos demais princípios. Em relação tão somente ao respeito à autonomia, acertam os autores ao desenvolverem uma concepção focada nas *características da decisão autônoma* e que, assim, afasta-se de considerações individuais acerca do sujeito e, da mesma forma, do conteúdo da decisão por ele tomada.” Cf. SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 58; GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Studia Juridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, 2017, p. 653. No mesmo sentido, i.e., apresentando paradoxos do respeito à autonomia nos moldes da bioética principialista de Beauchamp e Childress, Sanmiguel: (...) o paciente, em uso do direito que se sustenta o princípio da autonomia, pode concluir que não deve submeter-se a um tratamento, enquanto que o médico, aplicando a beneficência, pode determinar que o paciente deveria submeter-se a esse tratamento. Se o paciente está suficientemente informado, e o tratamento médico está cientificamente fundado, então sucede que a regra que se deriva do princípio da autonomia, por mais que respeite o princípio de autonomia, é irracional desde o ponto de vista da prática médica. E, supondo que o tratamento que deriva da beneficência se administra sem contar com o consentimento do paciente, então o médico estaria atuando contra o princípio de respeito à autonomia, e portanto, contra a ética médica” Cf. SANMIGUEL, Francisco J. Laporta. Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. **Autonomía personal y decisiones médicas**. Cuestiones éticas y jurídicas. Madrid: Civitas, 2010, p. 22-23. Para uma visão que não considera a doutrina da Bioética principialista paternalista com base na ética do cuidado e na ética hipocrática, ver, especialmente: PESSINI, Léo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 10; CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EdPUCRS, 2006. p. 21-25; SGRECCIA, Elio. **Manuale di Bioetica**. V. I, Fondamenti ed etica biomedica. Milano: Vita e Pensiero, 1994. p. 23-49; JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 15; DURANT, Guy. **A Bioética: natureza, princípios, objetivos**. São Paulo: Paulus, 1995. p. 17.; COELHO, Ana Flávia Viana Campello de Melo Bandeira *et. al.* Da ética principialista para a bioética de intervenção: sua utilização na área da saúde. **Revista Tempus Actus Saúde Coletiva**, Brasília, v. 7, n. 4, p. 239-253, 2013.; MAHOWALD, M. B. Biomedical ethics: a precious youth. In: DEMARCA, J.; FOX, R. M. **New directions in ethics**. London: Routledge and Kegan Paul, 1986. p. 27. GILLON, Raanan. “Defending the Four Principles Approach as a Good Basis for Good Medical Practice and Therefore for Good Medical Ethics.” **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 41, n. 1, p. 111-116, 2015.

⁴²⁷ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 53.

por serem genuínas e expressarem a real vontade do indivíduo autônomo.⁴²⁸ Porém, reconhece que a universalidade tal como Kant pensou deve ser adaptada ao contexto das intervenções médicas e, para tanto, propõe uma releitura da universalidade enquanto “não afetação da autonomia de terceiros”.⁴²⁹

Assim, Siqueira acentua que – ao fundamentar a autonomia individual – irá se afastar da noção ética de autonomia para,⁴³⁰ a partir da filosofia política de Rawls e, em certa medida, à luz de alguns dos pressupostos de Feinberg, aderir – exclusivamente – à noção política de autonomia.⁴³¹

Começando sua fundamentação em Rawls, Siqueira apresenta a noção de autonomia ética como sendo aquela que se define pelos próprios cidadãos com base em suas doutrinas abrangentes (*comprehensive doctrines*), que se referem a uma ordem de valores morais, metafísicos, religiosos que orientam a forma de vida e a concepção do indivíduo sobre o que é o “bem”, i.e., “aquilo que é valioso à vida humana, os ideais de caráter pessoal, incluso os

⁴²⁸ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 55.

⁴²⁹ “(...) a máxima da universalização, a nosso ver, indica que a dignidade moral – e, com isso, a autonomia dos demais sujeitos, assim como a própria – deve ser respeitada, e, por essa razão, autônoma seria aquela conduta que, firmada pelo próprio sujeito que atua, não afeta a autonomia de outras pessoas. Fato é que, ao decidir sobre os tratamentos a que desejo ou não me submeter, a princípio não atinjo a autonomia ou a esfera privada de terceiros; essas são decisões autorreferenciais, isto é, que afetam, em última instância, somente o próprio sujeito. Por esta razão, as condutas referentes a tratamentos médicos poderiam, nessa perspectiva, ser consideradas universalizáveis e, da mesma forma, *prima facie* autônomas.” Cf. SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 56. Vale deixar uma observação quanto a este ponto que será retomado em seguida: uma vez que as decisões referentes ao tratamento médico seriam universalizáveis, consideradas *prima facie* autônomas, parece – como pretende-se analisar – que a autora talvez não percebeu os riscos de tal afirmação: se as decisões são autorreferenciais e universalizáveis, dá a entender que, ao admitir a irracionalidade da decisão como forma de manifestação da autonomia enquanto expressão da liberdade de ação, chegaríamos, possivelmente, à seguinte conclusão: a irracionalidade é universalizável, logo, se toda tomada de decisão partir do pressuposto da irracionalidade como exercício do direito à autonomia, estaria a irracionalidade tomando a perturbadora moldura de uma subjetividade extremada, i.e., levando justamente à conclusão diversa da imaginada por Siqueira: o sujeito que decide irracionalmente nunca irá afetar a autonomia de terceiros? Como será objeto de análise na sequência, fica, por enquanto, o questionamento e a reflexão.

⁴³⁰ Sobre a faceta ética da autonomia individual, ver: FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 20-21, 128; ARY, António. Ética e Direito: Que Diálogo? **Revista Portuguesa De Filosofia**, v. 70, n. 2/3, p. 539–552, 2014. p. 542. GILLON, Raanan. Defending the Four Principles Approach as a Good Basis for Good Medical Practice and Therefore for Good Medical Ethics. **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 41, n. 1, p. 111–116, 2015; PERRY, Thomas D. Moral Autonomy and Reasonableness. **The Journal of Philosophy**, Oxford (UK), v. 65, n. 13, p. 383–401, 1968. p. 400. PERRY, Thomas D. Conceptual Revision in Ethics. **Ethics**, Chicago (USA), v. 78, n. 3, p. 199–213, 1968.; PITHAN, Livia Haygert *et. al.* Reflexões Bioéticas sobre a Ortotanásia no Direito Brasileiro. In: LOCH, Jussara de Azambuja; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. **Bioética na Atualidade**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014. p. 28: “(...) respeitar a pessoa que está morrendo em relação às opções terapêuticas disponíveis implica *possibilitar uma decisão racional e, por isso, autônoma*. A ortotanásia, entendida como limitação de tratamentos desnecessários inaptos à cura e reversibilidade do processo de morte, deve ser uma opção para que o paciente possa decidir autonomamente sobre o tipo de intervenção médica em seu final de vida.” (grifo nosso).

⁴³¹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 56.

ideais de amizade (ou relações familiares), associativos, enfim, todo o restante que norteia sua conduta”.⁴³² Siqueira, contudo, parece ter ciência de uma (eventual) dimensão ético-social (ou, para não fugir do texto da autora, fiquemos apenas com o ‘social’) que é componente do conceito global de autonomia, pois, citando Rawls, escreve: “(...) a coexistência de indivíduos que orientam suas condutas a partir de diferentes doutrinas abrangentes em uma mesma sociedade, diante do pluralismo, só se torna possível com a separação entre o domínio político e o pessoal, familiar ou associativo,”⁴³³ concluindo que “há de se reconhecer uma dimensão

⁴³² “To say that political principles must be as free as possible of opposing and conflicting comprehensive doctrines does not mean that there are not other, even more important values; that public reason is discontinuous with these values; the public ‘self’ is ontologically prior to the ‘self’ who is a member of a nonpolitical associations (...) political arrangements must remain indifferent to the truth or to virtue including those truths and virtues which tend to support institutions of justice (...) the artifice of politics constructs all the moral and social material of human life (...) the autonomy of political principles necessarily implies or entails the belief that humans agents are autonomous in the sense proposed by various secular comprehensive doctrines (...) the notion of constitutive autonomy (Kant) is comprehensive doctrines incompatible with the practical bounds of publica reason (...) the ‘political conception must accomplish two things: the political institutions must be conceived and designed so that they not only meet the requirements of justice but also satisfy the need of justice by itself will not do the trick. Principles and institutions must also be conceived in a way that permits an overlapping consensus for a political society marked by a reasonable pluralism (...) reasonable pluralism is not a mere fact, but the achievement of a people who have prospered and developed within the context of free institutions. Therefore, overlapping consensus also is not just a limit placed upon the employed of public reason but an end of political institutions. Whatever the abstract scheme of justice, it must provide for the citizens ability to connect the scheme to their own respective comprehensive doctrines.” Cf. RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993. p. 23-140. Na obra “*Theory of Justice*”, a justiça é equidade, i.e., compreendida como as normas comuns de cooperação reconhecidas por pessoas livres e iguais que participam nas atividades sociais em respeito mútuo. De maneira consistente com suas concepções sobre o equilíbrio reflexivo e a coerência, Rawls argumenta que “(...) what justifies a conception of justice is not the fact of being faithful to a previous and previously given order, but its congruence with our deepest understanding of ourselves and our aspirations, and with our conviction that, given our history and the traditions implied in our public life, it is the most reasonable doctrine for us (...) formulate a conception of justice which, however much it may call upon intuition, ethical or prudential, tends to make our considered judgments of justice converge. If such a conception does exist, then, from the standpoint of the original position, there would be strong reasons for accepting it, since it is rational to introduce further coherence into our common convictions of justice. Indeed, once we look at things from the standpoint of the initial situation, the priority problem is not that of how to cope with the complexity of already given moral facts which cannot be altered. Instead, it is the problem of formulating reasonable and generally acceptable proposals for bringing about the desired agreement in judgments. On a contract doctrine the moral facts are determined by the principles which would be chosen in the original position. These principles specify which considerations are relevant from the standpoint of social justice. Since it is up to the persons in the original position to choose these principles, it is for them to decide how simple or complex they want the moral facts to be. The original agreement settles how far they are prepared to compromise and to simplify in order to establish the priority rules necessary for a common conception of justice.” Cf. RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 57-60.

⁴³³ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 56; RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993. p. 137; WEITHMAN, Paul. Convergence and political autonomy. **Public Affairs Quarterly**, Illinois (USA), v. 25, n. 4, p. 327-348, 2011; HITTINGER, Russell. John Rawls, “Political Liberalism.” **The Review of Metaphysics**, Washington (USA), v. 47, n. 3, p. 585-602, 1994.

diferente da autonomia, emancipada da moral e vinculada apenas a valores políticos independentes”.⁴³⁴

Baseando-se na construção política de autonomia de Rawls como um dos pilares de sua fundamentação, Siqueira entende que a autonomia plena (no sentido rawlsiano) é a autonomia política, pois é a partir de tal noção política que se obtém a manutenção da estabilidade de determinada sociedade, justa e composta por indivíduos que, apesar de divergirem em razão de seus diferentes pensamentos (religioso, filosófico etc.), são livres para seguir suas próprias doutrinas, concluindo que a autonomia se refere a um ideal *político* que garante a congruência entre o exercício das liberdades individuais de cada sujeito; a autonomia moral, por sua vez, apesar de relevante, deve-se limitar ao domínio do privado.^{435,436}

Segundo Siqueira:

Para nós, isso significa que a autonomia confere aos indivíduos o poder de decidir por si próprios, permitindo que cada um determine seus valores e concepções de vida; a discussão sobre o conteúdo dessa decisão – se ela é boa ou ruim – é, nessa perspectiva, irrelevante. Nesse sentido, a autonomia também perfaz um dever de tolerância e respeito aos valores alheios. Assim, não pode o médico afirmar, por exemplo, que a recusa de transfusão de sangue de uma testemunha de Jeová não é autônoma por se fundar em razões religiosas e, com isso, ignorá-la. O reconhecimento da autonomia, nesse caso, impõe ao médico o dever de respeitar as escolhas livres do paciente, ainda que discorde de seus fundamentos.⁴³⁷

⁴³⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 56.

⁴³⁵ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 57; RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993. p. 47.

⁴³⁶ Há autores que, ao trabalharem com a filosofia política de Rawls, em especial quanto à obra “*Theory of Justice*”, aduzem que o critério da racionalidade seria uma “virtude” referente à reflexão sobre o que seria, para si, um “bem”, entendendo que a racionalidade faz parte do conceito de pessoa com base na filosofia política do filósofo americano, *v.g.*, NODARI, Paulo César; VICENTINI, Henrique. O conceito político de pessoa em Rawls. *In*: SOUZA, Draiton Gonzaga de; BRESOLIN, Keberson. **Filosofia e Direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 2018. p. 294. Contudo, não nos parece tal interpretação condizer com as reflexões de Rawls, pois: “Thus we are to imagine that those who engage in social cooperation choose together, in one joint act, the principles which are to assign basic rights and duties and to determine the division of social benefits. Men are to decide in advance how they are to regulate their claims against one another and what is to be the foundation charter of their society. Just as each person must decide by rational reflection what constitutes his good that is, the system of ends which it is rational for him to pursue, so a group of persons must decide once and for all what is to count among them as just and unjust. The choice which rational men would make in this hypothetical situation of equal liberty, assuming for the present that this choice problem has a solution, determines the principles of justice. In justice as fairness the original position of equality corresponds to the state of nature in the traditional theory of the social contract. This original position is not, of course, thought of as an actual historical state of affairs, much less as a primitive condition of culture. It is understood as a purely hypothetical situation characterized so as to lead to a certain conception of justice.” Cf. RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 10-11.

⁴³⁷ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 57.

Quanto à adoção de Feinberg, Siqueira irá ressaltar a relevância da autonomia como condição de fato ou ideal como sendo essenciais à determinação do concreto papel do paciente e do médico, que deverá se limitar em avaliar e esclarecer sobre as eventuais consequências e riscos da intervenção médica (positivos ou negativos).⁴³⁸ Mas o que Siqueira extrai do pensamento de Feinberg como fulcral ao desenvolvimento da sua fundamentação são as noções de autonomia enquanto direito e capacidade como relevantes à dogmática penal.⁴³⁹

Utilizando-se da analogia de Feinberg de autonomia enquanto soberania em decisões autorreferenciais sobre intervenções médicas sobre o próprio corpo,⁴⁴⁰ Siqueira compreende que o direito de decidir irracionalmente é consequência do respeito à autonomia,⁴⁴¹ ainda que isso possa eventualmente representar um perigo para a vida daquele que delibera, porque, segundo a autora: “A autonomia não representa um direito de decidir racionalmente, senão o direito à *ausência de heterodeterminação (Abwesenheit von Frembestimmung)*, que se deixa traduzir na ideia de *liberdade para a irracionalidade (Freiheit zur Unvernunft)*.”⁴⁴²

Para não perder a coerência de seus pressupostos teóricos, Siqueira menciona a relação simbiótica entre liberdade e responsabilidade, ressaltando que o ônus do direito à autonomia é a responsabilidade pelas consequências sobre as decisões (autônomas).⁴⁴³ Com isso, Siqueira afirma que o resultado será uma redução na carga de responsabilização dos profissionais da

⁴³⁸ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 57.

⁴³⁹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 57-58.

⁴⁴⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 844/6809. *E-book*.

⁴⁴¹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. nota 308 e p. 95.

⁴⁴² SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 61-62 (*grifo do autor*). Ainda: “Considerando que a obediência estrita a um padrão de racionalidade distancia o indivíduo da sua subjetividade, não pode a constatação empírica de que a vulnerabilidade do paciente afeta sua capacidade decisória servir como pretexto para relativizar genericamente seus direitos.” Cf. SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 62. Em sentido contrário, adotando como critério limitador do (princípio de) respeito à autonomia quando se tratar de decisão irracional tomada pelo paciente, *vide*: DUMAS, Camila Cristina de Oliverira; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico-brasileiro**. Biguri: Boreal, 2017. p. 55-56; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 177; NINO, Carlos S. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 204; NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**. Una teoría liberal del delicto. Buenos Aires: Astrea, 1990. p. 354.

⁴⁴³ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 63; GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Stydia Yvridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, 2017, p. 653.

medicina pelas intervenções a que submetem seus pacientes, “a quem, numa posição de igualdade, se atribui não apenas a prerrogativa de dar o veredito no que tange a questões médicas, mas também a responsabilidade decorrente de sua decisão,”⁴⁴⁴ o que resultará na repartição do ônus do risco entre médico e paciente.⁴⁴⁵

A partir dos pressupostos acima elencados, Siqueira chega à conclusão de que a autonomia, enquanto um meta-valor, i.e., um valor que se coloca como transcendental e não admitiria qualquer ponderação sob pena de transformar-se em heteronomia, rebate enfaticamente os argumentos que aceitam relativizar o respeito à autonomia, pois, segundo a autora,

É também contestável a compreensão que submete a autonomia a um juízo de ponderação, geralmente reportando-se à proteção da saúde ou da vida. Por exemplo, é comum afirmar-se que “o princípio da autonomia não é absoluto” e que, em algumas situações, deve ser confrontado a partir de outros valores, também relevantes. No entanto, ponderar a autonomia significa determiná-la de fora para dentro, de acordo com uma perspectiva externa (de terceiros ou do Estado), ou seja, é o mesmo que transformá-la em heteronomia, o que culmina, necessariamente, numa falsificação de seu conteúdo (...) o reconhecimento constitucional da autonomia impede que o Estado defina *prima facie* uma relação de preponderância ou proceda uma “ponderação” entre a saúde ou a vida e a liberdade ou a dignidade, porquanto *apenas o indivíduo poderá proceder à hierarquização de seus próprios valores e direitos individuais* (...) E é justamente por isso que compreendemos a autonomia como um meta-valor, situado num plano diferente dos demais: a autonomia dá ao indivíduo justamente o direito de ponderar os seus valores e direitos.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 63; GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Stydia Yvridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, 2017. p. 653.

⁴⁴⁵ GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Stydia Yvridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, 2017. p. 653-654.

⁴⁴⁶ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 68-69. Ainda: “(...) um meta-valor, isto é, uma consideração que se encontra em outro plano, que diz com a hierarquização recíproca desses diversos valores. Submeter a autonomia à lógica da ponderação é reduzi-la de barreira que se tem de respeitar a fim de que se tem de promover ou maximizar e, com isso, descaracterizá-la. A autonomia que se pondera não é mais autonomia, porque a ponderação é orientada de forma heterônoma. Autonomia é o direito de ponderar; ponderá-la é transformá-la em heteronomia. *Talvez esse argumento não deixe de ser circular*; ainda assim, pensamos que se trata de um círculo de raio tamanhamente extenso a ponto de que não seja mais possível alcinhá-lo de vicioso. Afinal, quem questiona a natureza da autonomia como meta-valor e a joga lado a lado com os valores que se entrecrocam fica a dever uma explicação convincente (*sic*) de por que lhe é permitido tomar a sua cerveja ou fumar seu cigarro, e de por que não é obrigado a exercitar-se (...) o modelo de autonomia tem como pressuposto a capacidade do sujeito que decide, capacidade essa que deriva de pressupostos cognitivos, volitivos e situacionais. Apenas na falta de algum desses pressupostos será legítimo se desconsiderar a vontade do indivíduo (paternalismo suave).” GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Stydia Yvridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, 2017. p. 654-655. Em sentido aproximado, *vide*: COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico**. Coimbra: Coimbra, RT, 2008. p. 19-21.

Ao tratar da situação de indivíduos em estados de vulnerabilidade por alguma doença, Siqueira vai além, estendendo a autonomia inclusive para pessoas que, segundo nosso entendimento,⁴⁴⁷ não poderiam ser consideradas plenamente autônomas,⁴⁴⁸ porém, segundo a autora, mesmo que o paciente se encontre em posição de vulnerabilidade por patologia, seria justamente esse o fundamento para reforçar o direito de autodeterminação sobre o próprio corpo e faz, assim, com que qualquer tratamento curativo venha depender do consentimento livre e informado,⁴⁴⁹ conferindo ao enfermo a possibilidade de “negar o sacrifício da sua integridade corporal e deixar de se submeter ao tratamento, ainda que somente por meio dele seja possível livrá-lo de uma doença que põe em risco sua vida.”⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ TOZZI COELHO, Gustavo; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uso de drogas e autonomia: limites jurídico-penais e bioéticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 126, p. 67-108, dez. 2016, p. 79-83; TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 194-202.

⁴⁴⁸ Basta lembrarmos da problemática envolvendo o usuário de drogas e o dependente, utilizada como exemplo nas nossas pesquisas anteriores, também mencionado por Martinelli. Em síntese:“(…) em se tratando do usuário (juridicamente capaz) e uso de drogas, mesmo que se fundamente a proibição do uso de drogas sob argumentação paternalista, não se pode concordar com a mesma, pois que o usuário, ao usar a droga, o faz em face de sua autonomia enquanto indivíduo, devendo ser respeitado enquanto sujeito autônomo, livre, portanto, para tomar a decisão: usar ou não a droga (...) no que se refere ao dependente de drogas, que não possui autonomia, pois que sem capacidade de discernimento e autodeterminação em face da compulsão pela utilização da droga (...) merece tratamento especial do Estado, mas preferencialmente fora da esfera penal. Isto porque o dependente de drogas é pessoa doente e que necessita de amparo médico, familiar e dos amigos (...)” Cf. TOZZI COELHO, Gustavo; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uso de drogas e autonomia: limites jurídico-penais e bioéticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 126, p. 67-108, dez-2016. p. 208-209. Para uma melhor compreensão, ver: TOZZI COELHO, Gustavo; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uso de drogas e autonomia: limites jurídico-penais e bioéticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 126, p. 67-108, dez. 2016. p. 86-87; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 259.

⁴⁴⁹ Para uma visão oposta, fundamentada em principiologia da Bioética Europeia, *vide*: KEMP, Peter. **Lévinas. Une introduction philosophique**. Versannes (Loire): Encre marine, 1997; KEMP, Peter. Ricoeur between Heidegger and Lévinas: original affirmation between ontological attestation and ethical injunction. In: KAEMEV, Richard (ed.) Keamev (ed.). **Paul Ricoeur: The Hermeneutics of Action**. London: Sage, p. 41-61, 1996; KEMP, Peter. Le fondement de l'éthique vu à travers l'éthique du siècle de Ricoeur. **Revue de Métaphysique et de Morale**, Paris (França), v. 2, p. 173, 2006. Ainda: “Quando em Bioética Clínica se vive o Princípio de Autonomia, é claro que o caminho a seguir não pode exigir ao utente a vivência de uma autonomia absoluta, como se ele fosse um deus, o que, na prática, exigiria ao profissional de saúde um verdadeiro abandono do utente a si próprio. Mas se isto é inaceitável, também é de rejeitar a atitude diametralmente oposta em que se condenaria o utente a um paternalismo ilimitado do profissional de saúde, que decidiria sozinho o caminho a seguir pelo doente, sem o mínimo de respeito pela sua personalidade, sem levar em consideração o que ele pensa e deseja. Ora se o ser humano, portanto, não tem uma autonomia absoluta, porque o seu agir tem raízes biológicas, psicológicas, sociológicas e espirituais e, além disso, age sempre em determinada situação, há, no entanto, que distinguir o princípio da autonomia da capacidade para o seu exercício.” Cf. BRITO, J. H. Silveira de; BRITO, Amélia Silveira de. A Autonomia Humana: da Filosofia à Bioética Clínica. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 68, n. 4, p. 657–671, 2012. p. 666 . (grifo nosso); SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 53-54, 2009. (ver nota n.º 88) e p. 56.

⁴⁵⁰ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 69-70.

É por tal construção que Siqueira irá apontar que todos os bens jurídicos individuais devem ser orientados pela autonomia,⁴⁵¹ pois a lesão não pioraria o estado de saúde nas intervenções médicas: quem define o que é bom é o próprio indivíduo, resultando como consequência jurídica o crime de lesão corporal porque o corpo (do paciente) não pode ser visto como substância externa ao sujeito, sendo direito do titular do bem jurídico escolher o que será feito com seu corpo.⁴⁵² Assim, Siqueira irá definir, *v.g.*, que o bem jurídico “integridade física” é composto de uma estrutura que denomina como “bidimensional”, *i.e.*, numa primeira dimensão se encontraria a inviolabilidade do próprio corpo (enquanto substrato material) e, numa segunda dimensão que se expressa através da autodeterminação sobre ele (bem jurídico). Porém, a autora refere que somente no “exercício dessa segunda dimensão está vinculada à capacidade de autonomia, de sorte que a primeira dimensão da proteção da integridade física, *i.e.*, a sua *inviolabilidade, independe da existência fática de autonomia.*”⁴⁵³ Desta forma, Siqueira conclui que a inclusão da autonomia no âmbito de proteção dos bens jurídicos individuais não garantiria somente o direito de disposição e usufruto dos próprios bens, mas – principalmente – a inviolabilidade *prima facie* de cada um dos bens jurídicos individuais, afirmando que “a incapacidade de exercer a autonomia não afeta a proteção atribuída por essa dimensão.”⁴⁵⁴

O trabalho desenvolvido por Siqueira será retomado, seja enquanto adesão, seja enquanto oposição relativas a algumas de suas soluções ao enfrentar toda problemática referente ao conferir autonomia a quem de fato não a possui (ainda que de forma temporária),

⁴⁵¹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal.** 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 80. Segundo a autora: “a *compreensão dos bens jurídicos individuais a partir da autonomia do seu titular (...)* considerando que a autonomia integra, por exemplo, o bem jurídico tutelado pelo crime de lesões corporais, cabe apenas ao seu titular determinar como se dará a fruição do seu bem jurídico, ou seja, do seu próprio corpo (...) faz-se uma *releitura do conteúdo de todos os bens jurídicos individuais*, de modo a incluir, para além do próprio bem, também a *autonomia do seu titular determinar como se dará sua utilização (...)* o princípio da proteção de bens jurídicos, compreendido a partir da autonomia, nos leva à conclusão de que o Estado e, em especial o direito penal, não deve se imiscuir na esfera exclusivamente privada dos cidadãos e, portanto, não possui *prima facie* legitimidade para proibir autolesões e/ou lesões consentidas. O direito penal só é autorizado a proibir de forma legítima condutas que lesem ou exponham a perigo o bem jurídico do ofendido *contra a sua vontade*, eis que o Estado não pode intervir de maneira tão invasiva na individualidade e na liberdade das pessoas a ponto de impedir que elas mesmas se coloquem em perigo ou consentam com lesões a si mesmas. Portanto, de acordo com a nossa premissa fundada na autonomia, *a proteção dos indivíduos de si mesmos não deve ser objeto do direito penal.*” Cf. SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal.** 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 81. (*grifo do autor*)

⁴⁵² SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal.** 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 176.

⁴⁵³ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal.** 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 179-180.

⁴⁵⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal.** 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 180.

mas para o que precisamos neste momento da investigação já é suficiente para apontarmos algumas objeções contra o que foi exposto sobre sua tese. A proposta de Siqueira (por mais completa e inovadora que possa ser considerada) parece não ter levado em conta justamente um dos pontos mais cruciais na nossa concepção e fundamentação acerca da autonomia individual: a faceta ético-social que irá apontar para o caráter relacional que encontra amparo não na subjetividade (tal qual propõe Siqueira) e no caráter transcendental ao qual vai atribuir a condição de meta-valor à autonomia, mas na intersubjetividade que os grupos sociais desenham através da regra de ouro que o princípio da reciprocidade orienta.^{455,456} Pois bem.

⁴⁵⁵ A fim de que não se confunda as críticas que agora serão elaboradas com a ideia central que é trabalhada por Siqueira em sua tese de doutoramento (autonomia enquanto fundamentação do consentimento nas intervenções médicas), o que será confrontado é o modo de compreender e fundamentar a autonomia, pois, tendo em vista que nossa investigação procura, em essência, pela (re)leitura da autonomia individual à luz da ontologia relacional de Faria Costa e seus elementos com repercussão jurídico-penal à determinação do conceito do princípio da autorresponsabilidade e sua respectiva localização dogmática dentro da teoria contemporânea do crime e sua específica função no seio da Teoria da Imputação Objetiva (do resultado) e barreira à tipicidade penal fundamentada por perspectivas paternalistas (em especial quanto a situação da participação em suicídio no ordenamento jurídico-penal nacional), as reflexões referentes ao instituto do consentimento, que tem como base – como já fora dito anteriormente – o princípio de respeito à autonomia como norte orientador – serão abordadas sinteticamente ao trabalharmos com as questões referentes à temática.

⁴⁵⁶ Vale deixar fincado desde já: a relação médico-paciente, como a própria terminologia indica, é relacional, intersubjetiva, porém, trata-se de uma relação que, em princípio, por si só, expõe uma situação não isonômica, porque na relação médico-paciente, por mais que se procure afastar a ética hipocrática (referente ao profissional da medicina) para dar espaço à ética da autonomia, numa tentativa de igualar os desiguais, não passa de uma proposta quase inatingível. Explica-se: o médico tem o conhecimento científico específico da profissão, conferindo-lhe uma espécie de posição superior em relação ao paciente, ou seja, é o médico que tem o saber necessário (salvo exceções) e, justamente por tal posição em relação ao que o paciente compreende enquanto leigo na área da medicina, o dever de informação, de (não) esclarecimento são partes integrantes da própria profissão médica (os parênteses significam a outra faceta do dever de esclarecimento), sob pena de responsabilização jurídico-penal seja pela omissão, seja pelo excesso (ou mesmo imposição), do diagnóstico ao paciente, que pode, inclusive, rejeitar no exercício de sua autonomia, tanto – mesmo sendo direito garantido pela legislação infraconstitucional e regulamentações deontológicas provenientes da ética médica - a informação, como o (devido) esclarecimento (o denominado ‘*direito à não saber*’). Nesse sentido, vide: COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico**. Coimbra: Coimbra, RT, 2008. p. 22). Ainda, Sporleder de Souza: “O dever de informação constitui uma exigência derivada das regras da arte médica, tratando-se de um dever enquadrável, portanto, dentro da chamada *lex* (ou *leges*) *artis*. Sob o ponto de vista jurídico-penal, portanto, e salvo raras exceções, o dever de informar adequadamente ao paciente é um *dever de cuidado* que se impõe ao médico no exercício da sua profissão, e caso seja violado pode levar à sua responsabilização penal por culpa, comissiva ou omissiva (omissão imprópria), se for produzido um *resultado* no paciente. Por outro lado, o esclarecimento médico apresenta uma dupla face, sendo ao mesmo tempo um dever para o médico e um direito do paciente. Aliás, hoje parece inegável que o paciente tem um direito a ser (devidamente) informado pelo médico a respeito do diagnóstico da sua doença, da realização de determinados exames e procedimentos, bem como dos resultados a partir destes. Por conseguinte, o esclarecimento médico é um direito que garante ao paciente um ‘espaço livre de decisão’ quanto a dois aspectos: a) ao que o paciente quer e não quer saber sobre si próprio, nomeadamente sobre o seu corpo e a sua saúde, tanto no que respeita ao presente como no que concerne ao futuro; b) à intervenção médica a ser realizada. Neste último caso, fala-se em consentimento informado ou esclarecido (*informed consent*), isto é, aquela decisão voluntária, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de uma determinada intervenção (tratamento ou em experimentação), sabendo a sua natureza, suas consequências e seus riscos (...) o consentimento informado constitui a legitimação e o fundamento do ato médico, sobretudo em relação a pesquisas em seres humanos e a certos tratamentos invasivos (p.ex., intervenções médico-cirúrgicas), dificilmente ocorrendo em simples e corriqueiras consultas clínicas.” Cf. SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54-55. Ver, ainda: COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico**. Coimbra: Coimbra, RT, 2008. p. 23.; CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. 2 ed. Porto

Ponto a ponto, dentro do que fora exposto sobre a proposta de fundamentação da autonomia individual em Siqueira.

O primeiro ponto que entendemos merecer alguma análise mais profunda é quanto aos resultados inerentes ao utilizar uma fundamentação com base numa ideia que remete à compreensão da autonomia apenas sob o enfoque político do liberalismo, deixando de analisar os reflexos de suas pretensões, i.e., mesmo fazendo referências ao longo da fundamentação acerca de uma eventual faceta relacional que entendemos ser fulcral ao conceito de autonomia, a autora afirma que não levará em conta qualquer eticidade referente, pois para seus propósitos entende ser irrelevante quanto ao conteúdo da decisão autônoma: Siqueira entende que a ética hipocrática deve ser desconsiderada em prol da ética da autonomia,⁴⁵⁷ conferindo ao indivíduo uma autonomia que acaba revelando uma carga elevada de subjetivismo, ainda que tal consequência não tenha sido prevista pela autora. Tal ideia fica mais clara ao admitir que a decisão, ou melhor, o direito à autonomia confere – inclusive – a possibilidade da irracionalidade por parte do indivíduo na tomada de decisão sobre o que será (ou não) procedido pelo profissional da medicina, sendo que o médico – frise-se – ainda que

Alegre: EdiPUCRS, 2006. p. 89; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 161-167; FADEN, Ruth. R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986. p. 94. Aliás, é neste sentido o art. 10º da Convenção Para Protecção dos Direitos Do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações Da Biologia e Medicina (Convenção de Oviedo, abril de 1997, entrando em vigor em 1º de dezembro de 1999): “CAPÍTULO III. Vida privada e direito à informação; Artigo 10.º: Vida privada e direito à informação. 1 - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde. 2 - Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada. 3 - A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2.” Ver, ainda, o art. 5º e 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (19/10/2005, 33ª Conferência da UNESCO, Paris, França).

⁴⁵⁷ Apenas para que não fique um eventual desentendimento do que se expõe no corpo do texto sobre as possíveis críticas à fundamentação da autonomia individual feita por Siqueira, não estamos divergindo por completo acerca de uma necessária transição entre a ética hipocrática e a ética da autonomia, aliás, entendemos que a complexidade social - atualmente – reclama por um modelo onde a autonomia não seja um mero conceito que não traduz sua essência, ou seja, não pode-se concordar com a grande parte do que ocorre em contextos clínicos onde ocorrem intervenções médicas que são impostas por parte do profissional da saúde por entender possuir o conhecimento e noção do que seria – heteronomamente – melhor ao paciente, na maioria das vezes ignorado e com sua autonomia estilhaçada em razão de não possuir o saber tal qual o médico (tem obrigação e) o possui. Por isso se faz a informação uma imposição ao médico em relação ao paciente. Mas, como a própria realidade mostra nos milhares de corredores de espera por uma consulta via sistema público de saúde no Brasil, a transição à ética da autonomia ainda está engatinhando os primeiros passos. Tal transição, vale frisar, é invocada por Faria Costa: “(...) O que alterou substancialmente o sentido do acto médico foi a introdução, dentro da relação doente/médico, da ideia forte de autodeterminação do doente. Este deixou de ser entendido, em toda a linha, como um sujeito meramente passivo daquela relação de supra-infra ordenação, para passar a ser um sujeito detentor de direitos que, em relação dialógica – praxiologicamente dialógica e não, por certo, cientificamente dialógica – com o médico, é senhor capaz de ‘construir’ a sua própria vida. Poder-se-á afirmar que o centro de gravidade dessa relação dialógica e complexa que é a relação médico/doente assentou arraias, assentou a sua praça forte, no doente, na pessoa doente. Em definitivo: ao modelo paternalista sucedeu-se, em tempo de realização acelerada, o modelo de autonomia. Com todas as suas implicações.” Cf. FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 144.

discorde completamente da decisão do paciente acerca da possível intervenção, pois que irracional – deverá aceitar a vontade do paciente de modo absoluto, mesmo que represente um iminente perigo à vida do indivíduo, justamente por admitir que não pode haver ponderação quanto à autonomia em face de bens jurídicos individuais os quais, segundo Siqueira, são todos orientados pela autonomia para que se permita o pleno usufruto do objeto de tutela através do seu titular.

Não esquecendo dos méritos que tal construção possui, também não pode deixar de se perceber que o conceito de autonomia tal qual Siqueira trabalha – e mesmo que tente não enfrentar as consequências do conceito proposto sob o viés relacional e intersubjetivo que compõe (para nós) a ideia de autonomia enquanto *manifestação do exercício da liberdade em autodeterminação junto com os outros tornando-se, conseqüentemente, responsável*,⁴⁵⁸ que irá se concretizar pelo reconhecimento recíproco – é uma noção que atribui, portanto, um caráter praticamente absoluto à autonomia e, com isso, aliado ao direito de decidir irracionalmente, apresenta dificuldades para o termo se aplicado em casos onde há déficit de autonomia,⁴⁵⁹ como, v.g., pessoas institucionalizadas como portadores de doenças mentais antissociais agudas (esquizofrenia ou psicopatia),^{460,461} incorrendo num argumento que, se tensionado, acaba sendo circular e aparentemente paradoxal. Com isto, Siqueira se veria diante do que seria o reverso de sua proposta: o retorno – provavelmente não previsto pela autora - ao sujeito puro transcendental kantiano, com a inerente subjetividade de um sujeito que irá decidir – independentemente da irracionalidade da decisão⁴⁶² – de acordo com sua

⁴⁵⁸ Ver item 2.5.1.1. infra.

⁴⁵⁹ Ver item 2.5.3. infra.

⁴⁶⁰ Glenn e Raine, em minucioso estudo sobre a psicopatia, afirmam que, ainda que a psicopatia seja mais representativa na população prisional, foi apresentado argumento afirmando que nem todos os psicopatas se envolvem em comportamento criminoso. Em vez disso, psicopatas são pensados para ser encontrados em todas as esferas da sociedade e podem incluir indivíduos de alto status social, tais como empresários, médicos, cientistas e políticos, que são caracterizados por traços de egocentrismo, charme superficial, manipulação, falta de emoção, impulsividade e irresponsabilidade, mas pode não ter tido qualquer prisão ou condenações. Cf. GLENN, Andrea L.; RAINE, Adrian. **Psychopathy: an introduction to biological findings and their implications**. New York: New York University Press, 2014. p. 13.

⁴⁶¹ Ver, p.ex.: BRADSHAW, Elizabeth A. Do Prisoners' Lives Matter? Examining the Intersection of Punitive Policies, Racial Disparities and COVID-19 as State Organized Race Crime. **State Crime Journal**, London (UK), v. 10, n. 1, p. 16-44, 2021; COWELL, Grace. Extreme Punishment for UK Prisoners. **Socialist Lawyer**, London (UK), n. 84, p. 6-7, 2020.

⁴⁶²“(…) a razão humana vulgar, impelida por motivos propriamente práticos e não por qualquer necessidade de especulação (que nunca a tenta, enquanto ela se satisfaz como ser simples sã razão), se vê levada a sair do seu círculo e a dar um passo para dentro do campo da *filosofia prática*. Aí encontra ela informações e instruções claras sobre a fonte do seu princípio, sobre a sua verdadeira determinação em oposição às máximas que se apoiam sobre a necessidade e a inclinação. Consoante Kant, “Assim espera ela sair das dificuldades que lhe causam pretensões opostas, e fugir ao perigo de perder todos os puros princípios morais em virtude dos equívocos em que facilmente cai. Assim se desenvolve insensivelmente na razão prática vulgar, quando se cultiva, uma *dialéctica* que a obriga a buscar ajuda na filosofia, como lhe acontece no uso teórico; e tanto a primeira como a segunda não poderão achar repouso em parte alguma a não ser numa crítica completa da nossa

consciência, em outras palavras: um sujeito que decide por si só, pois (absolutamente) autônomo, desconsiderando os reflexos oriundos das consequências de sua decisão aos seus próximos,⁴⁶³ ressurgiria, então, um sujeito possivelmente solipsista.⁴⁶⁴

Talvez, repita-se, Siqueira não tenha previsto os riscos de uma construção que dá à autonomia um caráter *a priori*, insuscetível de ponderação,⁴⁶⁵ pois absoluto. Contudo, Siqueira admite uma espécie de flexibilização ou relativização ao enfrentar questões relativas à Bioética onde, notoriamente, a maior parte dos autores que se baseiam no principialismo de Beauchamp e Childress não só admitem a ponderação, como a entendem perfeitamente adequada em casos onde, evidentemente, o sujeito que será submetido à intervenção apresenta algum déficit de autonomia,⁴⁶⁶ o que seria razão suficiente para a relativização (ou mesmo limitação) ao respeito à autonomia em face, p.ex., do princípio da beneficência, da não-maleficência (ou mesmo com o princípio da justiça).^{467,468}

razão.” Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 39-40//BA 24.

⁴⁶³ É neste sentido que se posiciona Minahim, mas com base no princípio da solidariedade. MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 2316/3829. *Ebook*.

⁴⁶⁴ “Solipsismo é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles. Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que exista apenas um *eu* que comanda o Mundo, ou seja, *o mundo é controlado conscientemente ou inconscientemente pelo sujeito*. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o sujeito imagina, quer e decide o que é.(..)” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 91-93. (*grifo nosso*)

⁴⁶⁵ Segundo Ruivo: “O fundamento do dever de proporcionalidade advém do Estado Democrático de Direito e da necessidade de ponderação entre direitos fundamentais em colisão” Cf. RUIVO, Marcelo Almeida. **Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais**. **RBCCRim**, São Paulo, v. 17, ano 26, p. 584-614, set-2018. p. 598. Ainda, sobre a possibilidade – em verdade, a necessidade – de ponderação entre os diversos valores protegidos constitucionalmente ser um dos pontos basilares do princípio da proporcionalidade, *vide*: BONAVIDES, Paulo. **O princípio constitucional da proporcionalidade e o respeito aos direitos fundamentais**. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, 1994, n. 34, p.281; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 63-64 e 75; FELDENS, Lucian. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 159, nota 252. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 396. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 112; SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 43-44, abr. 2002; REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 31; SANTOS, Juarez Cirin. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 27.

⁴⁶⁶ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 82.

⁴⁶⁷ “O *princípio da justiça* se refere à obrigação de igualdade de tratamento e, em relação ao Estado, de justa distribuição das verbas para a saúde, para a pesquisa etc. Isto, se não quer dizer, certamente, tratar a todos do mesmo modo, pois são diferentes as situações clínicas e sociais, deveria comportar, todavia, a adesão a alguns dados objetivos, como, p. ex., o valor da vida e o respeito a uma proporcionalidade das intervenções.” Cf. SGRECCIA, Elio. **Manuale di Bioetica**. V. I, Fondamenti ed etica biomedica. Milano: Vita e Pensiero, 1994. p. 167. (Tradução livre). (*grifo do autor*). Beauchamp e Childress destacam a importância das reflexões de Rawls acerca do Princípio da Justiça em sua obra “*A Theory of Justice*”. Como esposado nas linhas acima, em Rawls, a justiça é *equidade* (RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

Para nós, tal premissa nos parece aparentemente correta e possuirá, ainda, impacto direto na aplicabilidade do princípio da autorresponsabilidade, que só incidirá quando se tratar de conduta fundamentada em plena autonomia,⁴⁶⁹ excluídos os casos envolvendo indivíduos com déficit de autonomia, em que o referido princípio poderá ser relativizado ou, dependendo da situação, até mesmo inaplicável. É por tal razão que concordamos parcialmente com Siqueira ao admitir a legitimidade do paternalismo moderado quando se tratar de condutas e/ou decisões não autônomas (ou substancialmente involuntárias) não para proteger o indivíduo de si mesmo,⁴⁷⁰ mas para lhe beneficiar tão somente nos moldes acima apontados, em face de seu déficit de autonomia.⁴⁷¹

A obra de Siqueira, não cansamos de repetir, é de extrema relevância na atualidade e apresenta rigor e seriedade, mas quando expressamos nossa divergência quanto à fundamentação dada por Siqueira e os resultados inerentes explicitados e debatidos linhas acima, não se trata de apontar equívocos teóricos ou inadequações metodológicas pelo mero dever de criticar: mostraremos no item seguinte nosso modo de compreender a autonomia, que além de possuir – inegavelmente – uma dimensão intersubjetiva, não pode se afastar (ou mesmo negar) a faceta ético-social que esta categoria reclama.

p. 45-46 e 60); BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 351-423; CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2006. p. 25; REICH, Warren. T., *et. al.* **Encyclopedia of bioethics**. New York: The Free Press; London: Collier MacMillan Publishers, 1978; JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 28 ; DURANT, Guy. **A Bioética: natureza, princípios, objetivos**. São Paulo: Paulus, 1995. p. 42 .; TUBBS JR., James B. **A handbook of bioethical terms**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2009. p. 91 .

⁴⁶⁸ “Se o conteúdo da obrigação do médico de ser beneficente é definida exclusivamente pelas preferências do paciente, então, em vez da beneficência, trinfou o respeito à autonomia (...) a beneficência fornece a meta e o fundamento primordiais da medicina e da assistência à saúde, enquanto o respeito à autonomia (e a não-maleficência e a justiça) estabelece os limites morais das ações dos profissionais ao buscar essa meta.” Cf. BEAUCHAMP; CHILDRESS, *op. cit.*, p. 296-297. Churchill aponta, e tem razão, quanto à eventual possibilidade de atuação paternalista por parte médica, mas não deixa de reconhecer que conferir ao princípio de respeito à autonomia uma espécie de sobreposição ao atuar do profissional da medicina mesmo em hipóteses extremas: “Beneficence, unleavened by respect for autonomy, can lead to paternalism, while autonomy alone obviates trust and often deteriorates into indifference. Still the feasibility of trust depends upon shared values and goals, or at least stable role expectations between providers and patients.” Cf. CHURCHILL, Larry R. Beneficence. **Encyclopedia of Bioethics**. 3. Ed. Volume I, A-C. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011. p. 271; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud. *In*: MENDOZA BUERGO, Blanca. **Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas**. Madrid: Civitas, 2010. p. 77-78.

⁴⁶⁹ Sobre os elementos estruturais a serem articulados que permitem apontar a plenitude da autonomia dentro dos pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa, ver *infra* item 2.5.2., p. 123 .

⁴⁷⁰SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 82-83; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 100; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383–397, 2014. p. 388-390; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 227/6908. *E-book*.

⁴⁷¹ Maiores aprofundamentos ver, *infra*, item 2.5.3.

3.5 ONTOLOGIA RELACIONAL DE FARIA COSTA E AUTONOMIA: FUNDAMENTO E CONCEITO

Diante do fio condutor que nos serve de amparo, o fundamento do Direito Penal de base onto-antropológica, chega o momento de adentrar no ontologismo relacional de Faria Costa enquanto modelo teórico que sustenta tal modo de compreender a Ciência Conjunta do Direito Penal.

Para não perdermos coerência com o que até o momento já fora esposado, uma vez adotada a noção ontológico-existencial de liberdade, devemos enfrentar o fundamento que entendemos possível dar à autonomia individual partindo justamente de uma perspectiva igualmente ontológico-relacional,⁴⁷² pois, como já elencado, a liberdade individual, no contexto jurídico-penal, é limitada e tem essência relacional.^{473,474}

⁴⁷² Não se deve confundir o termo “ontológico” como se fosse algo pejorativo em termos filosóficos (ou mesmo se aplicando ao direito), pois, o que se deve ter atenção, é para as diversidades complementares possíveis de serem atribuídas ao termo, v.g., a ontologia relacional que trata Faria Costa parte da categoria matricial de cuidado-de-perigo enquanto relação primeva, em franca oposição às ontologias antiga (Platão e Epicuro, p.ex.) e à ontologia tradicional da filosofia da consciência (Kant, p.ex.), afirmando-se como uma ontologia hermenêutica, *vide*: FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 149, nota 32; p. 283; p. 418; p. 424. Sobre a diferença ontológica em Heidegger: “O ‘ser’ é o conceito ‘mais universal’ (...) ‘um entendimento do ser já está incluído cada vez em tudo o que se apreende no ente’. Mas a ‘universalidade’ de ‘ser’ não é a do *gênero*. ‘Ser’ não delimita região suprema do ente, na medida em que o ente é conceitualmente articulado segundo gênero e espécie. (...) A ‘universalidade’ do ser ‘*ultrapassa*’ toda universalidade genérica. ‘Ser’, segundo a designação da ontologia medieval, é um ‘transcendente’. A unidade desse transcendentemente ‘universal’, por oposição à multiplicidade dos conceitos-de-coisa que são os conceitos supremos de gênero, já foi reconhecida em Aristóteles como a *unidade da analogia*. Essa descoberta permite que Aristóteles, não obstante toda a sua dependência da problemática ontológica de Platão, ponha o problema do ser sobre uma base nova em seu princípio. (...) ‘Ser’ é um conceito indefinível. É o que se infere de sua suprema universalidade. (...) De fato, ‘ser’ não pode ser concebido como um ente (...) O ser não pode ser derivado por definição de conceitos superiores e não pode ser exibido por conceitos inferiores. Mas disso se segue que ‘ser’ já não pode oferecer problema algum? De modo nenhum, e só pode se seguir que ‘ser’ não é algo assim como um ente. (...)” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 35-37. Ser-no-mundo significa: ser num mundo circundante e, por fim, ser no mundo histórico. A existência preocupa-se com o seu ser-no-mundo, ela não vê somente o existente, mas lida com o existente; ela estremece a angústia e corre em frente para a morte na sua possibilidade extrema; ela deixa-se tocar pelo chamamento da consciência e assume o seu destino. Muito diferente é o eu transcendental. A filosofia hermenêutica heideggeriana, assim, busca um conceito renovado de filosofia que não termine por reduzir o fenômeno da existência humana numa gama de objetivações cartesianas. Afinal, ser-no-mundo é ser-no-mundo-histórico e, portanto, temporal. Daí a preocupação de Heidegger em destruir a ontologia clássica por meio da diferença ontológica, uma vez que aquela foi responsável pela entificação do sentido, mormente no esquema do dualismo sujeito-objeto, que retira do conhecimento o mundo, sequestrando o tempo. Para proceder a tal superação é que Heidegger lança mão do Dasein - ser-aí -, que compreende o ser. Seu objetivo é o de questionar o homem a partir de seu mundo circundante e de sua vida diária, articulando-se na forma linguística na qual se move. Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. “Hermenêutica e Direito: A Fenomenologia Hermenêutica Como Condição De Possibilidade Para Questionamento Do Direito.” **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 72, n. 2/3, p. 771-806, 2016. p. 779; HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 57-61; VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996. p. 24-27 e 32 ; MOURA, Bruno de Oliveira.

Partindo dessa compreensão relacional da liberdade, a autonomia individual – ignorando o mesmo paradoxo referente à limitação da liberdade – é uma manifestação do exercício de tal liberdade,⁴⁷⁵ portadora de uma dimensão intersubjetiva, que ganha materialidade através do reconhecimento recíproco de membros de uma dada comunidade historicamente situada,⁴⁷⁶ onde o Estado deverá propiciar os meios aptos para que seus cidadãos possam fazer uso da autonomia e/ou, ainda, em se tratando de indivíduos com déficit de autonomia,⁴⁷⁷ verificar a possibilidade de atuar nos moldes do paternalismo moderado (*soft paternalism*), orientado pela autonomia.⁴⁷⁸

Com isso, está claro que estamos nos afastando de uma fundamentação ontológica da autonomia individual como fez o finalismo de Welzel quanto à autodeterminação,⁴⁷⁹ ou seja, a

Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 19.

⁴⁷³ “(...) a decisão política, a decisão político-criminal de limitar direitos, liberdades e garantias, através da definição dos comportamentos penalmente proibidos, é e deverá continuar a ser do parlamento. Porquê? Pela razão simples, mas a nossos olhos mais do compreensiva e evidente, de que nesta contemporaneidade, onde a refracção e a fragmentação dos poderes (tradicionais) é moeda corrente – pensemos, por exemplo, na erupção dessa categoria sem fronteiras, fluida e etérea mas que está a fazer a carreira, do chamado ‘soft law’ -, é bom que seja o espaço público da vontade pública, democraticamente representada, o único lugar que possa, repete-se, limitar os direitos, as liberdades e as garantias do cidadão.” Cf. FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. *Fragmenta iuris poenalis*. p. 206-207.

⁴⁷⁴ FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012 p. 16.; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48-49. Ainda, a reflexão de Bronze: “(...) o homem, porque é livre, cria as instituições que, por sua vez, limitam a sua liberdade. Manifestam-se, pois, aqui, duas dimensões: a liberdade (a autonomia do homem) e a comunidade (uma vez que as instituições são uma sua expressão). E essas duas dimensões, porque se possibilitam reciprocamente (...), articulam-se dialeticamente. Efetivamente, e como já sabemos, o mundo vai-se institucionalizando e as instituições desoneram o homem do esforço requerido por um permanente exercício da liberdade. A institucionalização limita, portanto (ao definir as opções adquiridas), a liberdade, mas sem ela a liberdade não poderia realizar-se, pois consumir-se-ia a si própria.” Cf. BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao Direito**. 3. ed. Coimbra: GestLegal, 2019. p. 124-127.

⁴⁷⁵ Sobre nossa proposta conceitual de autonomia dentro da ontologia relacional de Faria Costa, ver páginas seguintes.

⁴⁷⁶ FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. *Fragmenta iuris poenalis*. p. 11.

⁴⁷⁷ Sobre isso, ver infra item 2.5.3.

⁴⁷⁸ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 82-83; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 100.; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383–397, 2014, p. 388-390.

⁴⁷⁹ Pensemos, p.ex., na teoria da ação final articulada por Welzel: quando propôs que a autodeterminação do indivíduo – que em Welzel também é traduzida pelo “poder-agir-de-outra-maneira” diante do momento da ação como partícula fundante da culpabilidade – é afirmado como sendo um elemento pré-concebido à própria existência humana, i.e., a autodeterminação seria um dado ontológico e, portanto, inverificável empiricamente, sendo um conceito metafísico que não escapa das aporias do próprio conceito. Trabalhar, dentro da dogmática penal, com a autodeterminação sendo fundamentada de modo ontológico não apenas torna impossível de atingir, de modo objetivo, sua operacionalidade quanto ao seu processo de significação, ou seja, diante de uma cristalina concepção que insiste no subjetivismo da filosofia da consciência, acabando por expor um déficit de

verificabilidade quanto à consequente fundamentação da culpabilidade e, como consequência direta, à autodeterminação (componente do conceito de autonomia). Sobre isto e com pormenores ancorados no dogmatismo alemão, expondo o tema de modo interdisciplinar com elementos extraídos da Filosofia Crítica da Escola de Frankfurt, Buonicore aborda a problemática da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal com uma proposta baseada na função ético-social que deve ser levada em conta para atribuir o significado da liberdade individual, porém, ao contrário do que propôs quando publicou sua dissertação de mestrado, baseando-se na leitura da ontologia fundamental heideggeriana, fazendo um releitura sob o olhar interessado do Direito Penal pela ontologia relacional de Faria Costa, Buonicore, agora já doutor e com merecido destaque pela sua erudição ao trabalhar com as coisas dentro da Ciência Conjunta do Direito Penal sempre de forma coerente com seus postulados, investigou o fundamento da culpabilidade a partir de outros elementos teóricos, especialmente Honneth e Habermas, dando preferência a Honneth. Em que pese ter buscado sua fundamentação em outras fontes diversas da matriz heideggeriana que permeia toda a ontologia relacional de Faria Costa, não podemos deixar de entender que ambas as ideias acerca de que a liberdade possui essência relacional, assim como a autonomia, i.e., através da intersubjetividade (não mais um subjetivismo transcendental que dá a viciosidade circular da argumentação) de reconhecimento recíproco entre os indivíduos de uma comunidade historicamente situada que permitirá obter sua função ético-social, mas, vale deixar claro: as ideias são semelhantes, as matrizes filosóficas diversas, mas com uma solução que nos parece – senão idêntica – perfeitamente compatível com a reflexão de Buonicore. Porém, como os fundamentos são diversos, não se deve tomar como se Heidegger, sob à luz do pensamento de Faria Costa, seja a mesma reflexão obtida ao partir-se da filosofia de Honneth, à luz de Buonicore. São por tais detalhes que a investigação na qual estamos debruçados e empenhados não será feita de modo aprofundado na filosofia enquanto objeto central do estudo, pois nossa tese tem o jurídico como adjetivo delimitador, uma vez que trabalhar as reflexões filosóficas de modo vertical, em detrimento do caráter jurídico-penal, os riscos seriam tamanhos que não nos parece razoável, ao trazer para o corpo do texto um ensaio filosófico do qual não somos (plenamente) autônomos no sentido acadêmico, pois nossa base elementar é o Direito, mas que não pode – nunca – abandonar a filosofia enquanto fonte do conhecimento que constrói e renova as ideias jurídicas e, principalmente, jurídico-penais: basta olhar para o vínculo que a historicidade tem com os elementos éticos que compõe, v.g., a noção de justiça enquanto função que o Direito busca dar aos conflitos sociais diante do caso concreto ou, p.ex., crime, pena, conceito de ação, nexos causal, limitações à liberdade etc. Uma coisa é trabalhar os pressupostos filosóficos que são exigidos ao pesquisar um tema que nasceu com a filosofia, a liberdade e mais tarde, a autonomia individual sendo expressão do exercício de tal liberdade; outra, bem diferente, é fazer uma pesquisa que tenha a pretensão de criar uma perspectiva exclusivamente filosófica sobre pontos que são pertencentes ao conhecimento jurídico-penal. E para que não se deixe dúvidas: não se trata de abdicar da filosofia, mas apresentar uma tese essencialmente jurídica que possui uma matriz filosófica introduzida pela releitura desta às coisas pertencentes à realidade do direito penal. E é justamente o que Faria Costa faz com sua ontologia relacional ao introduzir elementos extraídos da ontologia fundamental de Heidegger, especialmente quanto ao cuidado heideggeriano como essência do existir do ser humano, pois o homem é cuidado, seja quanto ao próprio cuidado, seja quanto ao cuidado para com os outros, matriz ontológica que permite o estabelecimento da teia recíproca de cuidados que sustenta o ser-aí em comunidade, comunidade que será de cuidado, mas também de perigo, que são duas faces da mesma moeda. Pormenores, ver: FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 250.; FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 10, §§18-23; FARIA COSTA, José Francisco de. **Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou retorno à limpidez do essencial)**. RPCC, [s. l.], n. 12, p. 7, 2002. p. 7; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005; D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46; D'AVILA, Fabio Roberto; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 37, p. 83-98, abr./jun. 2010. p. 85; BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 52; SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 118-121; WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência como critério de otimização da legitimidade do direito penal e seus desdobramentos em processo penal**. 2013. Tese (Doutoramento) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. p. 182-249; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 112-127; TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 49.; TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas à luz da compreensão onto-antropológica do Direito Penal**. In: LOPES JR., Aury et. al. **Anais do 9º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2018. p. 3.; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 25.

autonomia individual seria entendida como pré-concebida à condição de ser humano, como um elemento já dado no interior da subjetividade.⁴⁸⁰ Por isso, buscar-se-á uma proposta de compreensão da autonomia individual baseada não numa racionalidade subjetiva do sujeito em que sua vontade é soberana e arbitrária, ou como na filosofia de Kant, sob uma perspectiva negativa acerca da liberdade.⁴⁸¹ O que se busca é uma concepção de fundamento ético-social com repercussão jurídico-penal,⁴⁸² pois historicamente situada e enraizada na ideia de que é a essência relacional da liberdade que irá permitir (ou não) a ressonância normativa da autonomia individual.

Embora o item agora sob análise tenha suas raízes na filosofia, vale lembrar que ao olhar interessado que se possa dar ao Direito Penal não poderia dela prescindir. Assim, a ontologia relacional introduzida por Faria Costa se traduz como um modelo teórico que rejeitará a ontologia substantiva tradicional, afirmando uma ontologia hermenêutica.⁴⁸³ Dessa forma, trata-se de uma proposta de uma lógica intencional e modal que abandona a filosofia da consciência e o seu esquema sujeito-objeto para,⁴⁸⁴ então, reconhecer que as relações se

⁴⁸⁰ Ver, por todos: WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. Berlin: Gruyter, 1969. p. 140; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal parte geral: questões fundamentais à doutrina geral do crime**. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 517; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 19. Ainda, Faria Costa também ressalta sua oposição à ação nos moldes welzelianos: FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 424-425.

⁴⁸¹ DARWALL, Stephen L. A Defense of the Kantian Interpretation. **Ethics**. Chicago (EUA), v. 86, n. 2, p. 164-170, 1976. p. 167; ROSTBØLI, Christian F. Kantian Autonomy and Political Liberalism. **Social Theory and Practice**, Miami (USA), v. 37, n. 3, p. 341-364, 2011; COSTA, António Martins da; BATISTA; Ricardo Barroso. Ética e Política Contemporânea: Ressonâncias Kantianas. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 75, n. 1, p. 13-16, 2019; TAYLOR, Robert S. Kantian Personal Autonomy. **Political Theory**, London (UK), v. 33, n. 5, p. 602-628, 2005. p. 605-606

⁴⁸² “A finalidade do direito penal surpreende-se e realiza-se na justiça penal historicamente situada (...) todo o direito visa a realização da justiça e, por isso, o direito penal terá, como fim último e primeiro, também a realização da justiça (...) havendo coincidência entre os valores constitucionais e os valores ético-sociais da comunidade histórica – aí teríamos sempre o art. 1º da Constituição da República Portuguesa a consagrar que somos uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 11-12.

⁴⁸³ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 39; HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. “Hermenêutica e Direito: A Fenomenologia Hermenêutica Como Condição De Possibilidade Para Questionamento Do Direito.” **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 72, n. 2/3, p. 771-806, 2016, p. 779; YÁÑEZ, Miguel Grande. La Filosofía Hermenéutica Como Fundamento Del Derecho. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 70, n. 2/3, p. 383-396, 2014, p. 384.

⁴⁸⁴ “A dupla face do método diante do objeto permite enfrentar as estratégias dos outros paradigmas: no confronto dos métodos no diálogo com os intérpretes, na interpretação da história da filosofia. É preciso que o método trabalhe como redução, numa região inteiramente inexplorada e viciada pelo paradigma da relação sujeito-objeto, da postura teórica, onde opera a máquina mental-cognitiva. E como destruição, o método deve trabalhar com as conquistas da redução, para vencer os ardis das teorias da consciência que sustentam os sistemas da tradição. Só então a construção da teoria do ser seria o coroamento do novo paradigma. A ambiguidade do método visa proteger os resultados contra as constantes empresas dos críticos que falam do horizonte do paradigma: consciência-mundo, na discussão com o paradigma: ser-no-mundo. Além de sobrar para o trabalho da filosofia apenas a região onde “são primeiramente homens” e nada mais que isto, ainda mesmo nesta região, os fantasmas consolidados pela atitude contemplativa, estética do eu, ameaçam encobrir a

fundamentam pelo *ser*, na medida em que cada *relatio* conforma ou constitui para os seus *relata*:⁴⁸⁵ o objeto já não existe como simplesmente posto, pois agora o sujeito que observa é deslocado para o “*ser*” observado.⁴⁸⁶

Essa ontologia elaborada por Faria Costa irá definir a pessoa como intersubjetividade – como sujeito (co)constituído pelos outros através de um processo para atingir o reconhecimento recíproco – e compreende o Direito como realização *in concreto* da correspondência (analogia) entre “*ser*” (fato) e “*dever-ser*” (norma),^{487,488} i.e., entre o problema jurídico qualificado e o critério de decisão, de acordo com uma relação de comparação de casos à luz de certo parâmetro (*tertium comparationis*): “o ser é uma ‘construção’ e o conhecimento se dá sempre por meio da analogicidade”.⁴⁸⁹

relação circular-prática em que o *Dasein* instaura mundo e por ele é instaurado, como ser-no-mundo.” Cf. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 39.

⁴⁸⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 416 e p. 421, nota n.º 129; p. 424, notaº 134.

⁴⁸⁶ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 39; HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. “Hermenêutica e Direito: A Fenomenologia Hermenêutica Como Condição De Possibilidade Para Questionamento Do Direito.” **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal) v. 72, n. 2/3, p. 771–806, 2016. p. 779; LOTZ, J. B. A Diferença Ontológica em Kant, Hegel, Heidegger e Tomás De Aquin. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal) v. 33, n. 4, p. 270–284, 1977. p. 272; APEL, Karl-Otto; NEVES, Jorge. Constituição Do Sentido e Justificação Da Validade. Heidegger e o Problema Da Filosofia Transcendental. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 45, n. 3, p. 413-461, 1989, p. 415; YÁÑEZ, Miguel Grande. La Filosofía Hermenêutica Como Fundamento Del Derecho. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 70, n. 2/3, p. 383–396, 2014. p. 384.

⁴⁸⁷ “A acção humana – com o que ela expressa de pleonasmio do ser-pessoa – é, essencialmente, abertura do ‘eu’ ao ‘outro’. A acção humana é *relatio*. Esta relação (sobre)primitiva que está, quanto a nós, mesmo antes da relação de cuidado-de-perigo é que vai ‘gerar’ as relações de cuidado de perigo socialmente relevantes. É ela que encerra o momento único e ontologicamente determinante da acção humana.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 418.

⁴⁸⁸ KAUFMANN, Arthur. **Rechtsphilosophie**. München: Beck, 1997. p. 103-104.

⁴⁸⁹ “Mesmo a nível do sujeito estamos sempre determinados a comparar experiências (do justo; do injusto; do lícito; do torto; do mérito; da culpa). E só conseguimos fazer porque se é capaz de objectivar uma ‘medida’ através de um cânone interpretativo. Um cânone que não é definível pela razão calculadora (...), mas que, de qualquer modo, a razão prática reconhece como cânone, como ‘medida’.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 424, nota n.º 134. Ver, ainda: KAUFMANN, Arthur. **Analogia y “Naturaleza de la cosa”**. Traducción de Enrique Barros Bouric. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1976. p. 40.; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 36. “Assim como a ontologia relacional não-funcional, também o modelo funcionalista tem o mérito de reconhecer que nem todo ontologismo está vinculado a estruturas lógico-objectivas prévias – no sentido da ontologia substancialista – e que a substância ou a essência das coisas não é directa ou imediatamente acessível ao conhecimento humano. Ambas as concepções oferecem uma solução plausível para o problema da caixa preta ou do ponto cego da observação, na medida em que proporcionam ao observador a oportunidade de perceber aquilo que ele não estava em condições de enxergar. Em todo o caso, não se sabe bem ao certo o que se pode ganhar com uma utilização tão lata do tempo “ontologia”, aplicável inclusive ao funcionalismo. Afinal, neste horizonte, mesmo a matemática, v.g., pode ser definida como uma ciência hermenêutica onde a margem de interpretação é (tendencialmente) igual a zero. Na verdade, com essa compreensão amplíssima do ontológico se perde aquilo que lhe é matricialmente fundante e que constitui o sentido último de qualquer ontologia: a sua axiológica e intrínseca pretensão de indisponibilidade.” Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 37-38.

O modelo teórico desenvolvido por Faria Costa, como visto, trata-se de uma “ontologia social”, no sentido de uma sistematização que reconhece o caráter metafísico da realidade construída através da linguagem,^{490,491} tematizando “a metafísica das relações sociais cotidianas”,⁴⁹² enquanto investigação que cuida do modo pelo qual os fatos institucionais sociais existem.⁴⁹³ Também não é por acaso que ao romper com a tradicional

⁴⁹⁰ A vinculação à linguagem supramencionada não significa que se confunda com a chamada “teoria significativa da ação”. Dentre os defensores de tal compreensão, destaca-se, nacionalmente, Busato: “Os fundamentos de um conceito significativo de ação se encontram na ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado. Ou seja, a ação ou conduta deixa de ser um acontecimento desenvolvido no mundo do ser, onde as distinções entre ações humanas e meros acontecimentos físicos é de difícil determinação, e passa a ser um sentido, ou seja, uma expressão simbólica de uma atividade. Assim, não se pode qualificá-lo como um conceito ontológico, pois não está fundamentada no ‘ser’ naturalista, nem tampouco pode ser qualificado exclusivamente como axiológico, pois não é totalmente situado no ‘dever ser’. A comunicação ou percepção do significado não provém de uma realidade do sujeito (interna) nem tampouco do objeto (externa), mas da inter-relação entre eles. A comunicação é o resultado da interrelação entre o sujeito e o objeto que produz uma percepção. A percepção não é algo que possa ser traduzido em uma realidade ou concretado em algo que ‘é’, nem tampouco se traduz meramente em uma valoração. A percepção é tão somente um sentido. Desde logo percebe-se uma contraposição direta à ideia de explicar a ação a partir dos fenômenos psicológicos e internos tais como a vontade. Já não se fala mais sobre o que quer aquele que atua, mas sobre que ideia transmite sua conduta.” Cf. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 270. Contudo, bem adverte Moura que “o mero chamamento da filosofia da linguagem e da noção de significado pouco acrescenta quando essa invocação não se faz acompanhar daquilo que constitui a verdadeira gramática profunda do Direito Penal. É por isso, v.g., que o modelo reduz toda a teoria do delito a uma teoria da imputação. Por fim, a doutrina da ação significativa não só não consegue ser “melhor”, como sequer chega a ser verdadeiramente “nova”: ela constitui um mero desenvolvimento – embora com outra roupagem – da teoria social da ação surgida no contexto do neokantismo e por isso está sujeita às mesmas críticas que costumam ser dirigidas a esta última.” Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 115. Críticas em D’Avila, onde aponta a semelhança da teoria significativa da ação com seu precedente teórico, o conceito social de ação (D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, n. 54, jul./set. p. 135-164, 2014. p. 155.). Para maiores detalhes, vide: JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002. v. 1. p. 240.

⁴⁹¹“(…) não reduzimos o direito à mera linguagem jurídica. E isso mesmo quando vemos na linguagem raízes ou matrizes ontológicas. A esfera do direito move-se no domínio da cultura, no qual é imprescindível a comunicação através da linguagem. (...) Sucede, porém, que a linguagem não vale por si, nem sequer é compreensível ou apreensível quando se dobra em si mesma. Para além de que uma tal pseudo-linguagem nada diz, nem pode transmitir qualquer informação. Postula-se como a mais gritante negação do que é a linguagem. Esta, para o ser, tem que se afirmar com um sentido. E este é-lhe dado pela específica região (no caso em apreço o direito) na qual a linguagem é simultaneamente suporte, como tal elemento distinto e diferenciado, e *quid* essencial à compreensão e realização do direito, sem, no entanto, fazer com que este redutoramente se confunda com a própria linguagem”. Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 175, nota 97. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 13-14 (do original); HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 127-215; VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Trad. de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996. p. 24 s.

⁴⁹² “In the ontological sense, ‘objective’ and ‘subjective’ are predicates of entities and types of entities, and they ascribe modes of existence. In the ontological sense, pains are subjective entities, because their mode of existence depends on being felt by subjects. But mountains, for example, in contrast to pains, are ontologically objective because their mode of existence is independent of any perceiver or any mental state. We can see the distinction between the distinctions clearly if we reflect on the fact that we can make epistemically subjective statements.” Cf. SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality**. London: Penguin Books, 1996. 271-272/3789. *E-book*.

⁴⁹³ SEARLE, John R. Responses to Critics of The Construction of Social Reality. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 57, n. 2, p. 449-458, 1997; SEARLE, John R. **The**

ontologia substancialista da filosofia da consciência, em particular com a ideia de que o *ser* é um *ente* separado do sujeito que conhece, a própria “ontologia fundamental” heideggeriana se assume sem hesitações como uma analítica existencial ou analítica ontológica.^{494,495,496}

Construction of Social Reality. London: Penguin Books, 1996. p. 184, 230, 278-279/3789. *E-book*. Em Faria Costa: “Na voragem de um tempo fragmentado que não cessa de nos surpreender e de ser a causa para o impacto do espanto primitivo que, de tantos lados, nos assola, é bom que as instituições geradoras e transmissoras do saber e da cultura, [...] parem e reflectam, de quando em vez, sobre o sentido das coisas e dos homens e ainda sobre a sua própria condição”. Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia:** alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 9.

⁴⁹⁴ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação:** reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 96. Assim, “a comunidade jurídica só o é se e enquanto se operar comunicação jurídica no seu seio. A linguagem jurídica é, por consequência, a estrutura material que permite estabelecer fluxos de informação (jurídica) no corpo da própria comunidade. Convém frisar, por outro lado, que tal realidade não é por nós compreendida como pura forma ou mero meio através do qual o direito vive ou mesmo se manifesta: ao invés, vemo-la como o *quid* diferenciador do humano ontológico, originário ao ser-á” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia:** alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 174; HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Tradução de Fausto Castilho. Edição alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 13-14 (do original); VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger.** Tradução de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996. p. 24.

⁴⁹⁵ “O valor jurídico qualifica uma acção como boa para a vida comum, o valor moral como boa em si. A Escolástica exprimiu isto assim: a moral é ‘*ab agentis*’, o direito é pelo contrário ‘*ad alterum*’. Poderia dizer-se que esta distinção assenta numa concepção demasiado individualista da moral, que os deveres sociais relativamente ao próximo não são menos morais do que os deveres para consigo mesmo; e que, por outro lado, o direito por vezes obriga sem que isso implique um correlativo direito de outrem. Mas esta não é a questão nuclear. O que está em causa é saber se a moral não assentará no carácter pessoal do homem, enquanto domínio social, em que o direito tem o seu lugar, seria essencialmente de natureza impessoal. Por outras palavras: será que, como pensa Heidegger, no direito não está em causa a autenticidade do Ser Próprio, mas que ele mostra o modo deficiente da inautenticidade; será que o mundo do direito é o mundo do esquecimento do *Dasein* quotidiano, na queda da ‘impessoalidade’? O que é então a *Pessoa*? (é de ter em conta que, aqui, se trata da *Pessoa em sentido moral*, e não da *Pessoa em sentido ontológico-relacional*). Na filosofia da existência de Heidegger [...] a pessoa é auto-identidade pura, ipseidade pura, e a autodeterminação e autodisposição da pessoa ocorre em perfeita autonomia: nada lhe é previamente dado, ‘o homem faz-se a si mesmo’ e, ao fazer-se, faz também a ‘sua moral’. Em tal proposta, nem a esfera comunitária nem portanto o direito participam da ‘autenticidade’ do ser pessoal. Todavia, o homem como ser criado, só num sentido derivado, analógico, pode ser chamado de ‘pessoa’. Por isso, nunca existe para ele a liberdade completa, a autodisposição total, a integração perfeita. Ele nunca pode ‘atingir’ a sua própria natureza de forma total e adequada. É nesta insuperável diferença, que ele aspira ultrapassar, que se encontra a razão de sua historicidade [...] Precisamente porque o homem nunca é pura ipseidade ou egológica individualidade, o seu carácter pessoal implica sempre e ao mesmo tempo ‘individualidade social’. Isto significa, portanto, digamos assim, que o homem é ‘*ad alterum*’. Ter a qualidade de pai ou filho, de vendedor ou comprador, de médico ou paciente, de proprietário ou ladrão, não é possuir um ser ‘completamente diferente’, que exista à margem do nosso ‘mais próprio *Dasein*’, sendo antes uma parte essencial desse nosso mais próprio modo de ser. É pois a própria natureza pessoal do homem que o relaciona com o próximo; a sua sociabilidade não é uma espécie de segunda existência contraposta à pessoa, fundando-se sim na sua personalidade histórica, na sua capacidade espiritual de aperfeiçoamento e na sua necessidade de superação [...] as normas jurídicas, especialmente as normas penais, só devem intervir quando está em causa a manutenção ou restabelecimento da ordem social, ou seja, apenas quando são atingidos *bens jurídicos*, devendo a perturbação da ordem resultante dos pecados do homem individual permanecer fora da esfera jurídica.” Cf. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 318-323 (*grifo do autor*).

⁴⁹⁶ “(...) com a ontologia fundamental, o que morre é o sujeito (o arbítrio do sujeito) que se coloca como fundamento do mundo (...) O sujeito da subjetividade assujeitadora – instituidor da filosofia da consciência – não tem mais lugar no giro ontológico-linguístico. Daí o devido cuidado, para que não se confunda a “morte do sujeito” (solipsista) com a morte do sujeito em relação aos objetos, enfim, o sujeito da enunciação. Quem morre é o sujeito da subjetividade; nesse novo paradigma, o sujeito (solipsista) não é substituído por uma estrutura ou por um sistema; ele simplesmente não mais assujeita as coisas, os sentidos, e o conhecimento; ele agora responde a uma relação intersubjetiva, em que existe um *a priori* compartilhado, lócus dos sentidos que se antecipam a esse sujeito.” Cf. STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica (em)crise.** Uma exploração

O ontologismo relacional elaborado por Faria Costa se diferencia do ontologismo finalista, que impôs exaustivamente a tese de que o reconhecimento do ser humano como pessoa responsável constituiria o pressuposto mínimo de uma ordem jurídica, i.e., de todo e qualquer ordenamento no qual a obrigatoriedade não se parte do mero arbítrio e/ou da simples violência.^{497,498} Além disso, uma vez que o legislador toma em conta a realidade partindo do ponto de vista da finalidade que pretende regulamentar, a própria escolha e descrição do objeto que será regulado já implicariam um ato normativo.⁴⁹⁹ Por tais motivos, seria ilusório acreditar que o chamamento das estruturas lógico-objetivas evitaria influências ideológicas no Direito Penal.⁵⁰⁰

Welzel e seu modelo do finalismo – ainda que sob a manta de um (suposto) projeto antiautoritário – é em si mesmo ideologicamente carregado.⁵⁰¹ Isso vale relativamente à ontologia do indisponível, pois ela parte sem hesitações de uma eventual bondade inerente à noção de limite do *ius puniendi*.⁵⁰² Aliás, bem ressalta Moura, o verdadeiro problema não está

hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 251-252. (*grifo do autor*). No contexto em que se realiza a intersubjetividade perante o pensamento pós-metafísico, Habermas também ressalta a importância da “guinada linguística” para uma nova compreensão da realidade onde não é mais o sujeito o núcleo centralizado da individualidade subjetivada, pois a linguagem é parte constitutiva da intersubjetividade: “A descrição de entidades que surgem no interior do espaço de representação ou da corrente das vivências carrega consigo mesmo a mácula de parecer algo meramente subjetivo, mesmo que alguém pretenda apoiar-se em experiências interiores, na contemplação intelectual ou na evidência imediata. É possível a alguém certificar-se da validade intersubjetiva de observação através da prática experimental, portanto, através de uma transformação regulada de percepções em dados. Parece que uma objetivação semelhante ocorre quando empreendemos a análise de representações e pensamentos seguindo as formações gramaticais, graças às quais eles são expressos.” Cf. HABERMAS, Jürgen. **O pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 54-55.

⁴⁹⁷ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 42; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht**, Berlin, Boston: De Gruyter, 2011. p. 49-52.

⁴⁹⁸ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos**: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 52. Vale lembrar que Buonicore atualmente defende o conceito de liberdade social como elemento significante da culpabilidade jurídico-penal mediante um processo intersubjetivo de reconhecimento recíproco, com base em Honneth: BUONICORE, Bruno Tadeu. **Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais**. **RBCrim**, São Paulo, ano 25, v. 127, p. 39-78, jan. 2017. Ver nota 307 para detalhes sobre a revisão do pensamento de Buonicore e sua compatibilidade com o ontologismo relacional (ou social) de Faria Costa.

⁴⁹⁹ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht**. Berlin, Boston: De Gruyter, 2011. p. 42; RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 37-55.

⁵⁰⁰ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 42; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht**, Berlin, Boston: De Gruyter, 2011. p. 42.

⁵⁰¹ Ver, por exemplo: WELZEL, Hans. Gedanken Zur „Willensfreiheit“: Ein Nachwort. **Juristen Zeitung**, Tübingen (Alemanha), v. 25, n. 5/6, p. 174-175, 1970; WELZEL, Hans; SCHMIDT, Eberhard. **Strafrecht**. **Juristen Zeitung**, Tübingen (Alemanha), v. 6, n. 23, 1951, p. 754-756.

⁵⁰² FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 3; FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 385-394, nota n.º 77; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 20.; MOURA, Bruno de Oliveira.

sobre o caráter ideologicamente neutro, mas sobre a questão de saber em que medida uma determinada compreensão das coisas poderia ser mantida sem que se anule o próprio sentido atribuído à noção de Estado de Direito e da noção de Direito Penal, pois é justamente neste ponto em que fracassa o ontologismo finalista, uma vez que o esforço sobre fortalecer o aspecto volitivo ou intencional resta por criar inúmeros perigos para o Estado de Direito e o Direito Penal: “essa tônica pode facilmente resvalar para a completa subjectivação do ilícito, admitindo a punição de tentativas completamente inofensivas e de actos preparatórios muito distantes do resultado tipicamente relevante.”⁵⁰³

Que o finalismo prospectado por Welzel tenha fracassado em sua visão ontológica, não quer dizer que se deva rejeitar por completo a compreensão do ser enquanto “resistência”, possibilitando uma ontologização exacerbada ao ponto de servir ao funcional. Não. Trata-se do oposto: a partir da visão onto-antropológica do ser humano enquanto pessoa responsável deve ser visto enquanto um signo que traduz a ideia de que não existe, racionalmente, motivo heurístico-explicativo para rejeitar interpretar o *ser* como indisponível ou irrenunciável.⁵⁰⁴ Sendo assim, i.e., admitindo-se que existem barreiras que impedem tanto o legislador quanto a doutrina desrespeitar, tal ideia não deve ser abandonada para não criar uma indesejável inconsistência na argumentação dogmática e regulação legislativa, sendo preferível um conceito mais reduzido de ontologismo, como bem anota Moura.⁵⁰⁵

Quando se discute sobre a legitimidade da pena, os defensores do modelo deontológico (retributivo) argumentam que, em prol da coerência, o modelo utilitarista (preventivo) deveria admitir inclusive a punição de inocentes,⁵⁰⁶ onde isso se compensará em

Ilícitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 42.

⁵⁰³ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação:** reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 43.

⁵⁰⁴ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação:** reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 43.

⁵⁰⁵ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação:** reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 43 .

⁵⁰⁶ Desenvolvida por um viés completamente utilitarista e de acordo com as críticas dirigidas à *plea bargaining*, o maior escândalo se dá com seus efeitos sobre os inocentes. Isto porque certos acusados são, com efeito, tentados a aceitar um reconhecimento de culpa em troca de uma pena mais leve que a pena derivada. Tal atitude, em que pese a aberração, é explicada pelo temor do risco de uma (provável) condenação diante do *trial by jury* americano. Desta forma, um inocente fica mais inclinado a aceitar o acordo de pena reduzida proposto pelo promotor do que a se lançar num processo incerto. Conforme anotam Garapon e Papadopoulos: “A condenação de inocentes contando com seu consentimento é moralmente inaceitável e socialmente perigosa. Ela, no mínimo, dá testemunho da irrisória confiança que essas pessoas depositam em sua justiça, ao mesmo tempo em que fere seriamente a credibilidade pública de uma instituição judiciária e de um direito processual penal que permitem que um tal horror se produza. Se nenhum sistema de justiça pode funcionar em longo prazo sem a confiança dos cidadãos, a justiça de *common law*, mergulhada em uma cultura contratual e liberal, não pode de modo algum permitir que isso aconteça, já que se funda sobre a capacidade dos indivíduos de regerar racionalmente suas próprias questões fora da presença tutelar do Estado. A sociedade inteira repousa

termos de prevenção. Contra esse argumento, os defensores utilitaristas afirmam que uma tal intervenção na esfera jurídica alheia já não seria, por definição, uma “punição”.⁵⁰⁷

A expressão “*definitional stop*” dada por Hart ao denominar aquilo que considerava como um abuso de definição em termos de argumento utilitarista: uma questão normativa – como o problema da legitimação da pena – não pode ser resolvida mediante a simples indicação de aspectos descritivos – como a definição da pena. Logo, o “bloqueio conceitual” seria inaceitável porque o seu uso banalizaria a discussão, transformando-a em um inútil e desinteressante jogo de palavras.^{508,509}

No contexto de uma ontologia do indisponível,⁵¹⁰ Faria Costa toma emprestada a expressão hartiana e lhe confere um conteúdo semântico diferente: no plano horizontal da legitimação do Direito Penal, o *definitional stop* deixaria de designar um vício do conceito, passando a nomear exatamente aquelas estruturas que não estão sujeitas a qualquer tipo de ponderação e que por isso mesmo colocam barreiras absolutas ao *ius puniendi* estatal – como se dá no caso do *valor da autonomia ética da pessoa humana*.⁵¹¹

sobre uma confiança recíproca entre concidadãos que se materializa por uma enorme importância dada às relações jurídicas.” Cf. GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 55. A alegação de inocência em *common law* americana gera riscos extremos de uma condenação equivocada por parte do *trial by jury*, i.e., ao que parece, é mais vantagem a declaração de culpa “sem culpa” para reduzir os prejuízos à liberdade do que enfrentar o temido e “democrático” júri americano. Por mais bizarro que seja, a culpa prevalece sobre a inocência. Importa, neste momento, apontar para um *case* da Suprema Corte dos EUA acerca do estado de inocência, qual seja, *United States v. Mezzanato*. Nesse caso, a Suprema Corte lembrou que um processo minimamente civilizado é requerido pela sociedade, sem considerar o que deseja o acusado ou o que está pronto a aceitar. Em síntese, um regime de negociação livre de bens pressupõe que certos bens (primários) não sejam alienáveis. Tal limite para a possibilidade de negociar encontra facilmente seus fundamentos na cultura anglo-americana e seu liberalismo político tradicional. Sobre isso, ver, especialmente: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p. 164-169 e 265-271; SCHULLHOFER, Stephen J. Criminal justice discretion as a regulatory system. **Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. 43, 1998; ainda, do mesmo autor, ver: SCHULLHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. **Yale Law Journal**, 1979 (1992); WRIGTH, Ronald; MILLER, Marc. The screening/bargaining tradeoff. **Stanford Law Review**, 29, 30, n. 1 (2002); FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 226.

⁵⁰⁷ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 44; MURPHY, Jeffrie G. Legal Moralism and Retribution Revisited. **Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association**, [s. l.], v. 80, n. 2, p. 45-62, 2006; MURPHY, Jeffrie G. The Killing of The Innocent. **The Monist**, [s. l.], v. 57, n. 4, 1973, p. 527-550; MURPHY, Jeffrie G. Retribution. In: LUNA, Erik. **Reforming Criminal Justice**. Punishment, Incarceration, and Release. Arizona: The Academy of Justice, 2017. v. 4. p. 7-17, p. 10-15.

⁵⁰⁸ HART, H. L. A. **Punishment and responsibility** – Essays in the Philosophy of Law. 2. New York: Oxford University Press, 2009, p. 5; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 133.

⁵⁰⁹ Para críticas a Hart no contexto das imigrações dos EUA, interessante reflexão em: ZAIBERT, Leo. Uprootedness as (Cruel and Unusual) Punishment. **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Oakland (USA), v. 11, n. 3, p. 384-408, 2008., p. 384-385.

⁵¹⁰ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 39.

⁵¹¹ FARIA COSTA. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 384-385. Aqui vale registrar uma importante consideração para evitar contradição quanto à explanação lançada no corpo do texto e que será

Na medida em que pretende destacar o efeito da “parada” ou “cessação da argumentação”, o novo uso da expressão não implica uma utilização imprópria ou arbitrária da linguagem. A pergunta é saber até onde vai o universo do normativamente indisponível.⁵¹²

No Direito Penal o universo das barreiras intransponíveis ou inultrapassáveis abarca diferentes tipos de limitação ao trabalho do legislador e da doutrina. Primeiramente, além das triviais limitações impostas pelo axioma “*impossibilium nulla est obligatio*” ou “*ultra posse nemo obligatur*” (dever pressupõe poder), há ainda outros princípios lógicos – como o princípio da não-contradição e o princípio da correspondência entre direitos e deveres – que não são “inventados”, mas “encontrados” em uma realidade prévia ao mundo da juridicidade e que não podem ser ignorados.⁵¹³ Também é aplicável em relação aos princípios sobre o uso correto da linguagem, como o princípio da simultaneidade e outras estruturas de imputação em geral, como a diferença entre a realização e a omissão de uma ação, a distinção entre as formas relevantes de erro e a distinção entre o juízo de ilicitude e o juízo de culpa.⁵¹⁴ Tais princípios se baseiam em regras lógicas e também constituem estruturas prévias: não são criados, apenas descobertos e não podem ser abandonados sob pena que o discurso se torne em simples palavreado: as penas ao desprezo a tais princípios são “a irracionalidade e a absurdidade do enunciado”.⁵¹⁵ Tendo em vista que são referentes à racionalidade do discurso,⁵¹⁶ essas estruturas indisponíveis compõem a denominada “gramática do Direito Penal”.⁵¹⁷

melhor detalhada quando trabalharmos algumas questões referentes à relação entre autonomia e Direito Penal através da aplicação da pena justa nos moldes do neorretribucionismo: o que não se pondera, enquanto estrutura ontologicamente indisponível é o *valor* da autonomia ética pessoal, significando, dentro dos pressupostos formulados por Faria Costa, a impossibilidade, através da aplicação punitiva em virtude do ilícito-típico material praticado, de reduzir esse valor à condição de *res*, pois viola a qualidade do ser-á-diferente responsável. Sobre isso, ver item 2.5.2.3.

⁵¹² MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 45.

⁵¹³ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 45.

⁵¹⁴ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 45-46; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht**, Berlin, Boston: De Gruyter, 2011. p. 38-40.

⁵¹⁵ HRUSCHKA, Joachim *apud* MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 46, nota n.º 88

⁵¹⁶ Sobre a racionalidade discursiva e intersubjetiva na teoria da ação comunicativa, ver, especialmente: HABERMAS, Jürgen. **O pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 52-53; HABERMAS, Jürgen, McCARTHY, Thomas. Hannah Arendt's Communications Concept of Power. **Social Research**, Baltimore (USA), v. 44, n. 1, p. 3-24, 1977; HABERMAS, Jürgen; REHG, William. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? **Political Theory**, London (UK), v. 29, n. 6, p. 766-781, 2001. p. 766-768; MENESES, Ramiro Délio Borges de. Teoria da Acção Comunicativa e Pragmática em Jürgen Habermas: Sentido Axiológico-Ético. **Angelicum**, Roma (Itália), v. 88, n. 4, p. 1053-1071, 2011.

⁵¹⁷ HRUSCHKA, Joachim *apud* MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. *apud* MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 47, nota n.º 89.

A ontologia da relação de Faria Costa começa a ficar complexa à compreensão quando se questiona sobre “*se – e – em que medida*” o Direito Penal poderia “assumir” compromissos prático-normativos de caráter absoluto sob determinados pontos de vista, gerando estruturas indisponíveis e se autolimitando diante do inultrapassável.⁵¹⁸ Aliás, essa é uma hipótese que não deveria ser excluída porque a essência das coisas nem sempre é concebida *a priori*:

É possível conceber um espaço de análise onde não são categorias ontológicas que conduzem forçosamente – através do conhecimento “correcto” (*adequatio intellectus et rei*) – às correspondentes diferenciações, mas exatamente o inverso: determinados critérios de diferenciação podem levar necessariamente à abertura de estruturas ontológicas para a formação de novas essências das coisas. Assim, por exemplo, não há nenhum argumento ôntico capaz de desqualificar a teorização da negligência a partir da chamada “finalidade potencial”. Tal possibilidade encontra respaldo na dimensão semântica. Em qualquer linguagem formal existe um centro normativo que emite comandos. Entre eles pode haver um que assuma os seguintes termos: “se você quiser falar minha língua, faça isso e aquilo”. Se tal comando incluir uma cláusula de escape do tipo “aceite estes enunciados, a menos que você entre em apuros e faça tais e tais revisões”, a distinção entre juízos analíticos e juízos sintéticos deixa de ser viável. Todavia, no mundo da vida humana é não só perfeitamente possível, mas inclusive razoável conceber uma regra e estabelecer que determinada coisa deve ser feita “não importa o quê”, sem que isso signifique que tal norma não possa um dia ser abandonada.⁵¹⁹

É por isso que é possível o fato que um homem racional pode muito bem aceitar a regra de que certas coisas devem ser feitas “em qualquer circunstância”, sem que pela irracionalidade se perca seu próprio direito em ser considerado racional pelo que fez, ocorrendo, para Moura, o inverso: “agora ele poderá inclusive oferecer boas razões para justificar a sua ação. É o que acontece, por exemplo, com o princípio da legalidade penal e o princípio da culpa.”⁵²⁰

A pretensão de irrenunciabilidade tem um caráter axiológico e intrínseco porque neste compasso o indisponível é formado não por um valor que vale simplesmente porque está a serviço de certas finalidades ou, ainda, porque a sua observância compensa quanto a efeitos e resultados,⁵²¹ mas por um valor que vale exatamente pelo fato de que é importante em si mesmo e que só por isso já mereceria ser respeitado de maneira incondicional.⁵²² Assim,

⁵¹⁸ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 47.

⁵¹⁹ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 48.

⁵²⁰ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 48.

⁵²¹ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilícitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015.

⁵²² FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 224; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-46; FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**:

imerso em uma ética das virtudes e não das consequências o ontológico, enquanto noção de bloqueio, se encontra e se funde não só com o deontico, i.e., com a face do normativo *tout court*, mas também e especialmente com o deontológico, ou seja, com a dimensão do normativo categórico ou absoluto.^{523,524} Sintetizando: assumido como intransigente rejeição de todo e qualquer consequencialismo é que o ontologismo fica livre do empírico, do contingente,⁵²⁵ do hipotético, da utilidade, da eficiência, do conveniente, do ponderável, enfim, do funcional.⁵²⁶

Isso posto, fica mais clara a diferença entre a ontologia relacional sistematizada por Faria Costa e um ontologismo funcional quando se questiona, p.ex., sobre o fundamento da personalidade humana, pois, enquanto na ontologia relacional a existência pessoal é uma

contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 251; FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (Fragmenta iuris poenalis). p. 20-21; KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 318-323.

⁵²³ O deontico é referente ao aspecto mais geral ou formal, já o deontológico se refere ao aspecto mais regional ou especial da normatividade. O deontico se relaciona com a assimilação de valores, o deontológico prende-se com a irrenunciabilidade de alguns dos valores assumidos. Por isso o deontológico sempre é deontico, embora o inverso não seja verdadeiro. É algo corriqueiro compreender o deontologismo enquanto oposição ao ontologismo: enquanto este último teria a ver com a natureza das coisas e o fechamento para a historicidade, o primeiro significaria, pelo contrário, a abertura para as expectativas de correção historicamente variáveis. Moura adverte que não é nesse sentido que o deontológico deve ser compreendido: “Pois nem o ontológico é fechado para a variação histórica, nem o deontológico significa variabilidade ilimitada: ambos se encontram na noção axiológico-normativamente fundada de ‘indisponível’. Por outro lado, o facto de um princípio ser absoluto significa apenas que a sua validade é apriorística, na medida em que a sua vigência independente de condicionamentos espaço-temporais. Já as concretas densificações ou derivações do princípio – enquanto suas consequências lógico-materiais – não são eternas ou universais, mas historicamente condicionadas. Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 48, nota n.º 93.

⁵²⁴ “(...) a filosofia prática substantiva inclui todos os argumentos criados para mostrar quais valores nós devemos perseguir, quais razões para ação devem guiar nosso comportamento, quais normas são vinculantes, etc. A análise conceitual se ocupa das características lógicas de conceitos como valor, razão para ação ou norma e da natureza das regras de inferência que governam o raciocínio prático”. Cf. RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 10.

⁵²⁵ FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 74, nota n.º 13.

⁵²⁶ “Com isso se fecha o círculo dos limites indisponíveis do Direito Penal. Dentro dele estão não só as estruturas cuja reivindicação de indisponibilidade resulta ontologicamente de estruturas prévias – os princípios lógicos gerais e os princípios sobre o uso correcto da linguagem, enquanto princípios discursivamente necessários – mas também as estruturas cuja reivindicação de indisponibilidade resulta ontologicamente da formalização linguística do chamado “real-construído” – os princípios deontológicos, enquanto princípios juridicamente necessários. Fora desse perímetro, a atividade legislativa e o trabalho teórico desfrutam de uma considerável margem de liberdade, que só volta a ser limitada por princípios de realização prática. Com efeito, existem princípios que não são logicamente necessários, mas que, uma vez consagrados pelo Direito, não podem ser arbitrariamente manipulados. É o que acontece, por exemplo, com o princípio da (limitada) compensação de interesses nas causas justificantes. A ordem jurídica não precisa observá-lo, já que ele não se baseia em uma necessidade lógica. Logo, é possível pensar em um sistema jurídico que não o reconheça. Contudo, a independência do Direito em relação a tais elementos não significa que possa manejá-los à discrição. Quando a ordem jurídica assume um princípio desta espécie ela não pode activá-lo aqui e liga-lo acolá, segundo seu próprio gosto. Uma vez juridicamente introduzido ou assimilado, o princípio deve ser implementado sem reservas, sob pena de irracionalidade e absurdidade do discurso.” Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 49.

relatio pura (último indisponível), o funcionalismo sistêmico toma posse do ser-aí e o transforma em algo disponível arbitrariamente, onde o conceito de pessoa é substituído pelo de inimigo, ignorando qualquer conotação antropológica que o termo possua: basta olhar para o “Direito Penal do Inimigo”,⁵²⁷ onde a norma, ou melhor, a expectativa normativa é o que define o conceito de crime, ignorando toda a construção teórica em torno do bem jurídico, transformando qualquer “potencial delinquente” em um ser que terá sua personalidade negada, pois é inimigo, não pessoa.⁵²⁸ É por isso que devemos ressaltar os notórios contributos daqueles que resistem ao pensamento funcional, pois resilientes e fundamentados sob uma compreensão em que o ontológico dá preferência, na análise do ilícito-típico, ao objeto da norma, o ilícito, não partindo – como faz o funcionalismo – das consequências, i.e., da pena.⁵²⁹

Não é demais lembrar que é possível continuarmos a afirmar que o Direito é imune a uma noção de sistema e deve antes ser visto como ordem.^{530,531} No contexto que aqui é

⁵²⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003; JAKOBS, Günther. **¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** Tradução de Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002. *passim*; JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona**: en una teoría de un Derecho penal funcional. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 62 .

⁵²⁸ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 50; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46-47; BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal: reflexões iniciais. **RBCCrim**, São Paulo, ano 25, v. 127, p. 39-78, jan. 2017.

⁵²⁹ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 50; FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 250; FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 10; FARIA COSTA, José Francisco de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou retorno à limpidez do essencial). **RPCC**, [s. l.], n. 12, p. 7, 2002. p. 7; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46; D’AVILA, Fabio Roberto; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 37, p. 83-98, abr./jun. 2010. p. 85; BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos**: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 52; SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p.1-2 e 47; WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência como critério de otimização da legitimidade do direito penal e seus desdobramentos em processo penal**. 2013. Tese (Doutoramento) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. p. 182-249; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 112-127; TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 19-20.

⁵³⁰ FARIA COSTA, José de. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (Babel ou esperanto universal?). **Revista de Legislação e Jurisprudência**, [s. l.], n. 3955, 2009, p. 220.

⁵³¹ “(...) o direito penal se afirma como uma ordem relacional. Ordem relacional, não só porque, como vimos, tudo se fundamenta em uma ‘primeira’ relação comunicacional de raiz onto-antropológica, como também, agora a partir de um óptica fenomenológica, porque o direito penal não pode deixar de ser percebido numa rede de relações.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 11, §§22-3; CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre o “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**,

importante, ou seja, quanto à adesão da ontologia relacional (regional ou social), enquanto nosso fio condutor, destaca Faria Costa: “se o direito penal fosse uma pura técnica, seria, sem dúvida alguma, então, a mais perversa e a mais letal técnica de destruição do outro”.⁵³²

Antes de avançar, vale uma observação sobre os limites deontológicos de primeiro e segundo nível: (i) quanto ao primeiro nível, referem-se à proibição de instrumentalização,^{533,534} expressando a obrigação de considerar o ser humano enquanto pessoa, ou seja, carrega a exigência de levar a sério e tratar com respeito o cidadão em nome do qual o Estado postula o local do discurso político-social e seu atuar legítimo (v.g., a proibição de tortura); (ii) quanto aos limites deontológicos de segundo nível, são referentes à missão que o próprio Estado, enquanto comissionado ou mandatário, deve apresentar para assumir e exercer legitimamente o seu dever de proteção e amparo perante os cidadãos, na condição de encarregado que não pode exercer o seu mandato de uma forma indigna, pois “assim como o cidadão, também o Estado tem a sua dignidade”.⁵³⁵ A este segundo âmbito pertencem – inclusos o princípio da legalidade e o princípio da culpa, o princípio da separação dos poderes, o princípio da proporcionalidade entre os crimes e as penas,⁵³⁶ bem como

Coimbra, n. 74, p. 1-44, 1998; CASTANHEIRA NEVES, António. As fontes do direito e o problema da positividade jurídica. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 51, p. 115-204, 1975. p. 116. Sobre a compreensão do Direito enquanto sistema ao invés de ordem, *vide*: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 25.

⁵³² “(...) e se em alguns momentos da história da humanidade dele quiseram fazer uma técnica, um instrumento ao serviço, seja da vontade do Führer seja da classe operária, isso significou sem apelo nem agravo duas coisas. A primeira, uma degradação do homem que de sujeito se transforma em miserável e *négliegeable* objecto. A segunda, conquanto decorrência daquela primeira, o aviltamento do pensamento jurídico, a degenerescência do pensamento penal, a pura maquinação de propósitos e finalidades refractária a qualquer, ainda que ténue, envolvimento axiológico. O direito mais não seria – e seria então muito pouco ou coisa nenhuma – do que uma arma, uma peça, um utensílio, uma roda dentada de uma engrenagem que o transcendia e que ele deveria, sem resto, servir. Um pensar e uma metódica a que se deveria expoliar toda e qualquer autonomia. A tudo isso resistiu e continua a resistir o pensamento jurídico”. Cf. FARIA COSTA, José de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 75-76.

⁵³³ “[...] o imperativo prático será pois o seguinte: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*”. Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 73.

⁵³⁴ HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorin. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 165.

⁵³⁵ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 56.

⁵³⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 75.

algumas estruturas fundamentais do processo penal,⁵³⁷ p.ex., o princípio da presunção de inocência e o princípio da vedação de juízos de exceção.⁵³⁸

Isto posto, cremos que a partir da ontologia relacional (ou ontologia da relação/*ralatio*) como base à compreensão onto-antropológica,⁵³⁹ é possível fundamentar a autonomia individual à luz do pensamento de Faria Costa, enquanto *expressão do exercício da liberdade de autodeterminação do ser-aí-com-os-outros*,⁵⁴⁰ tornando-se, conseqüentemente, *responsável*, que se materializa por meio da intersubjetividade orientada pela regra de ouro da reciprocidade entre seres humanos de carne-e-osso intermediada/contextualizada por fatos institucionais sociais.^{541,542} Avancemos, pois, verticalmente, em direção ao aprofundamento

⁵³⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**. Salvador: JusPodvum, 2015. p. 240; LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 129; GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014. p. 269.

⁵³⁸ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 56.

⁵³⁹ “A relação não pode ser concebida em um sentido estático, mas sempre através de uma compreensão dinâmica(...)”. Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 149, nota 32; p. 283; p. 418; p. 424. Ainda, Moura: “Ao definir o conceito de acção humana como *relatio* e conceber as estruturas fundamentais do Direito Penal a partir da noção de “relação de cuidado-de-perigo”, o modelo onto-antropológico de Faria Costa se assume, sem hesitações, como uma verdadeira ontologia da relação, ou seja, como uma ontologia hermenêutica na qual o ser não é concebido como um dado apriorístico e ahistórico, como um monobloco hermético e estático a ser conhecido por meio da lógica pura e linear que caracteriza o ontologismo naturalista ou a ontologia da substância, mas sim como o resultado da articulação das redes ou teias de conexões lógico-estruturais que os diversos elementos das mais variadas ordens vão entretecendo ou entrelaçando através do delicado mas resistente fio da historicidade.” Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 35.

⁵⁴⁰ “(...) a igualdade ao lado da liberdade – esta vista e olhada como *expressão da autonomia do ‘ser-aí-com-os-outros’* – são os elementos primeiros e últimos de qualquer modelo de organização política, porquanto realizando-os se diminuem as margens de exclusão e se aumenta, conseqüentemente, o almejado âmbito de inclusão.” Cf. FARIA COSTA, José de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 229, nota n.º 50. (*grifo nosso*).

⁵⁴¹“(…) social collectives can be constituted by the fact that individual agents think of themselves as part of a collective without thereby supposing that the collective is an ontological primitive. The collective's existence consists entirely in the fact that there is a number of individual agents who think of themselves as part of the collective. (...) The institutional fact that I bought a car with money can only exist within such institutions as money, property and exchange. Social facts, on my account, are stipulatively defined in terms of collective intentionality, and institutional facts are a special subcategory of social facts. They involve the collective imposition of status-function (...) On my view, we need to distinguish between the absence of an institutional prohibition (which is not an institutional fact) and the removal of an institutional prohibition (which is an institutional fact). The sense in which I have a "right" to breathe the air is the sense in which there never was any institutional prohibition on these activities and so no institutional fact is involved in my possession of such a "right". The sense in which my California Driver's License gives me the right to drive in the State of California is a sense in which it removes the restrictions on driving that apply to people who do not hold valid driver's licenses. The fact that I am a licensed driver is an institutional fact.” Cf. SEARLE, John R. “Responses to Critics of The Construction of Social Reality.” **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 57, n. 2, 1997, p. 449–458. Sobre isso, ver, ainda: RUBEN, David-Hillel. John Searle's The Construction of Social Reality. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 57, n. 2, p. 443–447, 1997; VISKOVATOFF, Alex. “Searle, Rationality, and Social Reality.” **The American Journal of Economics and Sociology**, Medford (USA), v. 62, n. 1, p. 7–44, 2003; NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia. Alguns problemas com a concepção dos Estados da sociedade mundial em

do conceito de autonomia que servirá enquanto base para articularmos seus elementos estruturais e sua relação com o Direito Penal.

3.5.1 Autonomia Individual, Intersubjetividade e Reciprocidade: linhas introdutórias à compreensão do conceito ontológico-relacional

Como visto linhas acima, o Direito, em especial o Direito Penal, afirma-se como uma ordem relacional (de paz).⁵⁴³ Afinal, a rede relacional de cuidados recíprocos, a teia comunicacional, i.e., o cuidado do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro”, indicam que a ação humana é relação (*relatio*): é tal relação ontológica que irá gerar as relações de cuidado-de-perigo socialmente relevantes.⁵⁴⁴ Trata-se de uma relação que possui significação a partir dos valores fundamentais presentes no ordenamento jurídico-penal: “Valores que, não obstante serem um em si, ganham maior significado e ressonância porque a história demonstra que valem a pena serem vividos (...).”⁵⁴⁵ Porém, também deve-se ter em mente que existem linhas de coincidência entre valores que o ordenamento jurídico protege e os valores que a consciência coletiva reconhece como seus,⁵⁴⁶ assim como linhas de incoincidência entre a ordem axiológica de uma dada comunidade e seu respectivo

Niklas Luhmann. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, DF, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015, p. 111-136, p. 125-127.

⁵⁴² MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 66, nota 149. Ainda: “Na verdade, na construção dos factos institucionais participam não só as regras constitutivas, mas também a intencionalidade colectiva e a atribuição de uma função de *status*. Todos os factos sociais são construções, mas nem todos os factos sociais são factos institucionais. Nos factos sociais simples a função colectivamente atribuída pode ser satisfeita pela estrutura física do objecto (v.g., estar sentado em uma cadeira ou tomar banho em uma banheira), enquanto nos factos sociais institucionais a função colectivamente atribuída não pode ser desempenhada pela estrutura física do objecto, mas apenas pela atribuição de uma função de status formalizada através das regras constitutivas.” Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 96; SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality**. London: Penguin Books, 1996. p. 2550/3789. *E-book*.

⁵⁴³ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (Fragmenta iuris poenalis). p. 11, §§22-3.

⁵⁴⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 420

⁵⁴⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 421

⁵⁴⁶ Aliás, vale apontar a visão fundamental de Scheler sobre a finitude do ser humano também significa que os valores nunca podem chegar a um recorte completo, mas sempre com certas verificações e encobrimentos. Para Scheler, isso mostra a historicidade do homem, que sempre pode se comportar apenas com os valores que lhe são atribuídos, o respectivo *ethos*. Cf. AUGSBERG, Ino. *Materiale Wertethik Und Strafrechtsdogmatik: Zum Einfluß Der Lehren Max Schelers Und Nicolai Hartmanns Auf Die Deutsche Strafrechtswissenschaft*. **ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie**, Stuttgart (Alemanha), v. 89, n. 1, p. 53–74, 2003. p. 55.

ordenamento jurídico: é esta “incoincidência” que bloqueia a interferência desenfreada do *ius puniendi*, pois é o limite mínimo da defesa da liberdade e da autonomia individual no desenvolvimento da personalidade de membros da comunidade.⁵⁴⁷

É partindo da noção já ensaiada sobre ontologia relacional que será possível alcançar a ressonância normativa em termos jurídico-penais acerca do fundamento e sua dimensão – por coerência aos pressupostos até aqui ancorados – relacional, onde o ser humano é visto pelo processo da intersubjetividade,⁵⁴⁸ i.e., um sujeito concebido de uma específica disposição para o reconhecimento recíproco pelo outro⁵⁴⁹, concretizando-se através dos fatos institucionais socialmente construídos.^{550,551} É neste horizonte compreensivo que, à luz do pensamento de Faria Costa, permite-nos, antes de apontar seu conceito material, demarcar a autonomia em termos relacionais via processo intersubjetivo e orientada pela (regra de ouro ou princípio da) reciprocidade:⁵⁵²

⁵⁴⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 421, nota n.º 129. Ver, ainda, nota n.º 395; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 23; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 46.

⁵⁴⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 580-581, nota 24; STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica (em)crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 251-252; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 25. Semelhante, mas com suas bases teóricas diversas como retro apontado: HABERMAS, Jürgen. **O pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 54-55; BUONICORE, Bruno Tadeu. **Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais**. **RBCCrim**, São Paulo, ano 25, v. 127, p. 39-78, jan. 2017. p. 55, nota 56; HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.; MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 165-166.

⁵⁴⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 421, nota n.º 129. Ver, ainda, nota n.º 395; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 23; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 46. Compreendendo a autodeterminação como autonomia enquanto pressuposto basilar da noção de normatividade: CASTANHEIRA NEVES, António. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito: ou as condições da emergência do direito como direito**. **Digesta**, Coimbra, v. 3, 2008. p. 16.

⁵⁵⁰“Brute facts exist independently of any human institutions; institutional facts can exist only within human institutions. Brute facts require the institution of language in order that we can state the facts, but the brute facts themselves exist quite independently of language or of any other institution. Thus, the statement that the sun is ninety-three million miles from the earth requires an institution of language and an institution of measuring distances in miles, but the fact stated, the fact that there is a certain distance between the earth and the sun, exists independently of any institution. Institutional facts, on the other hand, require special human institutions for their very existence. Language is one such institution; indeed, it is a whole set of such institutions.” Cf. SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality**. London: Penguin Books, 1996. p. 546-547/3789. *E-book*.

⁵⁵¹ SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality**. London: Penguin Books, 1996. p. 230/3789. *E-book*; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 106-107; MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 160; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht**, Berlin, Boston: De Gruyter, 2011. p. 43-44.

⁵⁵²“O essencial é apreendido através do princípio da reciprocidade que a razão prática mais do que sustenta, que a razão prática “racionaliza”. Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 421 nota 129.

(...) o acto comunicacional, mesmo que se expresse nas suas formas mais primitivas, pressupõe que o ser-pessoa participe na relação comunicacional enquanto unidade de sentido, susceptível de manifestar intencionalidade, que o ‘outro’ reconhece como tal (...) O ‘outro’ percebe que o que vê, sente ou ouve não corresponde à abertura e entrega do ser-aí-diferente que a relação de cuidado possibilita; o ‘outro’ percebe-se do bloqueamento, da ausência total de sentido autonomamente responsável, a percebe-se do ‘ruído’ total na teia comunicacional. Novamente, com toda a propriedade, podemos chamar a debate a regra de ouro das relações entre os homens: o princípio da reciprocidade. Efetivamente, a verdade profunda da ausência de comunicação nestes casos leva a que o ‘outro’ possa ter a certeza de que, ao considerarem-se tais actos como totalmente irrelevantes, o mesmo tratamento lhe será dado, porque ele não se reconhece como pessoa responsável na pre-figuração hipotética de uma imputação de tais ‘actos’ como sendo por ele praticados (...) O ‘eu’ que reconhece o ‘outro’ na teia comunicacional, porque só assim ‘se reconhece no outro aquilo que tu és’, é outrossim abertura ontológica do ser, enquanto ser pensado e reconhecido.^{553,554}

Isto posto, já nos é possível delimitar materialmente a autonomia em termos ontológico-relacionais. Vejamos.

3.5.1.1 Autonomia ontológico-relacional: conceito.

Diante dos pressupostos teóricos desenvolvidos e articulados até aqui, é possível responder “o que é” autonomia plena em termos ontológico-relacionais: *expressão do exercício da liberdade de autodeterminação do ser-aí-com-os-outros tornando-se, consequentemente, responsável.*

Tomando como fundamento da autonomia individual o modelo teórico da ontologia relacional de Faria Costa, deve-se atentar para as suas inerentes – provavelmente inevitáveis – consequências de uma interpretação equivocada,⁵⁵⁵ pois há correntes doutrinárias que rejeitam

⁵⁵³ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 580-581, nota 24; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 125-129.

⁵⁵⁴ Sobre a Teoria do Reconhecimento, *vide*: HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 39 e 230.; HONNETH, Axel. Integrity and Disrespect: Principles of a Conception of Morality Based on the Theory of Recognition. **Political Theory**, London (UK), v. 20, n. 2, p. 187-201, 1992; HONNETH, Axel. **Das Recht der Freiheit**. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 14 . (HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 39 e 230.); HONNETH, Axel. **Kampf um Anerkennung**. Frankfurt: 2002; HABERMAS, Jürgen. Arbeit und Interaktion. Bemerkungen zu Hegels „Jenenser Philosophie des Geistes“. *In*: HABERMAS, Jürgen (org.). **Technik und Wissenschaft als „Ideologie“**. Frankfurt: Suhrkamp, 1968; BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais. **RBCCrim**, São Paulo, ano 25, v. 127, p. 39-78, jan. 2017. p. 55, nota 56; HEIDEGGER, Carl-Göran. “Recognition and Social Theory.” **Acta Sociologica**, London (UK), v. 47, n. 4, 2004, p. 365–373; ROBERTS, Neil. “Recognition, Power, and Agency: The Recent Contributions of Axel Honneth to Critical Theory.” **Political Theory**, London (UK), v. 37, n. 2, p. 296–309, 2009.

⁵⁵⁵ Aqui vale uma breve explicação que será melhor aprofundada quando trabalharmos o princípio da autorresponsabilidade em oposição ao paternalismo, especificamente o paternalismo jurídico-penal. Por enquanto, pode-se dizer que, mesmo que não seja uma questão pacificada dentro dos estudiosos do paternalismo, a informação, o aconselhamento, bem como o tempo para refletir sobre a tomada de decisão não

o termo “relacional” porque transformaria a autonomia – que é individual – em heteronomia,⁵⁵⁶ pensamento recorrente em pressupostos teóricos exacerbadamente individualistas que refutam sua dimensão ontológico-relacional,⁵⁵⁷ ainda que diante de contextos culturais completamente opostos se comparados à realidade do Velho Continente ou mesmo do Norte-americano,⁵⁵⁸ propostas das quais não podemos concordar e por isso

implica – necessariamente - hipótese de atuação paternalista (leia-se paternalismo no sentido *lato*), pois, defendendo o que apontou Martinelli na sua tese de doutoramento, informar, aconselhar, sugerir tempo para refletir só configuram espécie de paternalismo se forem feitos de maneira insistente ao ponto de gerar perturbação naquele que se encontra - em tese - na posição de mais fraco em relação a quem presta a informação que, repita-se, assim como outras formas de interação que permitam ao sujeito uma espécie de revisão acerca da decisão, só serão consideradas paternalistas se feitas com o objetivo de influenciar mudança acerca do que antes fora decidido. Neste sentido, *vide*: MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 101-102; FRIEDMAN, Marilyn. Relational Autonomy and Individuality. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto (Canadá), v. 63, n. 2, p. 327-341, 2013. p. 330; KLEINIG, John. Paternalism and Personal Integrity. **Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy**, Sidney (Austrália), v. 27, p. 27-38, 1983. p. 30; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014. p. 386; MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1370/3829. *E-book*; DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988. p. 31-32; PERRY, Thomas D. Moral Autonomy and Reasonableness. **The Journal of Philosophy**, Oxford (UK), v. 65, n. 13, p. 383-401, 1968.

⁵⁵⁶ GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Studia Juridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, 2017, p. 653-654; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 63; BEATO, José Manuel. O Cuidado Como Virtude - Care as a Virtue: um Diálogo Entre a Ética Das Virtudes e a Ética Do Cuidado. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 76, n. 1, p. 285-318, 2020; HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 29 .

⁵⁵⁷“(…) se para a realização completa e global da minha personalidade a ‘minha’ morte é um elemento essencial, então, os ‘outros têm o dever de criar as condições para a ‘minha’ personalidade se cumpra integralmente. (...) Se a ‘minha’ morte é seguramente um pedaço do meu ‘eu singular’ o meu ‘eu social’ parece exigir, naquela precisa tensão dialéctica, dialéctica-normativa, a satisfação da sua plenitude.” Cf. FARIA COSTA, 2005, op. cit., p. 128, nota n.º 46. Ainda, sobre isso, Bronze: “a pessoa real é constituída pela dialéctica de um ‘eu singular’ e de um ‘eu social’”. Cf. BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. 3. ed. Coimbra: GestLegal, 2019. p. 527.

⁵⁵⁸ “O critério da relevância ético-social dos bens jurídicos a proteger é um cânone interpretativo juridicamente relevante (...) o ‘direito’ não pode ser interpretado exclusivamente pelas suas próprias regras, e que, por conseguinte, precisa de outros referentes para entrar no campo da sua própria compreensão... dignidade penal que, entre outras coisas, é sustentada pela valoração ético-social (...) De mais a mais, a valoração ético-social não é um conceito mas um processo judicativo que pode levar à identificação do elemento caracterizador. Este pode ser surpreendido na verificação ou não da dignidade penal. (...) a relevância ético-social já era um pilar da própria dignidade penal, a que acresciam em total unidade e de modo integrador: a) a dignidade constitucional do bem jurídico a proteger; b) a gravidade do dano ou do perigo concreto; e c) o próprio grau de concretização a que se podem sujeitar os bens jurídicos a defender, mais reforçada sai se a fundamentarmos em uma relação de cuidado-de-perigo agregadora daquele primeiro núcleo (...)” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 465-467. Ver, ainda: COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime. **RPCC**, Coimbra (Portugal), v. 2, ano 2, p. 173-209, abr./jun. 1992. p. 182, nota 28 e p. 191; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 94. Acerca de outro ponto de vista acerca da dignidade penal enquanto um conceito de chegada que reúne diversos critérios: RUIVO, Marcelo Almeida. **Criminalidade financeira**: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45; RUIVO, Marcelo

devemos apresentar com o rigor exigido de uma fundamentação coerente com tudo que até aqui foi abordado em termos relacionais que dão o sustentáculo para uma vida harmoniosa entre membros de dada comunidade, a relação de cuidado originária e comunicativa.^{559,560} partindo da essência relacional acerca da liberdade no contexto jurídico-penal, devemos explorar seus reflexos sobre a autonomia individual e sua relação com o Direito Penal, apontar seus elementos estruturais e os casos envolvendo autonomia reduzida, bem como déficit de autonomia, no qual seria legítimo admitir o paternalismo moderado, excepcionalmente.

Mesmo partindo de uma perspectiva ontológica de autonomia, importante lembrar, como já demonstrado nas linhas antecedentes, que tal conceito se difere da noção kantiana, i.e., não resta mais imersa na subjetividade da razão transcendental do dualismo sujeito-objeto, mas se ampara na intersubjetividade norteada pelo princípio da reciprocidade que rege as relações entre os homens.⁵⁶¹ Isto porque, diante de um ontologismo social tal qual o de

Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. **RBCCRim**, São Paulo, v. 17, ano 26, p. 584-614, set. 2018, p. 597-600.

⁵⁵⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 250.; FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 10, §§18-23; FARIA COSTA, José Francisco de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou retorno à limpidez do essencial). **RPCC**, [s. l.], n. 12, p. 7, 2002. p. 7; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 214-215.

⁵⁶⁰ Deve-se ter atenção para a relação de cuidado de matriz heideggeriana introduzida por Faria Costa como base de seu modelo onto-antropológico, uma relação de cuidado-de-perigo que estabelece a teia de cuidados recíprocos entre membros de uma comunidade historicamente situada, não deve ser confundida com a “*Ethics of Care*” ou “*Care Ethics*”, desenvolvida no contexto norte-americano e também trabalhada na perspectiva europeia, mas com evidente destaque na atualidade para as teorias feministas que buscam uma autonomia relacional, seja em contextos clínicos, seja no contexto das próprias relações sociais, onde apontam a vulnerabilidade feminina com fundamento basilar. Sobre isso, ver: BEATO, José Manuel. O Cuidado Como Virtude - Care as a Virtue: Um Diálogo Entre a Ética Das Virtudes e a Ética Do Cuidado. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 76, n. 1, p. 285-318, 2020: a “ética do cuidado” tem vindo a constituir-se como uma autêntica teoria moral, competente e consistente tanto no plano normativo com até meta-ético. Deste modo, a ética do cuidado representa uma alternativa original e credível – porque teoreticamente consistente e pragmaticamente fecunda –, não apenas ao deontologismo de inspiração kantiana e ao consequencialismo de feição utilitarista, mas também à própria ética das virtudes que ressurgiu, precisamente, como uma terceira via face às duas tendências anteriormente referidas (...) uma teoria focada na experiência moral feminina e nas relações de cuidado, por ela protagonizada, nas quais a vulnerabilidade constitutiva da condição humana é entendida como crucial. Este modo de pensamento é, por isso, frequentemente apresentado como ‘uma teoria ética feita por e para as mulheres’: uma ‘ética feminista’, que pretende emancipar-se do lastro histórico pré-moderno que a ética das virtudes transporta, bem como do essencialismo de género a ele associado.” BEATO, op. cit., p. 288. Ver, ainda, as obras pioneiras e fundamentais sobre o tema: GILLIGAN, Carol. **In a different voice: Psychological theory and women’s development**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983; EKSTROM, Laura Waddell. A Coherence Theory of Autonomy. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 53, n. 3, p. 599-616, 1993. p. 600; FRIEDMAN, Marilyn. Relational Autonomy and Individuality. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto (Canadá), v. 63, n. 2, p. 327-341, 2013. p. 330; WARDROPE, Alistair. Liberal Individualism, Relational Autonomy, and the Social Dimension of Respect. **International Journal of Feminist Approaches to Bioethics**, Toronto (Canada), v. 8, n. 1, p. 37-66, 2015.

⁵⁶¹ Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 580-581, nota 24

Faria Costa, o “eu” só existe a partir do “outro”, i.e., o (meu) “eu” singular se une ao (meu) “eu” social, o que reforça o processo mediado pela intersubjetividade de 2º grau que os grupos sociais desenham.

Vivemos em uma sociedade complexa, plural e multicultural e com isso, tendo em mente que o homem, enquanto ser-aí, o ente privilegiado que nós somos, convive no mundo com os outros (ser-no-mundo é ser-com),⁵⁶² precisa compreender que ser-no-mundo é sempre manifestação dialógica de abertura, não de fechamento e, assim, o outro, enquanto ser-aí-diferente, comunitariamente inserido e historicamente situado, ao ser reconhecido e respeitado em reciprocidade, é o que faz com que o “eu” se reconheça a partir do “outro” e que só existe porque o outro existe da mesma forma. Reconhecendo o “outro” em sua autonomia plena, sou reconhecido igualmente como ser-pessoa autônoma.

Mas quais seriam os reflexos, partindo dessa base conceitual, no Direito Penal? Ou, ainda, qual a relação, afinal, entre autonomia, sob tal modelo teórico, e Direito Penal? Em que pese parecer um questionamento simples, não o é quanto à multiplicidade de institutos e categoriais jurídico-penais que se vinculam à autonomia: desde o próprio conceito de ação (*ação humana é relação antes mesmo da própria relação de cuidado-de-perigo*) ao extremo da punição do *ius puniendi* sobre o corpo-próprio, onde o “mal” do crime é restabelecido pelo “bem” da pena justa. Para nossa investigação, a relação entre autonomia e Direito Penal que será estudada será quanto ao neorretribucionismo de base onto-antropológica e, em especial, o princípio da autorresponsabilidade,⁵⁶³ que possuem como vínculo em comum a responsabilidade.

⁵⁶² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012; STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 66-67; PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura do ser e tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1993. p. 67; VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 41-42. No seio da discursividade jurídico-penal, BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 66-87, nota n. 449; PÖGGLER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger**. Lisboa: Piaget, 1993. p. 89.; MACDOWEL, João A. **A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 190.

⁵⁶³ É claro que não podemos deixar de mencionar o instituto do consentimento do ofendido como expressão da autonomia da vontade, mas como delimitamos nosso tema quanto à autorresponsabilidade, ao adentrarmos no estudo de tal princípio, apontaremos para sua incidência os requisitos à validade de manifestação de vontade oriundos do consentimento, que seria tema suficiente para pesquisa independente. Sobre o consentimento, ver, especificamente: SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 96.; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004; MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 921/3829, *E-book*. Sobre as repercussões na seara da Bioética, em especial quanto à relação médico-paciente, ver, fundamentalmente: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James. **Principles of Biomedical**

O conceito base articulado irá se projetar em elementos estruturais que permitirão apontar a plenitude da autonomia em Direito Penal, que se ancora em dois pilares e uma inerente consequência: 1) Liberdade; 2) Autodeterminação; 3) Responsabilidade.⁵⁶⁴ Vejamos.

3.5.2 Elementos Estruturais da Autonomia Individual em Direito Penal.

Ao trabalharmos a noção que compõe o termo “autonomia”, foi analisado o quão polissêmico o conceito se encontra nas diversas áreas do conhecimento científico e, diante de um trabalho tal qual o de Sísifo, apontar uma concepção capaz de apreender o termo autonomia em todos seus mais diferentes pressupostos teóricos seria,⁵⁶⁵ senão uma utópica pretensão acadêmica, no mínimo não ter a ciência de que se trata de um valor construído pelo fio da historicidade que a própria comunidade reconheceu como relevante.⁵⁶⁶ Logo, partindo dessa premissa basilar, enfrentamos o desafio que é o cerne da nossa investigação: a compreensão da autonomia individual à luz dos pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa.

Resta, neste momento, apontar os elementos que compõe a estrutura da autonomia, sob uma perspectiva ontológico-relacional em Direito Penal, sendo que já pode-se adiantar

Ethics. Oxford/New York: Oxford University Press, 2001. p. 63-103; FADEN, Ruth. R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent.** New York: Oxford University Press, 1986. p. 94.

⁵⁶⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia.** Coimbra: Coimbra, 2005. p. 128, nota n. 46; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal.** 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 176; PERRY, Thomas D. Moral Autonomy and Reasonableness. **The Journal of Philosophy**, Oxford (UK), v. 65, n. 13, p. 383-401, 1968. p. 400. PERRY, Thomas D. Conceptual Revision in Ethics. **Ethics**, Chicago (USA) v. 78, n. 3, p. 199-213, 1968.

⁵⁶⁵ DWORKIN, Gerald. Autonomy and Behavior Control. **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 6, n. 1, p. 23-28, 1976. p. 25; WARDROPE, Alistair. Authenticity And Autonomy In Deep-Brain Stimulation. **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 40, n. 8, p. 563-566, 2014; DOWNIE, R. S.; TELFER, Elizabeth. Autonomy. **The Journal of the Royal Institute of Philosophy**, London, v. 46, n. 178, p. 293-301, 1971. p. 295; SNEDDON, Andrew. “What's Wrong with Selling Yourself into Slavery? Paternalism and Deep Autonomy (¿Por Qué Está Mal Moralmente Venderse Uno Mismo Como Esclavo? Paternalismo y Autonomía Profunda).” **Crítica: Revista Hispanoamericana De Filosofía**, Cidade do México (México) v. 33, n. 98, p. 97-121, 2001. p. 102.

⁵⁶⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia.** Coimbra: Coimbra, 2005. p. 22; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa.** Coimbra: Coimbra, 2015. p. 65-66. Ainda: “(...) o ato de valoração – que é feito por um sujeito que não pode deixar de valorar, pois, valorar é existir – é, por um lado, subjetivo e relacional e, por outro lado, objetivo e material, porquanto esse valor advém de um objeto que possui um determinado conjunto de qualidades que não foram indiferentes ao sujeito que as apreciou. Cf. PEDRO, Ana Paula. Ética, moral, axiologia e valores: confusões e ambiguidades em torno de um conceito comum. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 130, p. 483-498, dez. 2014. p. 491; RAZ, Joseph. **Practical reason and norms.** New York: Oxford University Press, 1999. p. 10.

uma primeira – e não difícil – conclusão: a estrutura da autonomia não pode ser dividida quanto a seus elementos, i.e., na falta de um dos dois pilares, não poderá se afirmar que o indivíduo é plenamente autônomo, onde indicaremos hipóteses de autonomia reduzida e de déficit de autonomia.

3.5.2.1 *Liberdade*

Se o conceito de autonomia, tal como proposto, possui, como elemento primário, o exercício da liberdade, esta compreendida sob uma perspectiva ontológico-existencial, impositivo apontar o “por quê” de tal afirmação, i.e., sendo livre, sou autônomo? A resposta exige uma argumentação coerente com tudo que até aqui foi trabalhado, ou seja: quando abordamos a liberdade no contexto jurídico-penal, apontamos que – para ser efetivamente livre – deve-se aceitar o “não” que o Estado impõe, através do *ius puniendi*, como um necessário limite e à não afetação da autonomia do “outro”: ser-aí-diferente comunitariamente inserido e historicamente situado que, ao ser reconhecido, reconhece reciprocamente, pois o “ser” é manifestação dialógica de abertura, não de fechamento. Em uma frase: a liberdade é relacional, pois o cuidado-de-perigo só encontra seu sentido de ser se fundado no ser-livre, i.e., na abertura conexa alcançada através da liberdade.⁵⁶⁷ Logo, sendo o cuidado-de-perigo uma relação de cuidado-de-perigo – e, assim, diferente quanto ao valor e verdade que a liberdade consagra – só possuirá razão de existir quando a liberdade se revelar como um valor histórico apto para abranger os modos-de-ser individual e coletivo.⁵⁶⁸ Porque se não for assim, o cuidado originário é desvirtuado, não sendo mais uma manifestação de abertura (ser-com-os-outros),⁵⁶⁹ mas de fechamento impiedoso onde não há o reconhecimento recíproco.⁵⁷⁰

Assim como a liberdade, a autonomia – tal qual a fundamentamos – é relacional, com todas suas inerentes implicações. A primeira delas, irá partir de que – para ser considerado autônomo – deverá ter sua liberdade redimensionada sob dois prismas: a) *relação indivíduo-indivíduo (intersubjetiva)*, onde o ser-no-mundo é sempre ser-com-os-outros, i.e., uma relação de respeito recíproco, de não-afetação na esfera de manifestação da autonomia do “outro”,

⁵⁶⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 423

⁵⁶⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 423.

⁵⁶⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46-49

⁵⁷⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 423-424; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 38 .

também ser-aí-diferente,⁵⁷¹ que terá seu “não” como imposição da necessária restrição do limite à liberdade nas relações humanas que – *prima facie* – devem se manter fora da jurisdição penal, reservando-se ao âmbito privado; b) *relação Estado-indivíduo* onde, além de impor o limite via *ius puniendi*, deve-se abster de interferir na esfera de manifestação da autonomia de seus cidadãos,⁵⁷² só ganhando em legitimidade quando a interferência se der com o fito de reestabelecer a relação originária de cuidado-de-perigo pervertida pela prática do ilícito-típico material que ofendeu bens jurídico-penais.

Assim, é possível afirmar que, diante da essência relacional da liberdade, esta, assim como o valor ético da autonomia pessoal – de acordo com os pressupostos trabalhados por Faria Costa ao explicar aquelas estruturas e categorias que são ontologicamente indisponíveis, i.e., um *definitional stop* – é uma garantia contra o impulso paternalista estatal, mas, como o ordenamento jurídico-brasileiro se perfaz como um sistema aberto e tem como um de seus pilares a proporcionalidade – não no sentido do Talião (que é tendência das políticas criminais em se tratando de Brasil), mas como Beccaria o pensou à época do Período das Luzes – não podemos afirmar, com a chancela da definitividade, que se trata de um absoluto: é por isso que o Direito, mormente o Direito Penal, ao partir da premissa de que os homens são *relatio*, só pode violar a liberdade a partir da neorretribuição, porque será a partir da aplicação justa da pena é que a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, matricial e comunicativa,

⁵⁷¹“ Se o homem é ser-pensado porque ser-falado – como tal estrutura porosa matricialmente ligada à relação ontológica primeva do ser-aí-diferente – e se, por sobre tudo, só nos afirmamos e somos ser-pessoa se nos mantivermos em constante relação ôntica com o ‘outro’, também ele ser-diferente como nós, então, fácil é de interiorizar racionalmente que o direito, como forma e conteúdo que nos pertence enquanto seres individuais e colectivos, não pode trair, sob pena de se trair a si mesmo, a intencionalidade e a estrutura de valores historicamente situados da qual ele é elemento co-essencial. O que implica que se o ser-aí-diferente é um ser fragmentado, dividido por várias esferas interligadas da vivência histórica de um quotidiano que se vê, assim, dignificado, ao direito compete, pela natureza das coisas, não hipotecar esse modo-de-ser-diferente a uma qualquer ideia do absoluto divorciada da história. Não se julgue, por outro lado, que este modo de ver as coisas é dissolvente ou até contraditório com a fundamentação ontológica que define o horizonte que se perfila como um radical relacional e se o *ordo est relatio* – na formulação paradigmática de Tomás de Aquino – tudo se conjuga para que a nossa procura de fundamentação encontre na sobreposição de duas desinências do ser. E se esta forma de pensar e interrogar o que de mais profundo nos toca e se postula como atitude espiritual de contínua crítica e abertura dialógica, em caso algum pode ser confundida ou sequer comparada com as formas rígidas e dogmáticas de um qualquer estreito fundamentalismo (...) uma tal atitude intelectual, se mediatizada pelos valores essenciais da liberdade e da dignidade do ‘outro’, arrasta consigo a rejeição de qualquer intencionalidade, directa ou capciosa, das determinações fundamentalistas que o nosso tempo vai, não sem perigo, recriando.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 23-24. Ver, ainda: NINO, Carlos S. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 200.

⁵⁷²“(…) sendo valiosa e livre escolha individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os outros indivíduos) não deve interferir nessa escolha ou adoção, limitando-se a propor instituições que facilitem a realização individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente e impedindo a interferência mútua no curso dessa realização.” Cf. NINO, Carlos S. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 204. (Tradução nossa); TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 185–196.

poderá ser reestabelecida em razão do ilícito-típico material praticado e que perverteu esta relação primeva e matricial.⁵⁷³

E se isso é assim, devemos admitir e reconhecer que a definitividade, o absoluto, em nada servem à ordem de paz que o Direito Penal busca afirmar ao dizer o “não” que nos permite exercer a liberdade no contexto jurídico-penal, limitada e relacional, pois é a partir do “outro” que posso reconhecer o (meu) “eu”. Com isto, cremos ter apontado o primeiro elemento que compõe a estrutura da autonomia em Direito Penal: liberdade, no exercício da autonomia, encontra seu limite em sua própria essência, pois relacional – na relação do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro”, expressão nítida do horizonte compreensivo no qual estamos ancorados e que se fundamenta pelo pensamento onto-antropológico.

O próximo elemento é indissociável do primeiro, já devidamente articulado, pois é o que confere ao ser-aí-diferente a imunidade frente ao valor ético de sua autonomia: a capacidade de autodeterminação.

3.5.2.2 Capacidade de Autodeterminação

No jogo complexo da construção do ordenamento jurídico, o sujeito encontra-se em lugar primacial, já que a consciência jurídica, os textos das cartas fundamentais, as diversas legislações, enfim, apontam o sujeito enquanto categoria (figura ou mesmo axioma jurídico) da estrutura,⁵⁷⁴ desenvolvimento de qualquer ordenamento jurídico contemporâneo jurídico-penal.⁵⁷⁵ O poder jurídico que o sujeito carrega é justamente a autodeterminação. O que é, então, a autodeterminação?

De acordo com Faria Costa, a autodeterminação aponta para a ideia de que é o indivíduo e somente ele que, ao exercitar sua capacidade de reflexão (crítica), tem de encontrar seu modo-de-ser, ou melhor, modo-de-estar e viver consigo mesmo, sendo que a instância decisória na sua relação com os outros também deve ser obtida através da autorreflexão,⁵⁷⁶ que se aproxima e possibilita o autocontrole,⁵⁷⁷ sustentáculo de diversos direitos correlatos à autonomia como, v.g., confidencialidade e privacidade.⁵⁷⁸

⁵⁷³ Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 89-90. p. 220-230.

⁵⁷⁴ Em oposição ao sujeito onipotente do liberalismo (FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 127, nota n. 44).

⁵⁷⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 127.

⁵⁷⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 580-581, nota 24; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 125-129.

Diante do fio condutor que nos guia, a autodeterminação perpassa pelo respeito que os demais membros da comunidade lhe devam merecer.⁵⁷⁹ Ocorre que a via horizontal não possui a mesma importância se comparada à linha de apreensão vertical da autodeterminação, que possui um elemento irrevogável: a noção de imunidade – ao exterior – gerando uma exigência indeclinável ao Estado, ao Direito, de que tal imunidade seja preservada. Isto porque:

Está presente, queiramo-lo ou não, uma certa ideia, não isenta de perigos e de terríveis armadilhas, de auto-suficiência que, se não for bem temperada por uma rigorosa auto-reflexão, é ou pode ser ela própria destruidora da autodeterminação e por consequência do sujeito em si mesmo. O sujeito que decide, que decide em total autonomia, não pode ser compreendido como um sujeito que decide solipsisticamente.⁵⁸⁰

A citação acima colacionada aponta para o caminho pelo qual devemos seguir nosso percurso teórico, mas com implicações e consequências que devem ser desde já ressaltadas para evitar qualquer interpretação equivocada sobre o que se está buscando em termos concretos e sua inerente repercussão na *praxis*: autodeterminação e autossuficiência são termos completamente diversos quando contextualizados pelo seu significado e ressonância no seio da normatividade jurídico-penal: v.g., a autossuficiência, no contexto jurídico-penal, não tem qualquer importância, pois trata-se de uma característica pessoal do indivíduo, i.e., aquele que possui independência em relação ao demais indivíduos (leia-se ‘outros’), logo: subjetiva, não permite nem agrega nada à intersubjetividade, mas, como o próprio doutrinador

⁵⁷⁷ PALMA, Maria Fernanda. O Direito Como Máquina Jurídica e o Controlo De Si Mesmo Como Fundamento De Responsabilidade. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 70, n. 4, p. 681-694, 2014, p. 688.

⁵⁷⁸ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 142-143; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297. f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 173-174; GIBERT, Sophia H, *et al.* “Ethics of Patient Activation: Exploring Its Relation to Personal Responsibility, Autonomy and Health Disparities.” **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 43, n. 10, p. 670-675, 2017. p. 671.

⁵⁷⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 125-127. Em sentido semelhante, mas com pressupostos opostos, *vide*: SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 47; GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Stydia Yvridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, 2017, p. 653; HEIDEGREN, Carl-Göran. “Recognition and Social Theory.” **Acta Sociologica**, London (UK), v. 47, n. 4, p. 365-373, 2014.; ROBERTS, Neil. “Recognition, Power, and Agency: The Recent Contributions of Axel Honneth to Critical Theory.” **Political Theory**, London (UK), v. 37, n. 2, p. 296-309, 2009; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 138-141; HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 43-47.

⁵⁸⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 128-129.

lusitano adverte, não se trata de uma característica pejorativa se for exercida com sabedoria (temperada), pois um dos muitos significados possíveis à noção global de autonomia encontra amparo na ideia de autossuficiência que, para muitos adeptos do liberalismo político aos moldes dos EUA daria – factualmente - o que seria essencial à autonomia: autêntica independência, sendo livre de qualquer influência externa.^{581,582}

Isso só enfatiza e ratifica a advertência lançada linhas acima: a autossuficiência pode levar o indivíduo ao solipsismo, decidindo simplesmente “porque quer e quando quer” o que sua consciência lhe coloca como uma vontade, seja na esfera da interação, seja na esfera decisional quanto ao que entende como sendo bom para si, ignorando qualquer espécie de informação, orientação, sugestão, etc., pois senhor e soberano de si mesmo,⁵⁸³ sendo indiferente quanto aos reflexos nos “outros”, em especial quanto aos que lhe são mais próximos.

A capacidade de autodeterminação que compõe a estrutura da autonomia individual, mas com dimensão ético-social assumidamente na sua essência relacional é, além de um poder jurídico quanto aos bens jurídicos individuais,⁵⁸⁴ uma habilidade reflexiva que permite ao indivíduo assimilar e compreender o conteúdo daquilo que lhe é informado, seja em

⁵⁸¹ KLEINIG, John. Paternalism and Personal Integrity, **Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy**, Sidney (Austrália), v. 27, p. 27-38, 1983. p. 30; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014. p. 388-390; CHRISTMAN, John. “Liberalism, Autonomy, and Self-Transformation.” **Social Theory and Practice**, Miami (USA), v. 27, n. 2, p. 185-206, 2001; RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, p. 137, 1993.; WEITHMAN, Paul. “Convergence and political autonomy.” **Public Affairs Quarterly**, Illinois (USA), v. 25, n. 4, p. 327-348, 2011; KIRSTE, Stephan. “Das Menschenrecht Auf Demokratie.” *In*: STEKELER-WEITHOFER, Pirmin; ZABEL, Benn. **Philosophie Der Republik**. Tübingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, p. 468, 2018.; HITTINGER, Russell. John Rawls, “Political Liberalism.” **The Review of Metaphysics**, Washington (USA), v. 47, n. 3, p. 585-602, 1994.

⁵⁸² FADEN, Ruth. R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986. p. 94; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 142-145; DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988. p. 31-32.

⁵⁸³ “That autonomy cannot issue from any pre-political factor, such as racial, ethnic, or religious identity, which would leave political institutions heteronomously grounded by a factor extraneous to political self-determination. Instead, a free citizenry is defined by the constitution that guarantees its members all their rights, irrespective of the natural and cultural differences that are indifferent to the exercise of self-determination. Therefore, the way to the autonomy of reason and the self-determination of conduct lies open. It can least of all be barred by our contemporary gravediggers of philosophy, who resign themselves to the heteronomy of thought and action. Their own diagnosis of the relative, foundational character of rationality undermines the authority of their own claims. More importantly, the hegemony of heteronomy has been vanquished in thought and reality. On the one hand, the autonomous logic of self-thinking thought provides the positive deed of how juridical foundations can be overcome. On the other hand, the self-activity of life, the freedom of linguistic intelligence, and the institutions of rights exhibit how the enabling conditions of self-determination in reality leave our thinking and conduct free to conceive truth and enact justice.” Cf. WINFIELD, Richard Dien. Self-Determination In Logic and Reality. **The Review of Metaphysics**, London (UK), v. 69, n. 3, p. 467-493, 2016. p. 492-493.

⁵⁸⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 127.

contextos clínicos na relação médico-paciente,⁵⁸⁵ seja em questões referentes à sua forma de viver e valorar individualmente – não esquecendo da dimensão do seu “eu social”- seu próprio projeto existencial, bem como nas diversas situações que o cotidiano lhe coloca, ou seja, a capacidade de autodeterminação é determinação quanto à forma de compreender e refletir (criticamente) as possíveis consequências antes mesmo de colocar o ato em prática, ponderando-as diante dos valores pelos quais o indivíduo busca afirmar sua identidade, i.e., reconhecendo e – em face do pluralismo multicultural brasileiro – que as diferenças devem ser sempre respeitadas de modo recíproco, pois o ser humano, enquanto ser-no-mundo na abertura em seu ser-com-os-outros, possui a potência de uma imunidade que gera um efeito de bloqueio à heteronomia (tanto na relação intersubjetiva quanto na relação Estado-indivíduo), pois é a capacidade de autodeterminar-se que irá refletir em seu modo-de-ser (e estar) no mundo (ser-com).⁵⁸⁶

Com isso, pode-se avançar para apontar a consequência da soma de ambos elementos já mencionados, a responsabilidade, condição inerente de todo indivíduo dotado de *plena* autonomia, e seus reflexos na dimensão jurídico-penal diante dos pressupostos que até aqui nos guiaram.

⁵⁸⁵ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54-55. Ver, ainda: COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico**. Coimbra: Coimbra, RT, 2008. p. 23.; CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. 2 ed. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2006. p. 89; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 161-167; FADEN, Ruth. R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986. p. 94.

⁵⁸⁶“Como aberto, o *Dasein* existe factualmente no modo do *ser-com* com outros. Ele se mantém numa mediana pública entendibilidade. O ‘agora’ expresso é dito por cada um na publicidade do ser-um-com-o-outro-no-mundo. O tempo interpretado e expresso de cada *Dasein* é, portanto, como tal, cada vez *publicado* sobre o fundamento de seu estático ser-no-mundo. Mas, na medida em que a ocupação cotidiana se entende a partir do ‘mundo’ de que se ocupa, ela *não* conhece o ‘tempo’ que ela toma para si *como seu*, mas, se ocupando dele, *utiliza* o tempo ‘que há’ e com o qual *a-gente* conta. Mas a publicidade do ‘tempo’ é tanto mais premente quanto mais o *Dasein* factual *se ocupa expressamente* do tempo e conta com ele.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 411/1111 (grifo do autor); STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 66-67; PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura do ser e tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1993. p. 67; VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 41-42. No seio da discursividade jurídico-penal, BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 66-87, nota n. 449; PÖGGLER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger**. Lisboa: Piaget, 1993. p. 89.; MACDOWEL, João A. **A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 190.

3.5.2.3 Responsabilidade

Quando analisamos a liberdade sob o viés relacional, foi articulada a relação simbiótica existente entre autonomia no exercício da liberdade que implica – inevitavelmente – assumir seu ônus: a responsabilidade.⁵⁸⁷ Mas qual a natureza jurídico-filosófica de tal responsabilidade?⁵⁸⁸ Quais seus reflexos na seara do Direito Penal? Trata-se, então, da responsabilidade jurídico-penal propriamente dita? Para responder tais questionamentos, deve-se apontar – justificada e coerentemente – do que se trata, jurídico-penalmente (ou não), tal elemento enquanto consequência irrenunciável que perfectibiliza a estrutura da autonomia (*ontológico-relacional*) em Direito Penal, pois, como advertido nas linhas acima, são

⁵⁸⁷ Sob a ótica da logoterapia e análise existencial: “A análise existencial dá a sentença de liberdade ao homem; essa sentença de liberdade, contudo, é uma sentença de liberdade condicionada. O homem mesmo é condicionado (...) O ser livre humano não é justamente nenhum fato, mas muito mais algo facultativo. Não obstante, sempre que o homem se deixa impelir, ele se deixa justamente impelir, ou seja, ele abdica como ser livre – e isso para que seja desculpado como alguém desprovido de liberdade; com o que também já se acha caracterizado aquilo que constitui mesmo a essência da neurose: a abdicação doeu em favor de um *id* – a recusa à personalidade e à existencialidade em favor da facticidade – a *epoché* do ato existência!” Cf. FRANKL, Viktor E. **Logoterapia e Análise Existencial**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 99-100.

⁵⁸⁸ Ricoeur trabalha sob uma perspectiva filosófica a questão da responsabilidade jurídica e moral (individual) com interessantes apontamentos ainda no início dos anos 1940, onde escreve que: “(...) o conceito ainda parece bem estabelecido em seu uso jurídico clássico: no direito civil, a responsabilidade é definida pela obrigação de fazer o bem o dano causado pela culpa e em certos casos determinados por lei; no direito penal, pela obrigação de suportar a punição. Pode-se observar o local dado à ideia de obrigação: obrigação de fazer reparação ou sofrer a penalidade. Qualquer um que esteja sujeito a essas obrigações é responsável. Tudo isso parece bem claro. Mas, por outro lado – ou melhor, em vários lados ao mesmo tempo – a imprecisão invade a cena conceitual. Em primeiro lugar, surpreende-se que um termo, em um sentido jurídico tão firme, seja de origem tão recente e sem uma inscrição marcada na tradição filosófica. Em segundo lugar, estamos envergonhados com a proliferação e dispersão dos usos do termo em seu uso atual; e isso muito além dos limites atribuídos pelo uso legal. O adjetivo responsável leva a uma variedade de complementos: você é responsável pelas consequências de seus atos, mas também responsável pelos outros, na medida em que eles assim às suas custas ou cuidados, e possivelmente muito além desta medida. No limite, você é responsável por tudo e todos. Nesses trabalhos difusos, a referência à obrigação não desapareceu; tornou-se o de cumprir certos deveres, de assumir certos fardos, de cumprir certos compromissos. Em suma, é uma obrigação fazer isso vai além do escopo da reparação e punição. Essa elaboração é tão insistente que é sob esse sentido que o termo é imposto hoje na filosofia moral, a ponto de ocupar todo o campo e se tornar um "princípio" com Hans Jonas e, em grande parte, com Emmanuel Lévinas. O rompimento continua em todas as direções, graças a assimilações arriscadas incentivadas pela polissão do verbo a responder: não apenas para responder..., mas para responder a uma pergunta, uma chamada, uma liminar, etc. Mas isso não é tudo. No nível estritamente jurídico, além das prorrogações referidas na definição referida acima, visando, em particular, a responsabilidade pelo ato de terceiros ou pelo fato da coisa mantida - ampliando o escopo da aplicação mais do que o nível de significado - a ideia jurídica de responsabilidade está sujeita à rivalidade de conceitos opostos, ainda mais jovens do que o conceito em questão (...) se é uma questão de periculosidade, risco ou solidariedade. Este é o estado do jogo: por um lado, firmeza da definição jurídica desde o início do século XIX; por outro lado, não há anais filosóficos atestados de mesmo nome, o centro de gravidade se rompeu e mudou na filosofia moral, há forte concorrência de novos candidatos para a função estruturante até então exercida pelo conceito de responsabilidade, que tem sido assumido em sua estrita definição da obrigação de reparação e da obrigação de se submeter à obrigação de sofrer o dano, e a falta de concorrência de novos candidatos para a função estruturante até então exercida pelo conceito de responsabilidade tomada a partir de sua estrita definição da obrigação de fazer a reparação e a obrigação de se submeter à obrigação de sofrer a obrigação de sofrer o dan.” Cf. RICŒUR, Paul. *Le Concept De Responsabilité: Essai D'analyse Sémantique* (1940). **Esprit**, Paris (França), v. 11, n. 206, p. 28-48, 1994.

elementos – em tese – indivisíveis, i.e., na ausência de um dos dois primeiros, não se poderá afirmar a consequente responsabilidade referente à autonomia individual em sua plenitude.⁵⁸⁹

A responsabilidade – agora sob análise – é uma consequência derivada do exercício da autonomia a partir dos elementos liberdade e capacidade de autodeterminação, i.e., não há como “negar” tal responsabilidade porque é justamente a sua afirmação (atribuição de responsabilidade individual pela tomada de decisões e ações)⁵⁹⁰ que irá privilegiar a condição de indivíduo enquanto ser-pessoa autônomo.⁵⁹¹ Aliás, é justamente o que assevera Feinberg - e cremos que tem plena razão - quando refere que é pela responsabilidade, i.e., ao assumir a responsabilidade como consequência inevitável do agir e decidir autônomos que se fortalece a própria autonomia.⁵⁹²

Mas ainda não foi respondida: de que responsabilidade estamos a tratar? Devemos distinguir as duas formas de responsabilidade que se mostram relevantes para o seguimento da investigação, com consequências, por óbvio, diversas, a depender da instância pela qual se

⁵⁸⁹ Levantando o questionamento se é – concretizável na realidade (empiricamente verificável) - possível o agir e decidir autônomos de forma plena, ver: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.; MILLER, Bruce L. *Autonomy*. **Encyclopedia of Bioethics**. 3. ed. Volume I, A-C. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011, p. 246-247; DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988; FISCHER, John Martin. *Responsibility And Autonomy: The Problem of Mission Creep*. **Philosophical Issues**, Atascadero (USA), v. 22, p. 165-184, 2012; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. *Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”*. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014. p. 388-390; KLEINIG, John. *Paternalism and Personal Integrity*, **Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy**, Sidney (Austrália), v. 27, p. 27-38, 1983; GIBERT, Sophia H, et al. “Ethics of Patient Activation: Exploring Its Relation to Personal Responsibility, Autonomy and Health Disparities.” **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 43, n. 10, p. 670-675, 2017. p. 674; MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 444/3829. *Ebook*.

⁵⁹⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 792/3829. *E-book*.

⁵⁹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra: 2005. p. 128, nota n.º 46 e p. 226; BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. 3. ed. Coimbra: GestLegal, 2019. p. 479; BRITO, J. H. Silveira de; BRITO, Amélia Silveira de. *A Autonomia Humana: da Filosofia à Bioética Clínica*. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 68, n. 4, p. 657-671, 2012. p. 665.; NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 233-237.

⁵⁹² FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. *E-book*. Ainda, Feinberg acrescenta: “The responsible person is contrasted both with irresponsible and nonresponsible (incompetent) persons. Unlike the irresponsible person, he is steady., trustworthy, and reliable; he has the virtues of good judgment, initiative, and self-reliance that make for the effective use of discretion in problem-solving; he can do things on his own. Insofar as this list of virtues overlaps the list that defines autonomy, then obviously, assumptions of responsibilities, practice at discharging them, and willingness to answer afterwards, are effective means of developing ever greater de facto autonomy. But the two lists only overlap; they do not coincide. Independent judgment, self-reliance, and initiative are on both lists, but trustworthiness, dependability, steadiness (as opposed to recklessness) and especially the willingness to take on new commitments are more firmly on the responsibility list than they are on the autonomy list, just as moral independence and self-legislation, sometimes assigned to the autonomy list, have no necessary place in the account of responsibility.” Cf. FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 860-861/6809. *E-book*.

responde (institucional ou moral).⁵⁹³ São elas: *responsabilidade jurídico-penal* e *responsabilidade individual*. Vejamos, começando pela responsabilidade jurídico-penal.

O indivíduo que rompeu com a relação de cuidado-de-perigo é considerado pelo ordenamento jurídico penal como responsável por esse rompimento e a finalidade da pena passa a ser pensada no contexto de responsabilidade e igualdade, em que o fundamento da punição (pena justa) recai sobre aquele que, no passado, rompeu a relação de cuidado-de-perigo.⁵⁹⁴ “Porque sou livre e autônomo. Porque sou pessoa (indivíduo), sou responsável. Respondo por aquilo que faço, por aquilo que fiz.”⁵⁹⁵

Neste sentido, o neorretribucionismo se apresenta como o direito de receber uma pena justa pela prática do ilícito-típico material, e tal direito decorre da responsabilidade e igualdade atribuídas a todos os cidadãos, sendo a retribuição de um mal por um bem, i.e., em que pese um tanto utópica a ideia de que no cárcere dentro do contexto latino-americano – em especial no Brasil – a pena deverá – para reestabelecer a relação matricial e originária de cuidado-de-perigo – ser compreendida como um “bem”. Mas há justificativas que reparam esse reducionismo, pois o mal da penal, para não ser unicamente expressão de simples aumento ou acrescento ao mal do crime, tem de se justificar como um bem,⁵⁹⁶ ainda que a pena de prisão seja uma instituição que se apresenta já há muito tempo incapaz de responder às demandas mais profundas da política criminal que envolve a aplicação e execução da pena de prisão.⁵⁹⁷ Afinal, é ela criminógena, praticamente não ressocializa e, por consequência, escassamente cumpre os efeitos da denominada prevenção especial e, por isso, desde que a pena de prisão foi implantada no sistema penal como *poena regina* (a partir do séc. XVII),

⁵⁹³ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra: 2005. p. 34

⁵⁹⁴ “A relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo desempenha o papel e é uma estrutura capaz de dar sentido à pena. Se a relação do ‘eu’ para com os outros é desvirtuada ao ponto do aniquilamento ou violação dos valores essenciais, a relação primária e original que o ‘eu’ estabelece com a comunidade, erigida em Estado e detentora do *ius puniendi*, impõe a agressão à esfera pessoalíssima do ‘eu’, pois só assim se refaz aquela relação primitiva do ‘eu’ para com os outros. Todavia, na tensão que ininterruptamente se estabelece entre o ‘eu’ infractor e o detentor do *ius puniendi*, é preciso salientar que aquele ‘eu’ em caso algum pode ser degradado à condição de *res*. Aquilo que nunca lhe pode ser retirado é a sua qualidade de ser-ai-diferente responsável para com o cuidado de si – porque qualquer violação do cuidado originário para com os outros é também ruptura para com o cuidado que originalmente temos para com o nosso existir individual e colectivo – como também responsável para com o cuidado dos outros. *Postura que representa a afirmação, a nível do plano axiológico, de autonomia ética, de fronteira e reduto para lá dos quais ultrapassa o reino da liberdade e se cai no campo da mais estrita necessidade*. Ou se quisermos, em termos analíticos, é a preposição de um *definitional stop*.” Cf. FARIA COSTA. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 384-385. (*grifo nosso*).

⁵⁹⁵ FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 226-227.

⁵⁹⁶ FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 86.

⁵⁹⁷ FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 82.

não houve quem não se levantasse contra a pena de prisão: mesmo assim, ainda continua a ser a verdadeira pena dos sistemas penais europeus. Para além disso, obviamente, não se discute só no continente europeu acerca da sobrelotação dos estabelecimentos prisionais como sendo uma inafastável realidade.⁵⁹⁸

Em verdade, Faria Costa entende que a retribuição deveria, além de afirmar a igualdade e responsabilidade inerente à dignidade de todos os membros da comunidade dotados de autonomia – possibilitar uma espécie de (auto)reflexão retrospectiva por parte daquele que praticou o ilícito-típico material de modo que lhe seja, através da pena justa enquanto um “bem”, consiga compreender o “mal” praticado contra seu semelhante ao ser tratado de forma digna pelo Estado não como um delinquentes antissocial que ainda hoje carrega os estigmas do Positivismo Criminológico de Ferri, Lombroso e Carrara, mas como igual perante o “outro” que não fora reconhecido de forma recíproca à época da prática do crime que perverteu a relação de cuidado-de-perigo, uma forma de manifestação deficitária do cuidado-para-com-o-outro, i.e., a possibilidade de uma face negativa do cuidado-para-com-o-outro que confere materialidade ao conteúdo da culpabilidade jurídico-penal.

Isto porque o ter-que-ser-no-mundo, em sua dimensão relacional de ser-com, possibilita não só o cuidado-para-com-o-outro, mas também a sua dimensão negativa como uma específica forma de concretização da liberdade ontológico-existencial do homem.⁵⁹⁹ Desta forma, o não-cuidado-para-com-o-outro apresenta-se como uma possibilidade aberta para a liberdade ontológico-existencial do homem, que se realiza em um comportamento concreto já-sempre-no-mundo.⁶⁰⁰ Dito isso, passemos ao estudo da responsabilidade individual.

A autonomia individual, partindo de seu elemento “capacidade de autodeterminação”, possibilita que encontremos a característica principal em sua imunidade a heterônomas cadeias relativamente a estruturas inintencionais, i.e., enquanto um bloqueio frente ao arbítrio heterônomo da interferência estatal. Assim, já se está a indicar a diferença entre as duas responsabilidades que são de interesse nesta investigação: a responsabilidade *individual*, ao contrário da responsabilidade jurídico-penal, limita-se à instância moral, i.e., restringe-se ao âmbito das relações privadas, em especial quanto caráter relacional referente ao conteúdo da

⁵⁹⁸ FÁRIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 87.

⁵⁹⁹ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 130

⁶⁰⁰ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 133.

decisão/ação pela qual o ser-pessoa se faz responsável por si (*ter-que-ser*)⁶⁰¹ e por todos (*deixar os outros serem nas suas possibilidades ônticas*).⁶⁰²

Precisamos nos esforçar para atingir o máximo de compreensão e, para tanto, é necessário convocar um texto mais reflexivo e com a serenidade que a complexidade do tema reclama, afinal, a interpretação existencial é sempre uma “construção ontológica”.⁶⁰³

Somos seres em perigo, cuidado-de-perigo, pois cuidado e perigo são duas faces da mesma realidade.⁶⁰⁴ Se existir é poder-ser,⁶⁰⁵ e ser-no-mundo é sempre ser-com,⁶⁰⁶ esta estrutura deve poder ser interpretada a partir do cuidado (*Sorge*), pois a relação que se dá com

⁶⁰¹ “A responsabilidade para com o sentido do ser nunca se dá desvinculada da responsabilidade para com a presença dos entes no seu todo e de cada um deles. Sendo assim, a responsabilidade para com o sentido do ser estende-se, necessariamente, à responsabilidade para com a presença concreta dos outros seres humanos e das coisas. Cabe distinguir entre os seguintes tipos de responsabilidade ‘concretas’: a) cuidar dos outros, em particular, deixar-ser os outros nas suas possibilidades ônticas. Além de termos a responsabilidade para com a transcendência dos outros, temos inevitavelmente que suportar o peso da sua concretude mundana, preocupando-nos com os membros de comunidades em que vivemos; b) somos também responsáveis por sustentar, nos nossos modos de lidar com os entes, as coisas primeiras ou mais próximas, cujo modo de ser precede geneticamente o das presentidades constitutivas do mundo objetivo. A nossa responsabilidade concerne ainda às coisas que existem como presentidades, como objetos constituídos na metafísica da representação e assumidos pela ciência. Esse é o domínio em que são definidas as nossas obrigações morais e legais, tomadas no sentido da filosofia tradicional. (...) Em virtude da responsabilidade para com o sentido do ser em geral, os cuidados humanos estendem-se necessariamente, também aos domínios da instrumentalidade e ao das meras presentidades. No primeiro domínio, a responsabilidade é articulada pela reflexão prática (*Überlegung*). No segundo, pela razão prático-teórica. É só neste último domínio que a responsabilidade para com o ser recebe o sentido de regulamentação racional do agir. Nesse caso, a voz da consciência assume a forma da responsabilidade moral tradicional (*Verantwortung*) (...) a responsabilidade para com a diferença ontológica estende-se forçosamente a outras responsabilidades dispostas em dois planos, o ontológico e o ôntico. No plano ontológico, ela assume o sentido de ter-que-ser-o-Aí dos entes no seu todo. Essa urgência originária desdobra-se no acontecer do ser-o-Aí, em diferentes projetos do sentido de ser, os principais sendo a existencialidade, a instrumentalidade e a presentidade (...) O horizonte da existencialidade impõe-nos a tarefa de *ter-que-se preocupar* com o estar-aí-no-mundo dos outros; o da instrumentalidade nos impõe o *ter-que-trabalhar*; finalmente, o da presentidade nos obriga a *ter-que-considerar* os entes como objetos meramente presentes. Esses três modos básicos de cuidado para com os entes, impostos e instruídos pelos diferentes sentidos do ser, só serão autênticos se assumidos à luz da diferença ontológica, i.e., à luz do não-ser.” Cf. LOPARIC, Zeljko. **Sobre a responsabilidade**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2003. p. 40-43. Ainda, ver: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilingue em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 288-294.

⁶⁰² LOPARIC, Zeljko. **Sobre a responsabilidade**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2003. Ainda, ver: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilingue em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 288-294.

⁶⁰³ MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 23.: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilingue em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012.; SILVA ALBUQUERQUE da, José Fábio. “Weltanschauungen” e Modos-De-Ser Dos Entes Intramundanos: O Conteúdo Concreto Do ‘In-Der-Welt-Sein’ Do ‘Dasein.’” **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 68, n. 3, p. 461-481, 2012; ALVES, Ângelo. “Ponto De Partida Da Ontologia: o Primeiro Princípio ‘o Ente é. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 52, n. 1/4, p. 27-53, 1996.

⁶⁰⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 327.

⁶⁰⁵ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 87.

⁶⁰⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

o ser-aí é de cuidado-para, não de ocupação.⁶⁰⁷ O cuidado-para é um desdobramento do cuidado originário, que perfaz a unidade radical do ser-no-mundo: o cuidado-para é um existencial que se dá na relação do homem com os outros homens no mundo e possibilita ao ser-aí oferecer cuidado-para-com-o-outro, modo-de-ser básico que constitui o ser-com.⁶⁰⁸ Entretanto, o cuidado-para-com-o-outro, enquanto possibilidade do ser-no-mundo, pode se dar de maneira deficitária.⁶⁰⁹ Assim, o não-cuidado-para-com-o-outro é uma possibilidade do ser-com, ou seja, o não-cuidado-para-com-o-outro apresenta-se como uma manifestação inautêntica possível.⁶¹⁰ Contudo, o não-cuidado-para-com-o-outro só ganha relevância jurídico-penal quando essa face negativa do cuidado ofender um bem jurídico-penal.⁶¹¹

⁶⁰⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49. Ver, ainda: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilingue em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 535; STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011. p. 67.

⁶⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilingue em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 411.

⁶⁰⁹ ALMEIDA, Rogério da Silva. **O cuidado no Heidegger dos anos 20**. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 85-87; BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos**. Compreensão do conteúdo material à luz do conceito ontológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 93; HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilingue em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 349.

⁶¹⁰ Convém distinguir o que se compreende por existência autêntica e inautêntica, de acordo com a matriz heideggeriana. Quanto à existência autêntica, Heidegger diz que o ser-aí pode ser autêntico ou inautêntico uma vez que, sendo ele próprio a sua possibilidade, pode, no seu ser-aí, ou “escolher-se”, conquistar-se, ou perder-se e não se conquistar de forma alguma. De outra parte, a inautenticidade parece caracterizar-se essencialmente pela incapacidade de alcançar uma verdadeira abertura em direção das coisas, uma verdadeira compreensão, visto que em vez de encontrar a própria coisa mantém-se nas opiniões comuns. Assim, autêntico é o ser-aí que se apropria de si, ou seja, que projeta-se na base da sua possibilidade mais própria. Eis a distinção entre a existência autêntica e inautêntica: o ser-aí inautêntico é incapaz de se abrir verdadeiramente às coisas, pois não possui a pureza e conformidade com o fato que são próprias do discurso e da compreensão. A autenticidade é “apropriação” fundamentalmente no sentido seguinte: apropria-se das coisas ao relacionar-se diretamente com elas. Assim, o encontro direto com a coisa está, destarte, vinculado com a apropriação da coisa como tal. Mais radicalmente: apropriar-se da coisa quer dizer também incluí-la dentro do próprio projeto da existência. Diante disto, compreende-se como a inautenticidade do “se” consiste no fato do seu nunca ser um verdadeiro “projeto”, pois as coisas de que fala o “se” não se encontram no seio de um projeto concreto, decidido, escolhido, de fato por “alguém”. Ou seja, se as coisas são instrumentos e o instrumento é tal unicamente no projeto, o projeto implica porém uma escolha e uma decisão de projetar: só em um projeto assim concretamente querido as coisas são verdadeiramente o que são. Neste momento, importa dizer que o projeto do “se” nunca é decisão de alguém; é só uma espécie de fundo, de que tem necessidade a escolha de um indivíduo, mas só como fundo para dele se destacar. Isto porque no “se”, as coisas desligadas de um projeto verdadeiro não se apresentam na sua verdadeira natureza de possibilidades, mas apenas como “objetos”; até a visão do ser das coisas como simples presença se revela assim como liga à inautenticidade e à falta de apropriação caracterizadora do “se”. O encontro com as coisas, o conhecimento verdadeiro, requer por seu lado, que o ser-aí assuma, de certo modo, responsabilidades (tema que constitui o cerne da segunda secção de “Ser e Tempo”). A expressão “assumir responsabilidades” não significa aqui que Heidegger privilegie a autenticidade como uma condição moralmente melhor. Heidegger exclui que a distinção entre autêntico e inautêntico tenha, pelo menos na analítica existencial, um significado moral. Sobre isso e de forma detalhada, *vide*: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilingue em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012.; STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijui, 2001. p. 289; VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996. p. 39.; PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura de Ser e Tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1993. p. 42; PÖGGLER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger**. Lisboa: Piaget, 1993, p. 89; MACDOWEL, João A. **A gênese da ontologia**

Como vimos no capítulo inicial, o conteúdo material da culpabilidade onto-antropológica fundamentada se dá pela relação negativa do cuidado, i.e., do cuidado-para-com-o-outro que fora violado na realização fática do ilícito material.⁶¹² Mas vale ressaltar que a culpabilidade jurídico-penal não se confunde com a responsabilidade aqui esboçada por uma simples diferença:⁶¹³ a face negativa do cuidado-para-com-o-outro que ofende um bem jurídico-penal é relativa à culpabilidade jurídico-penal, na medida em que a ofensa ao bem jurídico representa a perversão da relação primeva de cuidado-de-perigo; já a responsabilidade individual por uma manifestação deficitária do cuidado, seja do “eu” para com o “eu”, seja do “eu” para com o “outro”, não possui o mesmo escopo da culpabilidade

fundamental de Martin Heidegger. São Paulo: Loyola, 1993. p. 190; STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude:** estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijui, 2001. p. 67-69; STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença:** filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Unijui, 2006. p. 41-42. No seio da discursividade jurídico-penal. BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos.** Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 66-87, nota n. 449.

⁶¹¹ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos.** Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017.p. 133.

⁶¹² BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos.** Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017. p. 133.

⁶¹³ Não se nega que a culpabilidade jurídico-penal faz parte da noção de responsabilidade penal, mas como exposto acima, a responsabilidade individual só recebe a adjetivação criminal quando, por livre vontade, pratica-se um ilícito-típico e, portanto, responderá criminalmente na medida de sua culpabilidade. Um exemplo talvez possa elucidar melhor o que se acabou de escrever: a responsabilidade individual está vinculada à ideia de que o ser humano autônomo há de responder pelos próprios atos, assumindo as consequências dos mesmos. Pode-se dizer que um adulto tabagista é responsável e assume as consequências de um eventual câncer de pulmão a cada cigarro fumado, logo, trata-se de uma responsabilidade individual que não tem nada de criminal. O que é atacada é sua própria saúde, isenta de qualquer atuação do espectro penal. É o caso das autolesões: são impuníveis porque não ultrapassam o âmbito do autor e é por isso que a tentativa de suicídio é impunível. Mas, o recentemente reelaborado art. 122 - Lei nº 13.968, de 2019, incluiu no tipo a criminalização da heterolesão consentida, sim, a autolesão (automutilação), ainda que consentida, se for praticada por outro que não aquele que se autolesiona ou automutila, é passível de pena (6 meses a 2 anos). É a falência do núcleo duro do Direito Penal, onde ressurge a primitiva confusão entre crime e pecado divino, postulam-se leis aos moldes do ancestral “olho por olho, dente por dente”, abertura à mídia das massas, esquecendo que o fundamento, a base do mandamento de ordem que sustenta a legitimação do *ius puniendi*, em um Estado Democrático de Direito, é justamente vista a partir do sua estrela polar: *a liberdade individual que permite ao ser-pessoa exercê-la através da sua autonomia, pois capaz de autodeterminar-se e responsável*, porque o Estado não tem qualquer legitimidade para interferir na conduta privada que seja expressão de autonomia individual (ver, p.ex.: FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia.** Coimbra: Coimbra, 2005. p. 125-129). Note-se que, ao lançar tal argumentação não significa e nem poderia ser diferente, como no caso do auxílio ao suicídio que a autonomia já não possuiria mais sua dimensão relacional, i.e., sendo plenamente autônomo o potencial suicida ou mesmo quem recebe auxílio para autolesionar-se ou automutilar-se teria – em tese - sua responsabilidade desconsiderada e deslocada para imputação do resultado àquele que o auxiliou, o que nos parece incompatível não só com nossa forma de ver as coisas pertinentes ao universo do Direito Penal mas pelos próprios elementos que nos traz a Teoria da Imputação Objetiva do Resultado. A autonomia individual – e relacional – é o fundamento da atipicidade do fato praticado pelo que prestou o auxílio, como se defenderá no capítulo final: a faceta ética-social, derivada da essência relacional da autonomia individual que é o que se defende nesta investigação, é àquela vinculada ao valor ético da autonomia do ser-pessoa que se concretiza através do processo intersubjetivo de reconhecimento recíproco, mas como frisado e repetido ao longo das linhas já escritas até aqui, trata-se de uma relação indivíduo-indivíduo e, não havendo qualquer indício que aponte para um déficit na autonomia daquele que permitiu/pediu/implorou pelo auxílio à lesão – deixemos para analisar a problemática do suicídio quando for o momento em razão da complexidade – não há qualquer razão forte que justifique a intervenção do Estado via *ius puniendi*.

jurídico-penal, pois trata-se de uma possibilidade existencial e, mesmo se tratando de uma manifestação inautêntica do ser-aí, não poderia receber amparo jurídico-penal, pois a responsabilidade individual, no horizonte ético-existencial, é o ônus de todo ser humano dotado de *plena* autonomia individual, onde prevalecem decisões e ações referentes ao plano de vida escolhido por cada indivíduo, é dizer: quando um indivíduo é autônomo, ele deve ter sua soberania respeitada, pois o núcleo central que engloba a ideia de autonomia é o exercício da liberdade de fazer as próprias escolhas e decidir como viverá sua vida na abertura relacional que se dá na qualidade de ser-com-os-outros já-sendo-no-mundo⁶¹⁴ - especialmente como fazer decisões críticas sobre seus atos, respeitando e reconhecendo reciprocamente a autonomia dos demais indivíduos, o que reforça o carácter relacional que deve ser atribuído à autonomia individual.^{615,616,617}

⁶¹⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. Hermenêutica e Direito: A Fenomenologia Hermenêutica Como Condição De Possibilidade Para Questionamento Do Direito. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal) v. 72, n. 2/3, p. 771-806, 2016. p. 779.

⁶¹⁵ “(...) O que dá sentido ao jurisprudencialismo é uma outra perspectiva bem diferente. Designamo-la por *perspectiva do homem* (do *homem-pessoa*), i.é., aquela perspectiva em que o direito, com uma sua normatividade axiologicamente fundada, é assumida por, e está directamente ao serviço de uma prática pessoalmente titulada e historicamente concreta, prática dinamizada pelas controvérsias também prático-concretas, mas cuja intencionalidade capital é a realização nessa prática e através dela, como básica condição mediadora, do homem-pessoa convivente e assim do homem no ‘seu direito’ e no ‘seu dever ou na sua responsabilidade’. Não já a perspectiva macroscópica ou da globalização socialmente contextual em que a pressão do todo tende a indiferenciar a especificidade de tudo, numa confusão das dimensões – caso em que o todo não é só o integrante holístico, é antes o dissolvente das ‘essências’ -, e por isso o direito perde nele a sua autonomia, já que, funcionalizado aí à estruturação, organização e regulação global da sociedade, vê-se ele intencionado também funcionalmente *ab extra* por uma estratégia que não é sua, que de todo lhe é heterônoma. Não já essa perspectiva macroscópica, mas uma perspectiva que se poderá dizer de imanência microscópica, porquanto o direito é, diferentemente, convocado, e nessa convocação problematizado, pelo homem concreto que vive e comunitariamente convive com os acontecimentos práticos (volvidos em casos ou problemas práticos) da inter-acção histórico-social. O que se denuncia desde logo na diferenciação que atinge o normativo nuclear: naquela primeira perspectiva, o judicativamente sobretudo relevante é a *lex*, seja como ‘norma’, seja como ‘imperativos’, seja como ‘regra’ – pelas possibilidades, à parte decerto os implicados compromissos políticos, de racionalização e de programada assimilação que permitirá aos objetivos e às exigências contextuais -; nesta outra perspectiva, o importante é, pelo contrário, a axiológica normatividade de uma *validade* como *ius* que intenciona uma sua realização histórico-concreta mediante o *juízo* prático sobre a inter-acção pessoalmente titulada e comunitariamente responsável – e quaisquer que sejam os elementos normativo-judicativamente constitutiva que esses elementos não reduzem.” Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre o “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **BFD**, Coimbra, n. 74, p. 1-44, 1998. p. 15-18. (*grifo do autor*).

⁶¹⁶ FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 37-39.

⁶¹⁷ Aliás, importante deixar claro, na linha do preceitua Moura acerca do modelo onto-antropológico: [...] o racional abandona o esquema da “adequação do intelecto à coisa” para se orientar pela dimensão prático-existencial e histórico-cultural da intersubjetividade que se estabelece comunicativamente entre seres dotados de autonomia. Com isso se dá a inversão da tradicional relação de primazia da teoria sobre a prática: a racionalidade agora se assume como razão “situada”, vale dizer, como logos que se liberta das pretensões pan-explicativas e transmundanas da filosofia da consciência (universalidade e intemporalidade) e que reconhece a espontaneidade projectante do ser-aí (individualidade e temporalidade) para concluir que as operações do conhecimento são na verdade operações do entendimento que dizem respeito sobretudo às práticas intersubjetivas do modo pré-científico de lidar não só com os objectos, mas também com as pessoas. Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa.

Pelos argumentos acima trabalhados, é necessário tecer algumas considerações acerca da tomada de decisão por parte do indivíduo em plena autonomia em contextos complexos,⁶¹⁸ pois o conteúdo da decisão, ao contrário do que muitos apontam ou entendem como irrelevante,⁶¹⁹ para nós é fundamental, a saber, a instância decisória, que pertence inteiramente ao ser-aí enquanto ser-livre, capaz de autodeterminar-se e responsável, deve possuir uma dimensão ético-social, i.e., o conteúdo da decisão – em se tratando de autonomia sob uma perspectiva ontológico-relacional pressupõe uma instância ética decisória,⁶²⁰ pois o ser-aí não vive isolado dos “outros” seres-aí-diferentes no mundo que o circunda.⁶²¹

Coimbra: Coimbra, 2015. p. 24-28. Moura conclui que: “Seja como for, parece ser hoje inquestionável que a ontologia tradicional – concebida como ontologia da “natureza das coisas” e baseada na filosofia da consciência, em especial nos esquemas acto-potência e sujeito-objecto – não foi capaz de se realizar plenamente como uma teoria do conhecimento. Com efeito, está largamente difundida a convicção de que essa ontologia da substância – ao postular uma compreensão ahistórica do “indisponível” e procurá-lo na dimensão ôntica ou natural, ou seja, em estruturas lógico-materiais pré-existentes – não consegue chegar à existência nua e crua: a substância pura e genuína não é acessível ao conhecimento human. Por outros termos ainda: não é possível alcançar ou apreender, com exactidão e certeza, a “essência das coisas”. Se não havia como recorrer à “visão do olho de Deus”, era preciso pensar o ontológico em um outro registo narrativo. Foi assim que se deu o abandono da ontologia naturalista e a passagem para uma ontologia de corte intencional e modal, compreendida como semiótica, i.e., como modelo semântico ou hermenêutico.” Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 28. No âmbito da filosofia heideggeriana, ver, especialmente: PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura de Ser e Tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1993. p. 42; HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 410/1109; PÖGGLER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger**. Lisboa: Piaget, 1993. p. 89 .; MACDOWEL, João A. **A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 190 .; STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011. p. 67-69; STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 41-42; STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 87-88; VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996. p. 47.; ALMEIDA, Rogério da Silva. **O cuidado no Heidegger dos anos 20**. 2012. 200 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 84. No seio da discursividade jurídico-penal, BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 66-87, nota n. 449; LOTZ, J. B. A Diferença Ontológica Em Kant, Hegel, Heidegger e Tomás De Aquin. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal) v. 33, n. 4, 1977, p. 270–284; APEL, Karl-Otto; NEVES, Jorge. Constituição Do Sentido e Justificação Da Validade. Heidegger e o Problema Da Filosofia Transcendental. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 45, n. 3, p. 413-461, 1989.

⁶¹⁸ JEFFERSON, Andrew M., *et al.* Amplified Vulnerabilities and Reconfigured Relations: COVID-19, Torture Prevention and Human Rights in the Global South. **State Crime Journal**, London (UK), v. 10, n. 1, p. 147-169, 2021.

⁶¹⁹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. p. 58; GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Studia Juridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, 2017, p. 653 .; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383–397, 2014. p. 388-390.

⁶²⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra: 2005, p. 128, nota n.º 45.

⁶²¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012.; VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996. p. 42-43; PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura de Ser e Tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana

O que permitirá que nossa construção não seja um mero slogan de eticidade na relação entre autonomia e Direito Penal, é o caráter relacional que dará concretude à autonomia individual através da intersubjetividade, onde será possível, além de compreender a diferença do “outro” como expressão de abertura,⁶²² reconhecer de modo recíproco a autonomia do “outro” a partir de fatos institucionais socialmente construídos,⁶²³ dando sentido à teia de cuidados recíprocos que estruturam o ser-aí em uma comunidade historicamente situada.⁶²⁴

Mas deve-se alertar sobre um ponto fundamental como freio a interpretações equivocadas sobre o conteúdo da decisão e a eticidade como norte da responsabilidade pela tomada de decisão. Não se trata de fundamentar e vincular o conteúdo decisional à uma ética filosófica fundamentadora, pois seria o reverso do que estamos construindo em termos relacionais. Explica-se.

De fato, o conteúdo da decisão daquele que decide em plena autonomia,⁶²⁵ será – ao menos em tese - jurídico-penalmente irrelevante,⁶²⁶ pois, como trabalhamos ao longo da fundamentação da autonomia, ainda quem em termos relacionais, não estamos impondo que se decida com base na ética sob pena de perverter a relação matricial de cuidado e, com isso, admitir a interferência do Direito Penal nas relações intersubjetivas reservadas ao âmbito privado. Não. Entender o oposto seria, das duas, uma: uma leitura que parte de pré-conceitos sobre o que significa “fundamento” e “elementos” veria na eticidade uma moralização do próprio Direito,⁶²⁷ piorando o significado de tal interpretação ainda mais se contextualizada

Chaves. Lisboa: Piaget, 1993. p. 92; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 24-28; LOPARIC, Zeljko. **Ética e finitude**. São Paulo: Escuta, 2004. p. 68.

⁶²² A multiplicidade de argumentos sociais, a diversidade de distintas formas de se dar razão ao nosso existir colectivo, a irradiação de pequenos mas importantes centros de poder, a assunção plural de nos assumirmos iguais e diferentes são sinais reveladores de uma dinâmica própria que, se é indiciadora, em alguns aspectos, de um tempo de crise... pressupor o ser-aí-diferente, com a intencionalidade dialógica de se construir com o ‘outro’, porque só, desse jeito, se é; abrimo-nos à nobre humildade de que só nos encontramos quando nos perdemos e, sobretudo, aceitar que o ser-aí-diferente é expressão da fragmentação, porque também sinal irreduzível da individualidade de ser-pessoa, são pedras que fecham, em perfeição, o arco de volta inteira de uma tal compreensão e que, para além disso, inculcam a serena intencionalidade que afasta a eventual crispação levantada pelo constante e intenso apelo a tudo o que seja fragmentário. FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 25.

⁶²³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012.

⁶²⁴ FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. *Fragmenta iuris poenalis*. p. 16; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48-49.

⁶²⁵ FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 128.

⁶²⁶ Nesse sentido, ainda que com algumas ressalvas, estamos a concordar com o posicionamento de Siqueira: SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 58.

⁶²⁷ Sobre isso, ver: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51-52.

dentro da esfera jurídico-penal; não compreender que autonomia tem como reverso o paternalismo e, portanto, impõe uma muralha contra a interferência do Estado nas relações intersubjetivas enquanto expressão do exercício da própria liberdade.⁶²⁸

Assim, para que não existam lacunas que permitam o desvio quanto ao horizonte compreensivo do qual nos serve de âncora, não estamos – repita-se – nos movimentando nos moldes de uma ética fundamentadora, pois, por óbvio, subverteríamos todo sentido de ser do Direito Penal que se quer como sendo o mais liberal possível, *rectius, ultima ratio*.

Ressaltar a dimensão ético-social da decisão do sujeito em plena autonomia não é, de modo algum, transformá-la em heteronomia, pois entender irrelevante a instância ética na tomada de decisão é não levar em conta o que fundamenta o homem enquanto ser-no-mundo (*In-der-Welt-Sein*):⁶²⁹ o cuidado originário, a relação de cuidado do “eu” para com o “eu”, do “eu” para com o “outro”, dando concretude e significado à compreensão ontoantropológica.⁶³⁰ A instância ética da decisão nada mais é do que um perene traçar e riscar, viver e pisar (n)a linha pela qual o ser-pessoa se faz responsável.⁶³¹

⁶²⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 128-129, n.º 47.

⁶²⁹ “O ser-no-mundo aberto a si mesmo entende cooriginariamente com o ser do ente que é ele mesmo, o ser do ente descoberto dentro-do-mundo, se bem que entendido atematicamente e mesmo ainda de maneira indiferenciada em seus *modi* primários de existência e realidade.” Cf. HEIDEGGER, 2012, op. cit., p. 324/883. Sobre o ser-no-mundo, enquanto modo de existência primário, *vide*: SILVA ALBUQUERQUE, José Fábio da. “Weltanschauungen” e Modos-De-Ser Dos Entes Intramundanos: O Conteúdo Concreto Do ‘In-Der-Welt-Sein’ Do ‘Dasein.’” **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 68, n. 3, 2012, p. 461-481, 2012; ALVES, Ângelo. “Ponto De Partida Da Ontologia: o Primeiro Princípio ‘o Ente é.’” **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 52, n. 1/4, p. 27–53, 1996; STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011. p. 66; VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996. p. 23; LOPARIC, Zeljko. **Ética e finitude**. São Paulo: Escuta, 2004. p. 63-64; HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. “Hermenêutica e Direito: A Fenomenologia Hermenêutica Como Condição De Possibilidade Para Questionamento Do Direito.” **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal) v. 72, n. 2/3, p. 771-806, 2016; LOTZ, J. B. A Diferença Ontológica Em Kant, Hegel, Heidegger e Tomás De Aquin. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 33, n. 4, p. 270-284, 1977. 272; APEL, Karl-Otto; NEVES, Jorge. Constituição Do Sentido e Justificação Da Validade. Heidegger e o Problema Da Filosofia Transcendental. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 45, n. 3, p. 413-461, 1989. p. 415; BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 86.

⁶³⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 321.; FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (Fragmenta iuris poenalis). p. 10, §§18-21; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 69; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46.; BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 69 .; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 24 .

⁶³¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 128. n. 46

Em se tratando de uma decisão considerada manifestamente irracional – em tese, daquele indivíduo em autonomia, ao menos substancial – ⁶³²a outra parte da relação poderá, ao menos, tentar informar – que não se confunde com a sugestão de forma insistente ao ponto de gerar alguma perturbação naquele que irá decidir, pois seria uma ação claramente paternalista - sobre os reflexos possíveis da sua decisão na relação para com seus próximos, a fim de que o mesmo possa exercer a capacidade de autodeterminação diante das consequências possíveis.⁶³³ Mas vale deixar uma observação: não se trata de dar à racionalidade um signo de *conditio sine qua non* à tomada de decisão, concedendo-a como elemento indeclinável e necessário para reconhecer-se a autonomia; o que não podemos aceitar é ter na irracionalidade uma situação que confere ao indivíduo ainda mais autonomia.⁶³⁴ a irracionalidade, compreendida deste modo e sendo universalizável, estaríamos diante de uma irracionalidade transcendental, ou seja, possivelmente soterraria a relação que fundamenta a autonomia no nosso entendimento, pois não é crível sustentar que a irracionalidade não afeta – nunca – a autonomia de terceiros. A racionalidade, por si só, não confere autonomia, pois até crianças tomam decisões com base na racionalidade e nem por isso afirmar-se-á que possuem autonomia,⁶³⁵ contudo, a irracionalidade sugere, no mínimo, uma situação temporária de incapacidade de autodeterminação, possibilitando situações onde ocorrerá – provavelmente – déficit de autonomia, dando legitimidade à orientação – v.g., por

⁶³² BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 138-141.

⁶³³ (...) los preceptos de derecho penal pueden tratar de prevenir tanto acciones dañosas como acciones que conllevan riesgo de daño, aunque el daño no se produzca. Pero pienso que el primero de estos dos posibles objetivos de la legislación penal debería describirse ahora como un objetivo de prevención de acciones, no simplemente dañosas, sino de acciones que generan daños mediante procedimientos irrazonablemente peligrosos. Esto nos permitiría sostener que no toda acción que cause un daño proscripto es enantiotética, sino que lo es únicamente cuando un modo de actuar irrazonablemente peligroso irroga ese daño.” Cf. NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**. Una teoría liberal del delicto. Buenos Aires: Astrea, 1990. p. 354.

⁶³⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 62; GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Stydia Yvridica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, p. 643-669, p. 653, 2017.; FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism.” **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canada), v. 1, n. 1, 1971, p. 105–124; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. Nova Iorque: Oxford, 1986. *E-book*; VANDEVEER, Donald. “Autonomy Respecting Paternalism.” **Social Theory and Practice**, Miami (USA), v. 6, n. 2, p. 187-207, 1980.

⁶³⁵KELLER, Heidi. Psychological Autonomy and Hierarchical Relatedness as Organizers of Developmental Pathways. **Philosophical Transactions: Biological Sciences**, London (UK), v. 371, n. 1686, p. 1-9, 2016; EKSTROM, Laura Waddell. A Coherence Theory of Autonomy. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 53, n. 3, p. 599-616, 1993. p. 600; HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 43-47; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, 2014, p. 383–397, p. 389.

um comitê especializado em se tratando de contextos clínicos – sobre os efeitos colaterais da tomada de decisão, e – preferencialmente - fora da órbita jurídica.⁶³⁶

E se isso é assim, podemos afirmar que, ao exercer a autonomia individual, o ser humano, enquanto livre em seu ser-aí, na qualidade de ser-com-os-outros,⁶³⁷ tem como consequência inevitável o ônus da responsabilidade, harmonizando-se com os pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa, que foi nossa ponte para fundamentar, conceituar e indicar seus elementos estruturais.

A seguir serão analisados os casos onde não há exercício *pleno* da autonomia.

3.5.3 Autonomia reduzida e Déficit de Autonomia

Como apontamos linhas acima, a autonomia *plena* se projeta em dois elementos estruturais, liberdade e capacidade de autodeterminação, com uma inevitável consequência, a responsabilidade. Quando houver restrição da liberdade em função do cumprimento de condenação à pena de prisão (ou em prisão temporária ou provisória), não se pode afirmar que o sujeito em estabelecimento prisional possui a plenitude de sua autonomia pela limitação da liberdade de ir e vir. O indivíduo, em tese, continua livre, porém tal liberdade está limitada ao espaço penitenciário, o que reduz sua autonomia pela institucionalização prisional,⁶³⁸ da mesma forma como se dá em indivíduos institucionalizados em virtude de doença mental.⁶³⁹

⁶³⁶ WODAK, Alex. Harm reduction is now the mainstream global drug policy. *Addiction*, Washington, DC, v. 104, n. 3, p. 343-345, 2009; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. *Ethical Theory and Moral Practice*, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014. p. 389. FORTESKI, Rosina; FARIA, Jeovane Gomes de. Estratégia de redução de danos: um exercício de equidade e cidadania na atenção ao usuário de drogas. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 78-91, 2013; TOZZI COELHO, Gustavo. *Uso de drogas e Ofensividade em Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 200.

⁶³⁷ “Ser-se é, assim, cuidar-se, mas é também ser-se-com e, portanto, nessa abertura do ser para com o outro, cuidar-se é cuidar também do outro, como expressão elementar do ser-no-mundo que, sendo, projeta-se, em sua fragilidade, no outro, e cuidando-se, no cuidado-para-com-o-outro. *A ação de ser-se-no-mundo, que é sempre uma ação de ser-se-com, atira o ser-aí em uma teia de relações recíprocas de cuidado que estruturam e dão consistência ao ser comunitário.*” Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49 (*grifei*). Ainda, *vide*: D’AVILA, Fabio Roberto; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 37, p. 83-98, abr./jun. 2010. p. 85; FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 250; FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções fundamentais de direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 10, §§18-23; MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 34; TOZZI COELHO, Gustavo. *Uso de drogas à luz da compreensão onto-antropológica do Direito Penal*. In: LOPES JR., Aury *et. al.* *Anais do 9º Congresso Internacional de Ciências Criminais*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2018. p. 3.

⁶³⁸ DUBBER, Markus D. Citizenship and Penal Law. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Berkley (USA), v. 13, n. 2, University of California Press, p. 190-215, 2010. p. 195

⁶³⁹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 138-141

Contudo, importante perceber que são situações semelhantes em face da institucionalização (estabelecimento prisional ou hospital psiquiátrico), mas com diferenças que devem ser esclarecidas: enquanto o sujeito que cumpre condenação criminal tem autonomia reduzida pela restrição à liberdade, o indivíduo portador de doença mental, além de ter sua liberdade restrita pela institucionalização, não possui o elemento *capacidade de autodeterminação*, que gera déficit de autonomia.⁶⁴⁰ Mas quais seriam, então, as eventuais consequências jurídico-penais em se tratando de ausência de autonomia plena para indivíduos no cumprimento de pena privativa de liberdade? A principal problemática se dá quanto à aplicação do princípio de respeito à autonomia e, quanto a nós, ao princípio da autorresponsabilidade, a ser estudado no capítulo seguinte. Vejamos a questão por meio de uma exemplificação.

A, cumprindo pena privativa de liberdade, se recusa a receber a vacinação contra a COVID-19 sob o argumento de que “é dono de si” e acredita que a vacina não irá lhe trazer benefício algum já que vive no cárcere. Pergunta-se: estende-se o princípio de respeito à autonomia e lhe será permitido recusar a vacina? O exemplo apresenta problemas em dois planos: (i) *A* é livre para recusar a vacinação (?); (ii) *A* possuiria autodeterminação sobre o bem jurídico-penal integridade física, logo, poderia dispor, em face de autonomia substancial, da disponibilidade do bem jurídico individual (?). A respectiva resposta merece uma análise cuidadosa.

Primeiramente, levando em consideração que o princípio de respeito à autonomia não pode ser aplicado – em tese – a indivíduos não-autônomos, seria possível argumentar, de acordo com Beauchamp e Childress,⁶⁴¹ que o respeito à autonomia seria inaplicável, o que poderia resultar em espécie de paternalismo rígido. Contudo, o argumento que melhor responderia a situação exemplificada seria justamente o bem jurídico que está em jogo: seria mesmo a integridade física ou tratar-se-ia de bem jurídico coletivo, a saúde pública no ambiente carcerário? Tendo em vista a insalubridade que permeia todo o ambiente carcerário, a recusa do condenado em receber a vacina não poderia ser admitida por colocar em perigo todo espaço no qual já está limitado em sua liberdade restringida, não sendo mais o bem jurídico individual integridade física que se faria disponível pela recusa, mas a indisponibilidade do bem jurídico coletivo saúde pública, o que leva a conclusão de que, ainda que se encontre em autonomia substancial, não plena, não poderia recusar a vacinação.

⁶⁴⁰ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 82; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014. p. 388.

⁶⁴¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 138-141.

Por certo que a resposta seria diversa em se tratando de indivíduo na plenitude de sua autonomia, mas não na situação esposada.

Como já deixamos adiantado linhas acima, o déficit de autonomia é específico quanto ao elemento capacidade de autodeterminação, i.e., à capacidade de autodeterminação quanto à tomada de decisão em se tratando de indivíduos total ou parcialmente incapazes, além de abranger situações específicas no ambiente médico.

Em se tratando de indivíduos que não estão na plenitude de sua autonomia, ou seja, de acordo com o que fora retro apontado, não poderá afirmar-se sua responsabilidade que, para nós, tem grande importância quanto aos desdobramentos referentes à aplicabilidade do princípio da autorresponsabilidade.⁶⁴² Vejamos.

Quanto à incapacidade jurídico-penal,⁶⁴³ temos na inimputabilidade um dos marcos que afastam a responsabilidade em razão da ausência de autodeterminação,^{644,645} e um dos dispositivos correlatos que apontam para uma situação especial de incapacidade por doença mental é o art. 45, Lei n. 11.343/06,^{646,647} que rege sobre a inimputabilidade em razão da dependência de drogas.⁶⁴⁸ A dependência de substâncias psicoativas retira a capacidade de

⁶⁴² Sobre a aplicabilidade do princípio da autorresponsabilidade, ver capítulo seguinte.

⁶⁴³ “Se o ‘livre alvedrio’, se a possibilidade de escolher e decidir estão coarctados, não existem ou estão embotados para lá do limite que não permite distinguir o lícito do ilícito, o justo do injusto, o bem do mal, é evidente, pelo menos à luz dos parâmetros ético-sociais do nosso tempo, que aquela pessoa não é responsável (...) Por isso, o inimputável, aquele que não é capaz de compreender os mecanismos morais que possibilitam as escolhas, em verdadeiro rigor, está fora da cidade do direito penal.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 226, nota n.º 46.

⁶⁴⁴ Art. 26, Código Penal Brasileiro: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

⁶⁴⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 39.

⁶⁴⁶ Art. 45, Lei n.º 11.343/06: É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁶⁴⁷ (...) hipótese de ausência de condições de se autodeterminar configura-se na situação do dependente de drogas, que pela legislação especial pode ter reconhecida sua inimputabilidade quando em razão da dependência, malgrado tenha consciência do significado do fato, falta-lhe capacidade, no momento, para agir em consonância com esse entendimento”. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. p. 211. Em sentido semelhante, no que tange à legislação italiana, MANTOVANI, Ferrando. **Principi di Diritto Penale**. Milano: Cedam, 2002. p. 318-319; CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. **Elementi di Diritto Penale**. Milano: Cedam, 2004. p. 332-333.

⁶⁴⁸ “A mera expressão ‘dependência’ de drogas pode induzir em erro, na medida em que ela obscurece a liberdade, que possibilita ao homem se decidir a cada vez em favor ou contra a assunção pela primeira vez das drogas; e isso uma vez que resiste a ela. Se ele *não* se levanta para resistir e chega ao ponto de se tornar dependente de drogas, então ele não é mais livre, e à dependência de drogas cabe a posição conjuntural de uma doença. Tanto mais, o que precisa estar em questão para nós é uma profilaxia – e não apenas uma terapia – que conflua para o fato de precisarmos tomar cuidado para não falarmos neste contexto *desde o princípio* de

autodeterminação e lhe retira também sua autonomia, é dizer: o dependente de drogas (leia-se dependência física, que se diferencia da psicológica)⁶⁴⁹ não possui autonomia suficiente para se livrar da compulsão gerada pelo vício da substância de eleição, portanto, possui déficit de autonomia, assim como nos casos envolvendo embriaguez patológica.⁶⁵⁰ Mas quais seriam os reflexos jurídico-penais? Seria hipótese à legitimação de paternalismo jurídico-penal com o escopo de protegê-los contra si mesmos? Cremos que a medida que melhor se coaduna com uma noção de Direito Penal liberal indica para a adoção dos Programas de Redução de Danos, que refutam o ideal da abstinência e privilegiam o diálogo com indivíduos em situação de vulnerabilidade por doença oriunda de abuso de drogas, proporcionam e buscam fortalecer a autonomia de tais pessoas que, em razão da compulsividade inerente à adicção, não estão na plenitude de sua autonomia. Além dos PRDs, e situando-se do mesmo modo fora da órbita jurídico-penal, poderia se admitir, um paternalismo moderado no âmbito médico (aplicando-se o princípio da beneficência),⁶⁵¹ como, p.ex., em análise psiquiátrica, o profissional da medicina, ao invés de indicar medicamentos para combater a compulsividade e a própria síndrome da abstinência, pode recomendar uma internação ambulatorial para desintoxicação e, posteriormente, dar seguimento ao tratamento psiquiátrico.

‘doença’ e de suas ‘vítimas’. Ao contrário, o que precisa nos interessar agora é não prover os que ainda são saudáveis com tais álibis, mas ajudá-los a alcançar a consciência plena de sua liberdade, deixando que eles sintam a plena responsabilidade pelo seu destino futuro.” Cf. FRANKL, Viktor E. **Logoterapia e Análise Existencial**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 277, nota 4.

⁶⁴⁹ A dependência física (ou química) se diferencia da dependência psicológica por diversos fatores fisiológicos causados pela droga, em especial, a dependência química é evidenciada pela tolerância à substância (identificável como aumento constante da dose para se atingir os efeitos antes obtidos com doses inferiores), síndrome de abstinência (*craving*) com fortes sintomas que variam desde alterações cognitivas e até mesmo dores físicas em razão da ausência da droga, a depender da substância em abuso. Já a dependência psicológica é referente àquelas situações onde a retirada da substância não gera desconforto físico, mas uma sensação de descontentamento em função de não utilizar a droga. Sobre isso, ver: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas**. Genebra, 2004. p. 18; AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. 5. ed. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento et al. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 481-585; BENFICA, Francisco Silveira. Os usuários de drogas injetáveis como um problema de saúde pública: uma nova abordagem para o direito. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs). **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 174; MOTA, Leonardo. **Dependência química e representações sociais: pecado, crime ou doença?** Curitiba: Juruá, 2009. p. 96; também, de acordo com Noyes, “Um dos resultados mais insidiosos e graves da dependência é o desenvolvimento do hábito de recorrer a uma droga viciante para evitar não só o particular desconforto ou ansiedade que levou para o vício, mas também para evitar qualquer desconforto, ansiedade ou infelicidade.” Cf. NOYES, Arthur P. **Modern clinical psychiatry**. 3. ed. Philadelphia: W. B. Saunders, 1949. p. 194. (Tradução nossa).

⁶⁵⁰ A embriaguez patológica acarreta prejuízos cognitivos, assim como na *autodeterminação*, de acordo com o grau de alcoolemia e a tolerância de quem ingeriu substância e insere-se, dentro do ordenamento jurídico-penal, no *caput* do art. 26, CP. Já em se tratando da embriaguez não patológica indica a semi-imputabilidade dentro do parágrafo único do referido dispositivo. Ver: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 78-79.

⁶⁵¹ BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 296-297.

Em se tratando de contextos clínicos, em especial quanto instituto do consentimento quanto à tomada de decisão referente a intervenções médicas, discute-se acerca da legitimidade do denominado *paternalismo moderado (soft paternalism)*,⁶⁵² especialmente quanto a indivíduos incapazes em razão da ausência de voluntariedade e liberdade das suas eventuais condutas/decisões, ou seja, com déficit de autonomia.⁶⁵³

Siqueira, acompanhando Fatch-Moghadam e Gutmann,⁶⁵⁴ entende que, em verdade, o paternalismo moderado, diversamente de outras doutrinas antipaternalistas,⁶⁵⁵ sequer poderia ser considerado espécie de paternalismo,⁶⁵⁶ motivo pelo qual compreende ser tal modalidade enquanto *paternalismo orientado pela autonomia*.⁶⁵⁷ Assim, no paternalismo orientado pela autonomia, a intervenção beneficente em favor de um indivíduo incapaz de tomar decisões se opõe ao paternalismo rígido, pois a vontade “pretensamente violada ou ignorada não pode ser considerada essencialmente autônoma e/ou livre”.⁶⁵⁸ Por exemplo, intervenções às escolhas de crianças e adolescentes,⁶⁵⁹ bem como de sujeitos capazes que se encontram em situação onde há incapacidade temporária (depressão profunda ou inconsciência) seriam legitimadas à

⁶⁵² DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988. p. 121.; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 99-120; FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism.” **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canada), v. 1, n. 1, 1971, p. 105–124; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. Nova Iorque: Oxford, 1986. *Ebook*; VANDEVEER, Donald. “Autonomy Respecting Paternalism.” **Social Theory and Practice**, Miami (USA), v. 6, n. 2, 1980, p. 187–207; HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? **RBC Crim**, São Paulo, n. 6, p. 11-28, 2007, p. 12; FEINBERG, Joel. Legal Paternalism.” **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canada), v. 1, n. 1, 1971, p. 105–124; KLEINIG, John. Paternalism and Personal Integrity. **Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy**, Sidney (Austrália), v. 27, 1983, p. 27-38, p. 30.

⁶⁵³ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 82; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383–397, 2014. p. 388.

⁶⁵⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 82; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383–397, 2014. p. 387.

⁶⁵⁵ FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism.” **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canada), v. 1, n. 1, 1971, p. 105–124; FEINBERG, Joel. **Harm to self**. Nova Iorque: Oxford, 1986. (versão digital - ebook)

⁶⁵⁶ KLEINIG, 1983, op. cit., p. 30; FEINBERG, 1986, op. cit., p. 227/6908 (versão digital/ebook); DWORKIN, 1988, op. cit., p. 121.

⁶⁵⁷ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 82; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383–397, 2014. p. 387.

⁶⁵⁸ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 82; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383–397, 2014. p. 387. p. 83.

⁶⁵⁹ FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383–397, 2014. p. 384, nota 11: De acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, estas possuem “autonomia” para opinar sobre assuntos relacionados a seus interesses.

proteção dos mesmos quanto às decisões não voluntárias.⁶⁶⁰ Isto porque a ausência de autonomia acarreta em falta de liberdade e acentua a vulnerabilidade do paciente doente,⁶⁶¹ o que exigiria, de acordo com Siqueira, uma “especial necessidade de proteção”. Por tais motivos é que Siqueira admite legitimar o *paternalismo moderado (orientado pela autonomia)*, pois “autoriza intervenções beneficentes tão somente nas situações concretas onde não há decisão autônoma a ser respeitada”.⁶⁶²

A diferença entre o paternalismo rígido do (legítimo) paternalismo moderado, ou seja, a distinção entre situações em que a conduta é autônoma e, portanto, deve ser respeitada pelo Estado, daquelas onde não há voluntariedade, em Siqueira, se dá a partir da definição dos pressupostos à determinação quanto ao *grau de autonomia* das decisões particulares: a fixação dos requisitos ao “reconhecimento da autodeterminação material”.⁶⁶³

Segundo Siqueira, e deve-se ter em mente que a autora trabalha especificamente quanto ao instituto do consentimento, o paternalismo moderado (*orientado pela autonomia*) se justifica perante decisões ou condutas não-autônomas e, para tanto, aponta os critérios que determinariam a autonomia individual, ou seja, se a pessoa é ou não autônoma para tomar

⁶⁶⁰ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 83.

⁶⁶¹ Poderia se argumentar sob o pressuposto da vulnerabilidade, enquanto fator gerador de redução da autonomia, admitir a legitimidade de atuação paternalista do Estado para proteção de indivíduos em tais situações, porém, ao contrário do que sustentamos em trabalhos anteriores, vale registrar que a vulnerabilidade, seja individual, seja social, não se mostra coerente com os pressupostos que adotamos para a presente investigação, pois se estamos postulando uma fundamentação e concepção de autonomia *plena*, não podemos nos vincular à vulnerabilidade como condição que implicará – inevitavelmente – redução de autonomia (quanto ao elemento liberdade) ou déficit de autonomia (quanto à capacidade de autodeterminação, em especial quanto às dimensões positiva e negativa do direito à autodeterminação sobre os bens jurídicos individuais), pois, se isso for assim, tensionando o argumento, facilmente se concluiria que, das duas, uma: (i) vulneráveis não possuem autonomia *plena* em razão do fator “desigualdade social”, logo, seriam considerados não-autônomos; (ii) a vulnerabilidade, ainda que esteja ligada à desigualdade social, se vincula a questões de oportunidade social, ou seja, teríamos que admitir, *v.g.*, que uma pessoa desempregada que vive em uma região periférica urbana não possuiria autonomia, ao passo que uma pessoa residente em uma área mais privilegiada seria plenamente autônoma. Seria um equívoco admitir tal equação, senão vejamos. Quando fundamentamos a autonomia sob os pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa e articulamos o conceito, projetamos os elementos estruturais que permitem afirmar a plenitude da autonomia: (i) liberdade; (ii) autodeterminação e, conseqüentemente, (iii) responsabilidade. Em nenhum dos elementos trabalhados apontamos a questão da desigualdade enquanto fator que gera oscilação ou mesmo redução quanto a estes. Logo, para manter coerência, não podemos ter na vulnerabilidade individual ou social como excludentes da consequência inevitável da *responsabilidade*, pois, do contrário, pessoas que vivem à margem da sociedade no contexto nacional teriam que ser consideradas, praticamente, inimputáveis, não sendo responsáveis por seus atos. É por isso que ao elencarmos a responsabilidade como ônus da liberdade enquanto exercício da autonomia não é possível, dentro do marco teórico no qual nos movimentamos, sustentar tal argumento: é justamente pela responsabilidade e igualdade atribuídas a todos os cidadãos que recai a pena justa, nos moldes da neorretribuição,

⁶⁶² SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 83.

⁶⁶³ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 84; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, 2014, p. 383–397, p. 386.

suas decisões no âmbito médico, partindo do conceito de capacidade, requisito à validade do consentimento, pois, de acordo com Siqueira, seria “a própria incapacidade ou incompetência para tomar decisões médicas que autorizaria a intervenção do paternalismo moderado”.⁶⁶⁴ Uma vez que um paciente não-autônomo não possuiria capacidade para consentir (capacidade decisional),⁶⁶⁵ estaria o médico autorizado a atuar com base, exclusivamente, nos princípios da beneficência e não-maleficência.^{666,667} Quanto aos casos de incapacidade presumida, Siqueira explora o tema argumentando que mesmo em se tratando de indivíduos incapazes, deve-se reconhecer um certo grau de autonomia destes e, portanto, deveriam ser respeitados, ainda que parcialmente autônomos.⁶⁶⁸

O problema se coloca, em especial, quando se tratar de pessoas capazes momentaneamente sem condições para consentir, é por tal motivo que seria legítimo o paternalismo moderado em situações onde o paciente não tem capacidade de autodeterminação ou quando houver vício de vontade: partindo do pressuposto da presunção de capacidade em relação a adultos, somente poderia haver limitação quanto às suas ações em face de uma real incapacidade cognitiva à tomada de decisão (seja permanente, seja temporária) ou,⁶⁶⁹ ainda, em virtude de ameaça, coação ou erro e desconhecimento quanto às informações para tomar a decisão.⁶⁷⁰

Para Siqueira, assim como para Fateh-Moghadam e Gutmann, o paciente que possuir a competência base se presume como capaz e tão somente uma comprovada incapacidade temporária poderia afastar seu direito à autodeterminação, sendo exigível, em se tratando de

⁶⁶⁴SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 84.

⁶⁶⁵ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 84.

⁶⁶⁶ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 84.

⁶⁶⁷BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 296-297.

⁶⁶⁸ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 84-85. Contudo, a própria autora admite a necessidade a respostas referentes às situações envolvendo o grau de autonomia de crianças e adolescentes (SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. 85, nota 308). Mill já havia ressaltado que sua proposta “antipaternalista” não se dirigia a crianças e adultos incapacitados: MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942. p. 144-145.

⁶⁶⁹ FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014. p. 386: “Concrete grounds have to be named for believing that the consenting individual lacks cognitive and judgmental ability, that she is being coerced, or that she is subject to some other relevant absence of will. For this purpose, mere information about the seriousness of the risk and the ‘objective’ irrationality of intended act are not sufficient.”

⁶⁷⁰ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 85.

situações referentes a decisões de alto risco/consequência, prova da competência necessária à determinação da vontade livre,⁶⁷¹concluindo: “não cabe ao médico controlar e analisar a coerência das finalidades e das razões da decisão tomada pelos pacientes (...) porque tal controle da autonomia alheia abriria portas para abusos do direito de autodeterminação.”⁶⁷²

Importante observar, conforme Fateh-Moghadam e Gutmann, que no paternalismo orientado pela autonomia, em relação à proporcionalidade, apresenta uma característica adicional: a intervenção na pessoa que a autoriza com base em seu direito à autodeterminação toma lugar na exata medida à proteção deste mesmo direito. Por tal razão, não seria uma matéria de avaliação acerca do valor da liberdade de ação pessoal contra seu objetivo de bem-estar: contrariamente, seria a própria liberdade de disposição da pessoa sob a proteção da lei que deve ser considerada em ambos os lados da avaliação, a dimensão positiva do direito à autodeterminação (direito ao desenvolvimento) contra a iminente ameaça de dano à dimensão negativa (proteção contra dano de consentimento não-efetivo por um terceiro).⁶⁷³ Assim, o objetivo de otimizar a realização ao direito de autodeterminação propõe modelos legais que, fundamentalmente, respeitam a autonomia de auto-disposição e permite às pessoas tomarem a decisão final na medida do possível.⁶⁷⁴

O paternalismo orientado pela autonomia, de fato, possui suas vantagens já evidenciadas nas linhas acima: permitir estender a autonomia, em se tratando de intervenções leves de baixo risco a sujeitos incapazes, ao que parece, valoriza e reconhece que tais indivíduos possam exercer sua (capacidade de) autodeterminação. Entretanto, além do problema apontado por Siqueira sobre uma possível “subversão” do paternalismo orientado pela autonomia tomar a forma de paternalismo rígido como meio de limitar toda e qualquer intervenção oriunda de indivíduos, ainda que temporariamente, não-autônomos, há uma outra consequência de grande interesse para nós: diante de tais pressupostos, teríamos que admitir a aplicabilidade da autorresponsabilidade em situações semelhantes, porém não quanto ao consentimento, mas quanto às hipóteses de contribuição em autocolocação em perigo dolosa e heterocolocação em perigo consentida, especialmente quanto à indivíduos que não estão na

⁶⁷¹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 88

⁶⁷² SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 90

⁶⁷³ FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014.p. 386.

⁶⁷⁴ FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014.p. 386-387.

plenitude de sua autonomia. É o que buscaremos desenvolver e demonstrar no capítulo seguinte.

3.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

- a) Com o modelo de Estado (Constitucional) de Direito, levando sob argumentação sua estrutura de normatividade vinculada, o Direito Penal encontra guarida na Constituição. Logo, seus institutos devem ser lidos à luz da Carta Magna de 1988, interpretados e reconstruídos a partir dela. Assim, aquilo que com ela for incompatível deve ser expurgado do ordenamento jurídico. Ou seja, o Direito Penal é o Direito Penal Constitucional ao invés de um Direito Penal de base normativa legal, codificada, infraconstitucional;
- b) No âmbito do modelo de Estado Democrático de Direito o Direito Penal revela como base justificante e de legitimação a afirmação da autonomia e do livre desenvolvimento do indivíduo. O destinatário da norma penal é, portanto, a pessoa, não a coletividade ou o próprio Estado, assim, a dignidade humana – fundamento da República – coloca o indivíduo no centro, não admitindo sua instrumentalização para qualquer finalidade. O Estado tem o compromisso contratual de prestar serviço ao indivíduo, não o indivíduo servir aos fins propostos pelo Estado.
- c) Ao aproximarmos as funções da Constituição em conjunto com as finalidades do Direito Penal, foi possível afirmar que o legislador penal se encontra materialmente vinculado à Constituição exatamente quanto àquilo referente ao núcleo dessa relação entre a ordem constitucional e o Direito Penal: *a tutela de direitos fundamentais*;
- d) Quando analisamos a liberdade individual no contexto jurídico-penal vinculado ao Estado Democrático de Direito, apontamos um aparente paradoxo: para ser *livre*, é necessário aceitar o “*não*” como limite constitutivo da própria liberdade, i.e., a *liberdade no contexto jurídico-penal possui essência relacional: mediante uma autorreflexão da liberdade é que o ser-pessoa encontra sua limitação, o “nã” que é imposto pelo Direito Penal nos moldes do Estado Democrático de Direito*. Sendo assim, a liberdade, enquanto um estado de possibilidade, conforma um direito que ganha concretude simultaneamente pela aceitação do “nã” por cada membro de dada comunidade na medida em que o “eu” reconhece o “outro” também como *livre*. Ainda, ao trabalharmos a essência relacional da liberdade

individual jurídico-penalmente contextualizada, apontamos que sua relação com o *cuidado* é fundamental: *o cuidado surge como deslocação da constituição originária do “eu” que procura ter sua aplicação na abertura para com os “outros”,* porque o cuidado do “eu” passa pelo cuidado com o “outro”; no cuidado-para-com-o-outro reside o cuidado do “eu”. Logo, o “eu”, para ser, requer o cuidado do “outro”. Se, como visto, o Direito Penal revela o nosso mais profundo modo-de-ser com os outros, o cuidado, enquanto constituição e modo-de-ser próprio do homem, possui ligação umbilical com o perigo, i.e., *o cuidado é sempre cuidado-de-perigo,* pois são duas faces de uma mesma realidade. Logo, o cuidado-de-perigo só possui razão de ser se a abertura que lhe é possível for alcançada através da liberdade. Se o cuidado-de-perigo é sempre uma relação de cuidado-de-perigo, isso o torna diferente do valor e da verdade consagrados pela liberdade: só há sentido se a liberdade estiver presente enquanto valor histórico com força para envolver os modos-de-ser individual e coletivo: não sendo assim – se a relação de cuidado-de-perigo não for baseada na liberdade –, o cuidado originário será, inevitavelmente, desvirtuado;

- e) Após aprofundada crítica às concepções divergentes baseadas no liberalismo político rawlsiano e, em certa medida, na filosofia criminalista de Feinberg, buscamos pela possibilidade de fundamentação da autonomia individual e seu conceito ontológico-relacional, que é o cerne da tese, partindo do ontologismo regional elaborado por Faria Costa, um modelo que possui matriz na filosofia analítica heideggeriana interpretada a partir do cuidado enquanto modo-ser originário que fundamenta o ser-aí enquanto ser-no-mundo, que é sempre ser-com, tendo no radical da categoria existencial do cuidado uma forma de manifestação da liberdade ontológico-existencial do homem para com os outros homens, pois a ação humana é *relatio*: é tal relação ontológica que irá gerar as relações de cuidado-de-perigo socialmente relevantes. Uma relação que possui significação a partir dos valores fundamentais presentes no ordenamento jurídico-penal, valores que são guiados pelo fio da historicidade que demonstra que valem a pena serem vividos;
- f) A partir da ontologia relacional, onde o ser humano é visto pelo processo da intersubjetividade, i.e., um sujeito concebido de uma específica disposição para o reconhecimento recíproco pelo outro, concretizando-se através dos fatos institucionais socialmente construídos (em especial a *linguagem*). Foi neste

horizonte compreensivo, iluminados pelo pensamento de Faria Costa, que demarcamos a autonomia relacional via processo intersubjetivo e orientada pela regra de ouro ou princípio da reciprocidade que rege as relações humanas;

- g) Diante de tais pressupostos, foi possível apontar nossa proposta conceitual em termos ontológico-relacionais: *autonomia é a expressão do exercício da liberdade de autodeterminação do ser-aí-com-os-outros tornando-se, conseqüentemente, responsável*. Por fim, apontamos – de acordo com a fundamentação adotada – que o conceito proposto se projeta em elementos estruturais que permitem indicar a plenitude da autonomia, com essência relacional, evidenciada pela dimensão ético-social, ressaltando que, ausente um dos dois basilares elementos, não poderá afirmar-se plena autonomia, a saber: a) *liberdade*: liberdade, no exercício da autonomia, encontra seu limite em sua própria essência, pois relacional – na relação do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro”, expressão nítida do horizonte compreensivo no qual estamos ancorados e que se fundamenta pelo pensamento onto-antropológico; b) *capacidade de autodeterminação*: é, além de um poder jurídico quanto aos bens jurídicos individuais, uma habilidade reflexiva que permite ao indivíduo assimilar e compreender o conteúdo daquilo que lhe é informado, seja em contextos clínicos na relação médico-paciente, seja em questões referentes à sua forma de viver e valorar individualmente – não esquecendo da dimensão do seu “eu social”- seu próprio projeto existencial, bem como nas diversas situações que o cotidiano lhe coloca, ou seja, a capacidade de autodeterminação é determinação quanto à forma de compreender e refletir (criticamente) as possíveis conseqüências antes mesmo de colocar o ato em prática, ponderando-as diante dos valores pelos quais o indivíduo busca afirmar sua identidade, i.e., reconhecendo e – em face do pluralismo multicultural brasileiro – que as diferenças devem ser sempre respeitadas de modo recíproco, pois o ser humano, enquanto ser-no-mundo na abertura em seu ser-com-os-outros, possui a potência de uma imunidade que gera um efeito de bloqueio à heteronomia (tanto na relação intersubjetiva quanto na relação Estado-indivíduo), pois é a capacidade de autodeterminar-se que irá refletir em seu modo-de-ser (e estar) no mundo (ser-com).); c) conseqüentemente, *responsabilidade*, subdividida em duas instâncias, (i) *responsabilidade jurídico-penal*, em que aquele que perverteu a relação matricial e comunicativa de cuidado-de-perigo, para reestabelecer essa precisa relação deverá, através da aplicação da pena justa compreendida enquanto

um bem pelo mal cometido pelo crime, permitir que o indivíduo possa reconhecer o outro em reciprocidade como ser-aí-diferente, nos moldes do neorretribucionismo de base onto-antropológica; (ii) *responsabilidade individual*, ao contrário da responsabilidade jurídico-penal, limita-se à instância moral no âmbito das relações privadas, perante a qual o indivíduo se faz responsável por si (*ter-que-ser*) e por todos (*deixar os outros serem nas suas possibilidades ônticas*). Ausente um dos elementos basilares, haverá *autonomia reduzida* em se tratando de indivíduos em situações onde há restrição da liberdade (p.ex., em razão de institucionalização em face de pena de prisão); já quanto a indivíduos incapazes em face de ausência parcial ou total de capacidade de autodeterminação, falar-se-á em *déficit de autonomia*, legitimando-se, excepcionalmente, o *paternalismo orientado pela autonomia* quanto ao consentimento para intervenções leves de baixo risco;

- h) Dar ênfase à dimensão ético-social da decisão do sujeito em plena autonomia não é, de modo algum, transformá-la em heteronomia, pois entender irrelevante a eticidade na tomada de decisão é não levar em conta o que fundamenta o homem enquanto ser-no-mundo: o cuidado originário, a relação de cuidado do “eu” para com o “eu”, do “eu” para com o “outro”, dando concretude e significado à compreensão onto-antropológica. O conteúdo da decisão é importante, mas jurídico-penalmente irrelevante, que pertence inteiramente ao ser-aí enquanto ser-livre, capaz de autodeterminar-se e responsável, possuindo uma dimensão ético-social, i.e., o conteúdo da decisão pressupõe uma instância ética, pois o ser-aí não vive isolado dos “outros” seres-aí-diferentes no mundo que o circunda, pois o que permite que nossa construção não seja um mero slogan de eticidade na relação do indivíduo consigo mesmo, é o caráter relacional que dará concretude à autonomia individual, através da intersubjetividade, onde será possível, além de compreender a diferença do “outro” como expressão de abertura, reconhecer de modo recíproco a autonomia do “outro” a partir de fatos institucionais socialmente construídos, dando sentido à teia de cuidados recíprocos que estruturam o ser-aí em uma comunidade historicamente situada.

4 AUTONOMIA E PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE EM DIREITO PENAL

4.1 PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE: LINHAS INICIAIS

Com a alteração da visão tradicional que tinha no crime uma perspectiva unilateral na qual o centro da responsabilidade era analisado sob o viés do agente ativo da ofensa, *rectius* autor, o papel da vítima, agora valorizada em sua dignidade e, portanto, reconhecida em sua autonomia, ganha cada vez mais importância hodiernamente.^{675, 676}

O *princípio da autorresponsabilidade* tem como pressuposto o exercício pleno da autonomia, logo, para sua incidência, a pessoa deverá ter: *a) liberdade; b) capacidade de autodeterminação* e, conseqüentemente, *c) responsabilidade*. Com isto, é possível concluir, em primeira análise, que o referido princípio não teria operacionalidade para situações envolvendo pessoas não-autônomas, ou melhor, sem a plenitude da sua autonomia. Isto se dá, como exposto no capítulo anterior, pelo fato de que a responsabilidade individual só teria como ser o ônus daquele que atua livremente se, ao mesmo passo, for autônomo em sua plenitude: é pelo exercício pleno da autonomia, enquanto expressão do exercício da liberdade

⁶⁷⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 108-109; CANCIO MELIÁ, Manuel. Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective. **Buffalo Criminal Law Review**, Chicago (EUA), v. 7, n. 2, p. 513-550, 2004. p. 514; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 301; SCHÜNEMANN, Bernd. The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-Based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code. **Buffalo Criminal Law Review**, Chicago (EUA) v. 7, n. 2, p. 551-582, 2004; SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 70; JAKOBS, Günter. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Callegari. São Paulo: RT, 2010. p. 89.; JAKOBS, Günter. Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity. **Buffalo Criminal Law Review**, Chicago (EUA), v. 7, n. 2, p. 491-511, 2004. No âmbito da *common law* norteamericana: HAREL, Alon. Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault. **California Law Review**, Berkeley (EUA), v. 82, n. 5, p. 1181-1229, 1994.

⁶⁷⁶ “Antepõe-se, hoje, à singeleza da relação bipolar entre o Estado e o delinquente – tão característica dos séculos XVIII e XIX e do primeiro terço da nossa centúria – uma relação mais densa e aprofundada, a que não é indiferente a intromissão da vítima no próprio discurso punitivo e a influência que os diferentes elementos desencadeiam, quer unitariamente, quer no todo a que pertencem. Nesta perspectiva, a vítima deixou de estar circunscrita a mero objecto de análise criminológica e ascende a categoria dogmática do discurso jurídico-penal e não só, portanto, da interpelação punitiva. Repare-se que a verificação desta realidade (...) é altamente frutuosa em termos teóricos. Com efeito, isso representa, em nosso juízo, a confirmação de que o direito, enquanto ‘sistema aberto’, tem que absorver e mediatizar constantemente todos os conteúdos que a prática for considerando como axiologicamente relevantes para a correcta e justa solução do caso concreto.” Cf. FÁRIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 175-176. Sobre isto, ver, também: MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1536/3829. *E-book*; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 246.

de autodeterminação que a pessoa pode se fazer responsável, o que justifica a conclusão acima à luz dos pressupostos da compreensão onto-antropológica.⁶⁷⁷

Em razão da escassa doutrina acerca do *princípio da autorresponsabilidade* em âmbito nacional, não há qualquer questão pacificada sobre sua delimitação em termos materiais,⁶⁷⁸ critérios de aplicação (ou não), se a autonomia individual é um pressuposto à autorresponsabilidade ou se dela é presumida, bem como quais seriam os parâmetros para aferição ou não de aplicação a situações envolvendo indivíduos com autonomia reduzida ou déficit de autonomia, ou mesmo àquelas situações em que a operacionalidade do princípio - em razão da instrumentalização do ofendido - se mostra inaplicável. Outra questão vinculada à incidência da autorresponsabilidade seria acerca de uma possível recuperação hermenêutica para, via analogia, fazer valer os requisitos próprios do instituto do consentimento ou mesmo da “imputabilidade” do ofendido para o acerto da autorresponsabilidade.

Uma vez que o presente capítulo tem o escopo de verificar as situações onde se faz possível a aplicação do *princípio da autorresponsabilidade*, não iremos nos deter quanto às questões referentes ao consentimento do ofendido em razão do mesmo não ser o objeto desta tese, mas apontaremos os pontos convergentes e divergentes para, então, podermos marcar nosso posicionamento.

Para que tal desenvolvimento se torne viável, é necessário recorrer aos fundamentos da Imputação Objetiva do Resultado, onde o nexa causal é - não na mecânica do causalismo e da *conditio sine qua non* - um dos núcleos centrais a permitirem apontar a responsabilidade do agente frente ao resultado ofensivo como sendo objetivamente imputável como *opus* deste.⁶⁷⁹

Além de cumprir sua função para excluir a imputação objetiva do resultado quando o mesmo não estiver dentro do alcance do tipo, o *princípio da autorresponsabilidade* também possui uma função de bloqueio ao atuar paternalista estatal, onde será estudado, essencialmente, o problema da interferência do *ius puniendi* na esfera de manifestação autônoma daquele que, na plenitude de sua autonomia, decide por autolesionar-se, em especial no que toca à insidiosa questão do auxílio ao suicídio.

⁶⁷⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 226-227.

⁶⁷⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 301.

⁶⁷⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 227.

Isto posto, avancemos no sentido de desvelar importantes desdobramentos que advém do *princípio da autorresponsabilidade*, bem como apontar sua delimitação em termos materiais e cotejá-lo, partindo dos pressupostos que nos guiaram até aqui, com uma das propostas compatíveis com nosso ordenamento jurídico-penal referentes à sua demarcação e hipóteses de incidência (ou não) do aludido princípio.

4.2 PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE: CONCEITO.

A grande parte da doutrina invoca a ideia de autorresponsabilidade ou autonomia da vítima como elemento relevante para solucionar problemas oriundos da intervenção do comportamento da vítima/ofendido em relação ao crime cometido pelo suposto autor.⁶⁸⁰ A maioria das aproximações referentes ao *princípio da autorresponsabilidade* não diferencia o conceito de autorresponsabilidade, o qual, como aqui se entende, tem como pressuposto a autonomia individual para sua incidência. Nas propostas de aplicação do referido princípio, entende-se autorresponsabilidade como sinônimo de autonomia individual, o que não condiz com a realidade da natureza das coisas.⁶⁸¹ Mas são necessárias algumas linhas para justificar o que se esposou.

Se a autorresponsabilidade for entendida como autonomia, sua aplicação no âmbito das atividades arriscadas, onde o comportamento da vítima/ofendido possui relevância jurídico-penal para exclusão da imputação do resultado ao autor, fica demasiadamente ampla, ou seja, terá aplicação irrestrita em todo e qualquer caso em que o comportamento da vítima

⁶⁸⁰ ROXIN, Claus. **Estudios de derecho penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 108-109; ROXIN, 2006, op. cit., p. 404-409. Segundo Schünemann: “La doctrina crítica ha intentado frecuentemente resolver estos casos a través de la figura del consentimiento, y no así mediante la figura de la imputación. Pero ello ya es imposible de construir en los casos que la víctima no está de acuerdo con la acción del autor antes de que sea realizada, sino que sólo luego de la acción del autor se expone a las consecuencias que surgen de ella. Además, no puede haber consentimiento justificante alguno en una acción de matar, como lo muestra la relevancia penal del homicidio cometido a pedido de la víctima. El ángulo de solución decisivo se encuentra en el reconocimiento político-criminal y víctima-dogmático, de que una protección de los bienes jurídicos frente a su titular no es posible ni conveniente a través del Derecho penal, de modo que las reglas de cuidado no persiguen el fin de impedir autolesiones de la víctima. Naturalmente, ello sólo es así cuando la víctima actúa libremente de un modo responsable y conoce la situación de peligro tan bien como el autor.” Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 88-89. Ver, ainda: FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 74-76; JAKOBS, Günter. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Callegari. São Paulo: RT, 2010. p. 89; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoría de la imputación objetiva**. México D.F.: Angel Editor, 2000. p. 42; GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2011. p. 127; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 61 ss.

⁶⁸¹ Com acerto, portanto, quanto a este ponto: CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 283 .

contribui para o próprio resultado lesivo. Contudo, se a autonomia individual for um pré-requisito à autorresponsabilidade, tem-se um critério delimitador de sua aplicação. Não sendo assim, e tensionando o argumento ao extremo, toda conduta entendida como autorresponsável teria força para influir na delimitação do âmbito do tipo, pois que sinônimo de autonomia, e quanto a isso devemos uma explicação coerente diante do nosso fio condutor. Vejamos.

O que permite ao ser humano ser autorresponsável é justamente a *plenitude* da autonomia individual, expressão do exercício da sua liberdade, capaz de autodeterminar-se e responsável pelas consequências de sua conduta.⁶⁸² Por isso, e como se pretende demonstrar, a aplicação do princípio da autorresponsabilidade exige que se trate de conduta fundamentada na autonomia individual, sem quaisquer artifícios instrumentalizadores, o que afronta a dignidade inerente a todo ser humano, tornando a capacidade heurística de tal princípio um mero *slogan*.⁶⁸³

Ao voltar-se os olhos para o Direito Penal, ver-se-á que não é uma mera abstração dos juristas - portanto, não é uma simples técnica - mas, sim, a manifestação do mais profundo modo-de-ser com os outros, ao mesmo tempo limite e fundamento do “eu” com o “outro”, que da mesma maneira é fundamento e limite de todo poder organizado socialmente.⁶⁸⁴ Em verdade, o “eu” e o “outro” que restam pressupostos em tal compreensão do Direito e, particularmente, os que são chamados para tal visão do Direito Penal têm um radical onto-antropológico e não são estruturados em puras manifestações, “mais ou menos sólidas, mais ou menos consistentes, de dever”.⁶⁸⁵

⁶⁸² FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005.p. 226-227. Ver, ainda: MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 177-185.

⁶⁸³ Acerta Cancio Meliá ao expor que “lo cierto es que gran parte de las elaboraciones dogmáticas existentes que incluyen referencias de esta índole no construyen de modo expreso ‘su’ concepto de autorresponsabilidad, sino se limitan a enunciar un ‘principio de autorresponsabilidad’ como base de la solución dogmática propuesta.” Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 262 . Ver, ainda, sob diversas perspectivas: MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 167; FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 125. Na literatura nacional, contudo, sem maiores aprofundamentos sobre a autonomia como pressuposto à autorresponsabilidade: MARINHO, Renato Silvestre. **Princípio da autorresponsabilidade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2019, *passim*; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233-234.

⁶⁸⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 75-76.

⁶⁸⁵ “Não é que consideremos o ‘dever’ como um radical essencial para a compreensão do direito. Contudo, o ‘eu’ que ‘deve’, na compreensão que analisamos de modo crítico, só existe porque se confronta com um outro ‘eu’, tão descamado e invivido como aquele que lhe está em frente. [...] De sorte que o ‘eu’ aqui pressuposto mais não seja do que um ‘eu’ duplicado em imagem simétrica levada a cabo por um mero jogo de espelhos. Esse ‘eu’ não existe para o ‘outro’, não existe no ‘outro’. ‘Outro’ que não é – no nosso modo de ver as coisas – a simples cópia daquele primeiro ‘eu’. ‘Outro’ que é diferente, autônomo, irrepitível. Daí que a relação dialógica

Dito isso, com base na compreensão onto-antropológica do Direito Penal, deve-se rechaçar as propostas que funcionalizam por completo o conceito de autorresponsabilidade,⁶⁸⁶ sem levar em conta a essência da autorresponsabilidade, fundamentada na autonomia de seres humanos de carne-e-osso.⁶⁸⁷ Por isso, deve-se perguntar “o que é ‘autorresponsabilidade’” e não “para quê autorresponsabilidade”.

O a noção de autorresponsabilidade possui um sentido de ser: em princípio, o ordenamento jurídico – ao que parece – parte de modo implícito de que todos devem responder somente por seus próprios atos. Assim, é possível dizer que o *princípio da autorresponsabilidade* recebe sua delimitação em termos materiais pela *expressão do exercício pleno da autonomia*, com a consequência jurídico-penal da *atribuição de responsabilidade à esfera de manifestação autônoma do ofendido*,⁶⁸⁸ restando que a conduta

seja de contraste, de espessura, de vivência primeva, de um dado, de diferença no igual entre o ‘eu’ e o ‘outro’. Por tudo isto, se quiséssemos chegar a uma formulação, com tudo o que ela encerra de redutor, poderíamos ousar dizer: ‘Tu deves não só porque eu devo mas tu deves, sobretudo, porque eu, enquanto outro, também devo’. E mais. ‘Devemos’ porque em todos há a firme convicção de que os actos de quem quer que seja – ‘meus’ ou do ‘outro’, praticados por ‘mim’ contra ‘ele’ ou por ‘ele’ contra ‘mim’ – serão sempre valorados pelas mesmas regras e pelos mesmos princípios. De sorte que o reforço de uma isonomia na valoração dos actos humanos juridicamente relevantes faz com que a diferença se possa clara mas simultaneamente assumir como diferença e igualdade. A autonomia e a diferença do ‘outro’, para lá de ser a raiz da ‘minha própria’ identidade, é também a garantia real das ‘minhas’ autonomia e diferença.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 76-77.

⁶⁸⁶ Quanto a isso, ver: FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 125; DERKSEN, Roland. **Handeln auf eigene Gefahr**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 30-168 (citado por CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 275). Tanto a proposta de Frisch quanto a de Derksen possuem seus inconvenientes: primeiramente, nenhum dos dois autores é, em realidade, coerente com seu postulado de não introduzir nenhuma noção prévia ao sistema dogmático na construção da autorresponsabilidade e, em segundo lugar, a funcionalização radical da ideia de autorresponsabilidade conduz que suas respectivas propostas dogmáticas padeçam de certo déficit de diferenciação. Explica Cancio Meliá: “dentro de las innumerables constelaciones de casos en las que – hablando em términos fáctico-externos – de algún modo interviene la víctima, no se discriminan con claridad aquellos supuestos en los que es precisamente la autorresponsabilidad de la víctima la razón para determinado tratamiento dogmático de aquellos otros en los que la intervención de la víctima puede resultar relevante en virtud de otras razones no vinculadas a su carácter de titular del bien jurídico afectado.” Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001.p. 274-276.

⁶⁸⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 175, nota 97; FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 128, nota n.º 45-46; MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 106-107. Maiores detalhes, ver p. 61, n.º 281, 100, n.º 435.

⁶⁸⁸ A expressão “esfera de manifestação autônoma do ofendido” é um referencial que tem em conta o exercício da autonomia enquanto expressão do bem jurídico-penal liberdade que, para se manifestar em sua total plenitude, deve-se, antes, reconhecer que aos bens jurídico-penais é atribuída uma esfera de manifestação, um halo, i.e., um espaço que permite ao bem jurídico se expressar enquanto categoria dinâmica e que possui, portanto, uma capa protetora que lhe confere a tutela necessária ao seu dinamismo. Por isso, ao usufruir do bem jurídico-penal liberdade, é viável admitir que, para o exercício da autonomia enquanto expressão da liberdade, ao invés de atribuição de papéis ou âmbitos de organização vinculados às expectativas normativas e sociais, reconheça-se não uma esfera de responsabilidade – que não possui o conteúdo e densidade de um bem jurídico-penal digno de tutela – mas uma esfera de manifestação pessoal da autonomia derivada da expressão

do agente que a pratica, mesmo com aparência típica, não lhe será imputado o resultado, em face da autorresponsabilidade da vítima, i.e., do ofendido.

Desta forma, quando a vítima da ofensa intervém juntamente com um terceiro na atividade geradora do risco – com algumas exceções – este não deverá responder porque não pode ser responsabilizado pelo que foi realizado pela vítima/ofendido.⁶⁸⁹

Já no que toca à autorresponsabilidade como princípio de bloqueio ao paternalismo, impõe-se que o Estado não interfira na autonomia individual quando se tratar de conduta enquanto expressão da própria liberdade (no exercício pleno da autonomia), desde que não gere dano ao “outro”.⁶⁹⁰

Feitos tais esclarecimentos, pode-se avançar à análise da imputação objetiva e a respectiva aplicação do princípio da autorresponsabilidade, onde analisaremos, em especial, os casos envolvendo cooperação em autocolocação em perigo dolosa e heterocolocação em perigo consentida, sob o critério do denominado “alcance do tipo”.

4.2.1 Imputação Objetiva, Alcance do Tipo e o Princípio da Autorresponsabilidade

O alcance do tipo (também denominado âmbito do tipo),⁶⁹¹ perfaz uma função limitadora quanto aos critérios de imputação.⁶⁹² Contudo, a doutrina do âmbito de proteção da norma, na esteira do que preconiza Faria Costa, só ganha clareza quando se tem a ciência de

da liberdade do ofendido. Sobre isso, ver: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 162; FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 631, nota 150.

⁶⁸⁹ “Este principio de autorresponsabilidad sirve también como pauta de solución para fundamentar la impunidad de la intervención de aquellos entre varios sujetos que contribuyen causalmente a la comisión de una infracción penal que no cumplen los requisitos de la participación o autoría delictivas (es decir, el conjunto de problemas tratado bajo los rótulos ‘prohibición de regreso’/‘participación imprudente’/‘principio de confianza.’” Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001p. 278.

⁶⁹⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford, 1984. p. 4/85 (versão digital/ebook); FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism.” **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canada), v. 1, n. 1, 1971, p. 105–124; GREEN, Stuart P. Introduction: Feinberg's Moral Limits, and Beyond. **Buffalo Criminal Law Review**, Oakland (USA), v. 5, n. 1, 2001, p. 1–12; KLEINIG, John. Consent as a Defence in Criminal Law.” **ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, Baden-Baden (Alemanha), v. 65, n. 3, 1979, p. 329–346; DE MARNEFFE, Peter. Avoiding Paternalism. **Philosophy & Public Affairs**, New Jersey (USA), v. 34, n. 1, 2006, p. 68–94; PEDERSEN, Viki Møller Lyngby. Harm to Self or Others: On Central Non-Paternalistic Arguments. **Social Theory and Practice**, Tallahassee (USA), v. 45, n. 2, 2019, p. 287–305; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 177-185; BIRKS, David. Moral Status and the Wrongness of Paternalism. **Social Theory and Practice**, Miami (USA), v. 40, n. 3, 2014, p. 483–498.

⁶⁹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*). p. 232.

⁶⁹² FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 501.

que suas raízes estão fincadas na noção clássica de *ratio legis*.⁶⁹³ Isto porque, segundo o doutrinador lusitano, o problema que se coloca quanto ao alcance do tipo enquanto fim de proteção da norma é referente à interpretação, uma interpretação teleológica.⁶⁹⁴

Roxin ensina que realizado o perigo não compreendido no risco permitido ocorrerá, geralmente, a imputação ao tipo objetivo. Entretanto, é cada vez mais frequente a hipótese em que deixará de ocorrer a imputação quando, *in casu*, o alcance do tipo, o fim de proteção da norma inscrita no tipo (ou seja, da proibição de matar, p.ex.) não abarcar resultados da espécie do ocorrido, ou seja, quando o tipo não for determinado a evitar tais acontecimentos.⁶⁹⁵ Tal problemática é relevante em especial nos crimes culposos, contudo, se alguém provoca dolosamente uma lesão a bem jurídico, sem a guarida do risco permitido, é missão dos tipos penais proteger contra tais comportamentos, mas existem algumas exceções: cooperação em uma autocolocação dolosa em perigo, heterocolocação em perigo consentida e a imputação de um resultado a um âmbito de responsabilidade alheia.^{696,697}

O alcance do tipo (âmbito de proteção) representa, reiterar-se, um critério delimitador da imputação do *resultado* ao agente,⁶⁹⁸ configurando-se também como juízo para se alcançar a imputação objetiva.⁶⁹⁹

⁶⁹³ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 501.

⁶⁹⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

⁶⁹⁵ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 401.

⁶⁹⁶ Por razões metodológicas, abordaremos tão somente as exceções referentes às hipóteses de cooperação em autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida pela incidência do princípio da autorresponsabilidade, não restando espaço para a terceira delas, a atribuição à esfera de responsabilidade alheia.

⁶⁹⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 556, nota. nº 173.

⁶⁹⁸ “Em uma compreensão onto-antropológica do direito penal, construída a partir do ilícito, e não, certamente da pena, apreendemos a ofensividade como ressonância normativa de uma oscilação jurídico-penalmente desvaliosa da relação matricial de cuidado-de-perigo, de cuidado do eu para com o outro e do eu para comigo mesmo. Essa relação matricial, estruturante do modo de ser humano, é chamada indiretamente pela noção de ofensividade, pela noção de ofensa a bens jurídico-penais. A ofensividade torna-se, pois, uma categoria jurídica capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, absolutamente independente de outros centros de desvalor que possam a ela estar teleologicamente relacionados. A ofensividade ganha, dessa maneira, plena autonomia e, por decorrência, capacidade de fundamentação e delimitação do ilícito. O ilícito penal, neste contexto, é erigido a partir do desvalor que expressa o resultado jurídico, ou seja, a ofensa a bens jurídicos. (...) ao falar em um ilícito estabelecido a partir do resultado não estamos, em momento algum, negando outros níveis de valoração indispensáveis, como, v.g., o correspondente ao próprio desvalor da ação. Apenas buscamos salientar que é o desvalor do resultado como negação da intencionalidade normativa de um ilícito penal teleologicamente voltado à tutela de bens jurídicos, a pedra angular do ilícito e, se assim é, somente na sua presença é que falaremos em desvalor da ação, ou seja, uma coexistência necessária, mas que só se torna possível diante da preexistência do primeiro (...) Segundo o nosso modo de ver as coisas, o desvalor da ação tem relevância jurídico-penal apenas entre os fatos detentores de desvalor do resultado, dentre os fatos violadores de bens jurídico-penal.” Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76-77.

⁶⁹⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 507.

A seguir, passa-se aos casos de cooperação em uma autocolocação dolosa em perigo e heterocolocação em perigo consentida. Vejamos.

4.2.1.1 *Cooperação em uma autocolocação dolosa em perigo*

Ocorre quando um terceiro auxilia, instiga, facilita que outrem (eventual vítima/ofendido) se coloque em situação de perigo (proibido) voluntária e conscientemente,⁷⁰⁰ como, v.g., nos casos envolvendo participação em rachas: “B” convida “A” para uma disputa de motocicletas em alta velocidade, quando A acaba por se perder em uma curva fechada e colide frontalmente com uma árvore, vindo a óbito.⁷⁰¹ Pergunta-se: B responde pelo resultado “morte”, i.e., será responsabilizado por homicídio, ainda que culposos? Ainda, A, sem habilitação, mas com experiência na direção de veículos automotores, pede o carro de B emprestado para fazer um *test drive* em uma autoestrada, que entrega as chaves do veículo à A. A dirige em velocidade excessiva, perde o controle do veículo, capota e falece ainda no local. B responde pelo resultado “morte” de A?

O primeiro ponto que deve ser esclarecido é quanto verificação da autonomia plena do ofendido: nos singelos exemplos lançados, não há qualquer elemento que indique alguma situação de autonomia reduzida ou déficit de autonomia, portanto, pode-se dizer que A era plenamente autônomo. O problema se dá, diante dos pressupostos adotados, quanto à materialização da autorresponsabilidade: B e A, enquanto plenamente autônomos, ao se reconhecerem em reciprocidade através da intersubjetividade, seriam ambos responsáveis por

⁷⁰⁰Roxin exemplifica: “A aconselha a B que atravessasse um lago com gelo quebradiço. Se o leviano B, com consciência do perigo, vier a morrer, surgirá a pergunta quanto a se A deve responder por homicídio doloso ou culposos.” De acordo com Roxin, a resposta deverá ser negativa, uma vez que o Direito alemão não pune a participação em suicídio, ou seja, na conduta de matar-se dolosamente, e também na de autolesionar-se, é, em princípio, impunível. Logo, a contribuição para que alguém se ponha dolosamente em perigo não pode ter tratamento diverso. Roxin emprega o *argumentum a maiore ad minus*, ou seja, se a participação em suicídio/autolesões (maior) é impunível pelo ordenamento jurídico-penal alemão, a participação em autocolocação em perigo (menor) deve ter a mesma solução. Para Roxin, o fim de proteção da proibição do homicídio não abrange tais hipóteses, pois o alcance do tipo não se estende a tais resultados. ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 401-402. Ainda, D’Avila: Nos casos de autocolocação voluntária em risco, com vistas a um salvamento, como, v.g., no caso de A que acaba morrendo no intuito de salvar B, prestes a afogar-se, temos, novamente, uma causação impunível. B, apesar de causa da morte de A, não pode ser responsabilizado pela autocolocação voluntária em perigo, de cuja decisão sequer pode participar. O mesmo deve ser dito quando o resultado é decorrência da negativa da vítima em receber o auxílio devido. V.g., a vítima que, ferida por facadas, nega-se ao atendimento médico, fazendo com que o ferimento infeccione e venha a causar a sua morte. Nesse caso, a imputação do resultado morte também é afastada com base na autocolocação voluntária em perigo.” Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

⁷⁰¹ Exemplos análogos em: ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 401.

seus atos. Contudo, *A*, ao assumir a responsabilidade enquanto consequência inevitável do seu agir autônomo, se faz *autorresponsável* pelo resultado oriundo da expressão do seu exercício da liberdade de autodeterminação, tendo, como reflexo na delimitação do âmbito do tipo, a deslocação da responsabilidade de *B* à sua esfera de manifestação autônoma, i.e., afasta a imputação objetiva de *B* em razão do *princípio da autorresponsabilidade*.

Sendo assim, ambas as situações merecem a mesma solução, devendo ser excluída a tipicidade da conduta de *B* tanto na primeira quanto na segunda exemplificação, pois, mesmo em se tratando de hipóteses com nexos causal entre os acontecimentos, a ocorrência do risco proibido (clandestinidade da competição e perigo ao tráfego viário) com o consequente resultado morte, ainda não se trata de homicídio pelo fato de que o fim de proteção insculpido pelo tipo penal não abrange tais casos, ou seja, a proibição de não matar não é violada pela cooperação em autocolocação em perigo:⁷⁰² em privilégio à autonomia (da vontade),⁷⁰³ a *autorresponsabilidade* da vítima/ofendido afasta a imputação objetiva do resultado.⁷⁰⁴

Situação também explorada e analisada tanto em sede doutrinal quanto jurisprudencial é a venda/entrega de droga ao usuário ou dependente que, em razão de overdose, falece.⁷⁰⁵ Entretanto, como tal situação apresenta uma complexidade adicional - déficit de autonomia quanto à capacidade de autodeterminação -, a análise merece especial atenção: (i) usuário, plenamente autônomo, no exercício da liberdade de autodeterminação, é *autorresponsável*; (ii) dependente, em que pese exercer sua liberdade, não possui capacidade de

⁷⁰² ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 401.

⁷⁰³ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 202-204, D'AVILA, Fabio Roberto. **Covid-19, autorresponsabilidade e imputação objetiva**. p. 8. (Texto no prelo).

⁷⁰⁴ “O alcance do tipo (*Reichweite des Tatbestands*) não abrange as situações lançadas acima, pois o efeito protetivo da norma encontra seu limite na autorresponsabilidade da vítima.” ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 108-109.

⁷⁰⁵ Exemplo clássico é o caso em que *A* entrega a *B* heroína para consumo, sendo ambos conscientes do perigo existente. *B* injeta a droga e falece. Roxin explica que a simples entrega de tóxico já é severamente punida pela legislação de drogas alemã (§§29, 30, BtMG). No caso elencado, *A* criou um perigo não tolerado socialmente e tal perigo se realizou no resultado. Inicialmente, a jurisprudência alemã punia o autor por homicídio culposo, desconsiderando a questão da autocolocação em perigo. Em decisão de 1981, ficou determinado que “aquele que causar a morte de um viciado através da entrega de heroína é culpável por homicídio culposo, se sabe ou tem de contar que o viciado irá injetar o tóxico, e se sabia ou podia saber do perigo da substância entregue” (BGH NStZ 1981, 350). Porém tal posicionamento foi superado a partir das críticas feitas por Schünemann na decisão BGHSt 32, 262: “Autocolocações em perigo realizadas e queridas de modo responsável não se enquadram no tipo do delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco que conscientemente se corre realize-se em um resultado. Aquele que provoca, possibilita ou facilita uma tal autocolocação em perigo não é punível pelo delito de lesões corporais ou homicídio.” (BGHSt 32, 262, citada por ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 406). Ver, ainda: SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

autodeterminação em face de sua patologia, que lhe gera déficit de autonomia, não podendo ser considerado *autorresponsável*.

Como pode-se perceber, o problema que se coloca é quanto ao elemento *capacidade de autodeterminação*. Quanto ao usuário, a questão parece ter uma solução mais simples: em face de sua autorresponsabilidade, ainda que se coloquem problemas quanto ao comércio ilegal de drogas referente ao tráfico, bem como eventual vulnerabilidade individual que, como exposto no capítulo anterior,⁷⁰⁶ não seria fator suficiente a afetar a autonomia do traficante, logo, seria possível admitir a materialização da autorresponsabilidade, i.e., mediante o reconhecimento em reciprocidade pela intersubjetividade, ambos, traficante e usuário, seriam responsáveis por seus atos. Contudo, em face da *autorresponsabilidade* do usuário, a responsabilidade por eventual overdose não seria *opus* do traficante, mas o ônus do usuário em plena autonomia: o (eventual) resultado morte deve ser atribuído à esfera de manifestação autônoma do ofendido, ou seja, do usuário, afastando a imputação objetiva quanto ao traficante.

A situação é bem mais complexa quanto ao dependente de drogas, pois não sendo plenamente autônomo, não pode se afirmar sua responsabilidade, gerando problemas quanto à aplicação da autorresponsabilidade. Sendo uma questão de déficit de autonomia, em tese, não incidiria o princípio da autorresponsabilidade, pois o problema não possui uma solução similar ao caso do usuário, tampouco poderia se pensar em espécie de paternalismo moderado (orientado pela autonomia), tendo em vista tratar-se de uma problemática quanto à incapacidade de manifestar uma vontade válida, ainda que consciente dos prováveis riscos ao consumir a substância e tratando-se de bem jurídico-penal individual (integridade física) de livre disposição.⁷⁰⁷ Na realidade, poder-se-ia pensar, na linha do que se esposou quanto à materialização da autorresponsabilidade, um eventual reconhecimento em reciprocidade pela intersubjetividade, onde teríamos que admitir solução idêntica à situação do usuário. Mas, repita-se, é uma questão de capacidade e, admitir, pura e simplesmente, a inaplicabilidade da autorresponsabilidade para imputar objetivamente o resultado morte ao traficante seria, em primeira análise, precipitada, pois iria depender de indícios concretos acerca da incapacidade de autodeterminação do dependente. O caso teria solução diversa, talvez mais simples, se o traficante – sabendo do potencial da droga e explorando a condição do dependente enquanto indivíduo doente – lhe tivesse fornecido a substância sem qualquer informação acerca da

⁷⁰⁶ Ver p. 147, nota 647.

⁷⁰⁷ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 202-204.

lesividade do entorpecente apenas para aferir o lucro oriundo do tráfico, instrumentalizando o dependente e lhe apresentando a substância como se fosse “a mesma de sempre”.

Ainda, uma das maiores complicações quanto à cooperação em autocolocação em perigo dolosa se dá, frente ao nosso ordenamento jurídico-penal, com a questão do auxílio ao suicídio, posto que se comparado ao código penal alemão (§216, StGB),⁷⁰⁸ em que aquele que presta auxílio ao suicida é, em princípio, impunível. Contudo, tendo em vista que poderia tratar-se de uma situação que, de acordo com Faria Costa,⁷⁰⁹ não haveria relação, mas uma aniquilação da própria relação de cuidado do eu para consigo (e conseqüentemente, da relação de cuidado para com o ‘outro’), pois o suicida poderia instrumentalizar o “outro” enquanto um meio a atingir seu fim desejado, a própria morte.⁷¹⁰ Como o problema se enraíza na (im)punibilidade da autolesão e se acentua ainda mais pelo teor paternalista que envolve tal proibição, será devidamente enfrentada quando tratarmos da interferência do *ius puniendi* na autonomia em casos desta constelação, pois a categoria da autocolocação em perigo seria até mesmo prescindível (assim como a heterocolocação em situação de dano) porque, não sendo *relação* mas *aniquilação*, não deve ser valorada pelo ordenamento jurídico-penal.⁷¹¹

4.2.1.2 Heterocolocação em perigo consentida

Ocorre quando não é a própria pessoa (vítima) que se coloca dolosamente em perigo, mas aceita colocar-se em perigo por um terceiro, com consciência do risco.^{712,713} Roxin

⁷⁰⁸ Sobre isso, ver, p.ex.: JAKOBS, Günther. **Teoria da pena, suicídio e homicídio a pedido**. Barueri: Manole, 2003. p. 22-53

⁷⁰⁹ Faria Costa exemplifica a situação na qual um suicida, intencionalmente, se atira debaixo de um carro, instrumentalizando o motorista, concluindo que não há *relação*, mas aniquilação. Ver: FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 556, nota n.º 173. Tal ponto será retomado no item final do presente capítulo.

⁷¹⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 556, nota n.º 173.

⁷¹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 556, nota 173.

⁷¹² “La doctrina crítica ha intentado frecuentemente resolver estos casos a través de la figura del consentimiento, y no así mediante la figura de la imputación. Pero ello ya es imposible de construir en los casos que la víctima no está de acuerdo con la acción del autor antes de que sea realizada, sino que sólo luego de la acción del autor se expone a las consecuencias que surgen de ella. Además, no puede haber consentimiento justificante alguno en una acción de matar, como lo muestra la relevancia penal del homicidio cometido a pedido de la víctima. El ángulo de solución decisivo se encuentra en el reconocimiento político-criminal y víctima-dogmático, de que una protección de los bienes jurídicos frente a su titular no es posible ni conveniente a través del Derecho penal, de modo que las reglas de cuidado no persiguen el fin de impedir autolesiones de la víctima. Naturalmente, ello sólo es así cuando la víctima actúa libremente de un modo responsable y conoce la situación de peligro tan bien como el autor.” Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 88-89.

⁷¹³ No âmbito do direito penal médico e intervenções médicas consentidas, Siqueira enfatiza: “(...) o consentimento nada mais é do que um ato de disposição e/ou usufruto do próprio bem jurídico. Em razão disso, tem por objeto tanto a conduta quanto o resultado que dela decorre, já que ambos fazem parte do tipo objetivo.

colaciona os seguintes exemplos: a) (RGSt 57, 172): em meio a uma tempestade, o freguês quer que o condutor de um barco faça com ele a travessia do Rio Memel. Mesmo desaconselhado pelo condutor, o freguês insiste, corre o risco e vem a morrer afogado; b) o passageiro, que deseja chegar a tempo para um compromisso, ordena o condutor que ultrapasse a velocidade máxima permitida. Em razão da alta velocidade, ocorre um acidente, no qual o passageiro acaba morrendo; c) motorista embriagado ao ponto de não conseguir dirigir o veículo, atende ao pedido de um dos participantes da festa, permitindo que vá de carona em seu carro. O passageiro acaba morrendo em acidente causado pela embriaguez do motorista.⁷¹⁴

No caso da travessia do Memel, houve a absolvição pela jurisprudência alemã com base no argumento de que a infração do dever de cuidado depende das circunstâncias do caso concreto, devendo ter em conta o seguinte: "*el eventual asentimiento de personas totalmente responsables en el peligro claramente reconocido; motivo y finalidad de la empresa, así como la medida de la falta de cuidado y la magnitud del peligro*". A resposta que melhor resolve tais casos é baseada em dois critérios elaborados por Roxin: a) o dano deve ser consequência do risco ocorrido e não de fatos adicionais, e a pessoa posta em perigo deve possuir a mesma responsabilidade pela atuação em conjunto que aquele que o pôs em perigo; b) a vítima deve ter consciência do perigo em igual proporção daquele que a coloca na situação perigosa. Cumpridos estes pressupostos, afasta-se a imputação, pois a vítima conhece

No caso das intervenções médicas, o consentimento com a lesão (heterolesão consentida) abrange apenas as interferências necessárias e conhecidas no corpo e na liberdade do paciente, já que somente em relação a elas há um ato de usufruto/disposição por parte do paciente. O objeto do consentimento refere-se, destarte, aos resultados imediatamente vinculados à intervenção, como o corte na pele, a extração de tecidos e órgãos, a amputação do membro e tudo aquilo que for necessário para se chegar ao fim almejado (...) Contudo, toda intervenção médica traz consigo não apenas afetações necessárias, como também consideráveis riscos para a vida, o corpo ou a saúde do paciente, e, assim, pode ter por consequência efeitos secundários indesejados, ainda que o médico a execute de acordo com a *lex artis*. Nos casos em que um risco vem a se concretizar no resultado, como por exemplo quando o paciente se submete a uma arriscada cirurgia no cérebro e acaba falecendo em razão de complicações na intervenção, não é possível recorrer, quanto a esse resultado, à figura do consentimento. Isso porque aquele que aceita os riscos de uma intervenção, confiando num final feliz, não está consentido com o resultado lesivo indesejado, de sorte que um eventual insucesso não reflete um ato de disposição. Não obstante, se o paciente autorresponsavelmente se submete à intervenção, sabendo de seus riscos, haverá uma *heterocolocação em risco consentida*, que, na concepção aqui defendida, afasta a imputação. Com isso, se o resultado lesivo vier a se concretizar, ele não poderá ser imputado ao médico. Cf. SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 202. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Tradução de Augusto Assis. In: LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 129-151; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 358. Entendendo que o resultado não está vinculado ao consentimento enquanto elemento fulcral: MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 430.

⁷¹⁴ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 409-410.

o perigo e o aceita, assumindo o risco do resultado lesivo, resultando na atipicidade da conduta.^{715,716}

Outra situação comum referente à heterocolocação em perigo consentida se dá quando a “vítima” (A) mantém relações sexuais com alguém portador do vírus HIV (B),⁷¹⁷ sabendo do manifesto risco de contágio e sem preservativos, acaba por ser infectada e vem a óbito em virtude das complicações da síndrome da imunodeficiência. Pergunta-se se B responderia ou não pelo resultado morte, a título de homicídio culposo. Uma vez presentes os requisitos à validade de manifestação da vontade do ofendido (capacidade para consentir, consciência do perigo e livre disposição),⁷¹⁸ mesmo com nexo causal entre os fatos e, ainda que se possa dizer tratar-se de um risco não permitido, haverá a exclusão da imputação objetiva do resultado pela atipicidade da conduta.

4.2.1.3 Autorresponsabilidade e Imputação à Vítima: Cancio Meliá

Com algumas peculiaridades, o ordenamento jurídico-espanhol, ao consagrar o “*libre desarrollo de la personalidad*” enquanto fundamento da organização social, não poderia ser compreendido fora de um sistema no qual também esteja consagrado - implicitamente - a noção do cidadão como sujeito autônomo. Aliás, isso decorre diretamente do modelo de Estado e sociedade insculpido na base do ordenamento jurídico e deveria ser o ponto de referência da construção conceitual da dogmática jurídico penal.⁷¹⁹

⁷¹⁵ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006. p. 410.

⁷¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 88-89.

⁷¹⁷ “La figura jurídica de la coautoría del §25, párrafo 2, *no es aplicable por falta de tipicidad de la contribución prestada por la propia víctima*, y una autoría directa según el §25, párrafo 1, 2.^a alternativa, por dominio de la voluntad frente a un partner jurídico-penalmente inmaduro, o por dominio del conocimiento (para ser precisos, concurre una combinación de autoría directa y autoría mediata, puesto que el que infecta produce el resultado mediante la combinación de una acción propia y otra ajena dominada por el mismo). (...) el dominio del conocimiento concurre en todo caso cuando sólo el hombre de atrás, por superior conocimiento, y no el instrumento, actúa con dolo respecto a lesión del bien jurídico, y el legislador ha acogido inequívocamente este principio en StGB al haber limitado, en los §§26 y 27, la (sola) responsabilidad a título de partícipe a la cooperación en un hecho principal doloso. Resulta, pues, dogmáticamente claro que la falta de información al *partner sexual* acerca de la propia infección fundamenta una imputación del hecho a título de autoría, si sobre esa base cabe afirmar en el ya infectado el dolo de infectar y negarlo en su pareja.” Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 239.

⁷¹⁸ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 202-204, D’AVILA, Fabio Roberto. **Covid-19, autorresponsabilidade e imputação objetiva**. p. 8 . (Texto no prelo)

⁷¹⁹ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 29 .

Para Cancio Meliá, o núcleo duro da ideia de autorresponsabilidade seria delineado da seguinte maneira: *(i)* a todos os cidadãos corresponderia um âmbito de organização própria de seu âmbito vital;⁷²⁰ *(ii)* em princípio, também corresponderia a quem for titular de tal âmbito de auto-organização a responsabilidade pelos danos que possam derivar dessa organização própria.⁷²¹ Assim, para este autor, resulta que no termo “autorresponsabilidade” estariam fundidas ambas perspectivas: a “autonomia” e a “autorresponsabilidade” dela derivada.⁷²²

Reconhecendo a existência de um âmbito de responsabilidade preferente à vítima, oriundo de sua autonomia, o princípio da autorresponsabilidade, que deveria ser introduzido no tratamento dogmático da conduta da vítima, na visão de Cancio Meliá, são dissolvidos os dilemas referentes à política criminal que poderiam ser considerados na construção dogmática: portanto, não se trataria nem de ampliar o âmbito de punibilidade nem de desproteger a vítima, mas de articular mecanismos para a introdução da figura da vítima como sujeito responsável na discussão de fundo dogmático.⁷²³

⁷²⁰ A nomenclatura “âmbito de organização” proposta e elaborada por Cancio Meliá remete à teoria dos papéis de Jakobs, que entende que “ser persona significa tener que representar un papel (...)” Cf. JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona: en una teoría de un Derecho penal funcional**. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 62. Ainda, Cancio Meliá refere que o sentido objetivo (da teoria da imputação objetiva) “significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social.” Cf. CANCIO MELIÁ. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999. p. 70

⁷²¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 279.

⁷²² “En efecto, además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta conlleva, hay elementos que indican que al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuirse una posición especial. Si el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es inculpada de modo excepcional por normas especiales, parece entonces claro, en primer lugar, que queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. En este sentido, será el titular de esos bienes quien deba determinar cómo manejarlos. Como correlato de esa libertad de organización vital arriesgada, sin embargo, será también el titular que deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. La especial relación que une al titular con sus bienes también debe manifestarse, entonces, en segundo lugar – cuando junto al titular intervenga un tercero –, en que nadie puede responder antes que el titular de los daños que se puedan generar. Lo contrario implicaría privar al titular de su libertad de organización, e imponer a los demás un deber de tutela que, al no estar formulado de modo expreso, no existe. Para determinar si, interviniendo un tercero junto al titular, la situación de riesgo puede atribuirse a éste, parece evidente que adquirirá relevancia cuáles sean los términos de la interacción entre autor y víctima. En este sentido, la interacción entre ambos intervinientes queda determinada también – de modo constitutivo – por la condición de ambos como responsables preferentes de sus respectivos bienes, siempre que se trate de sujetos definidos como iguales y, por tanto, titulares de un ámbito propio de autoorganización. Entonces, cuando pueda ser atribuida la situación de riesgo en su conjunto, tanto en lo que se refiere a las aportaciones de uno (que puede ser, *ex post*, ‘víctima’, al lesionarse sus bienes) como de otro (que puede ser, *ex post*, ‘autor’, en cuanto que de una aportación causal suya deriva un resultado lesivo de los bienes del otro) al ejercicio de libertad de organización de su ámbito por parte del titular, ésta quedará dentro del ámbito de responsabilidad preferente del titular.” Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 279-280.

⁷²³ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 280-281.

Seria afoito, de acordo com Cancio Meliá, concluir que a determinação de imputação à vítima da ofensa seria um problema de justificação, o que não se mostraria correto, pois tal determinação afetaria de modo geral o que “é proibido” ou não, ou seja, tratar-se-ia de um problema de tipicidade, em especial ao tipo objetivo.⁷²⁴

Como consequência, somente poderia servir à noção de autorresponsabilidade, na esteira de Cancio Meliá, quando o contexto normativo efetivamente estiver orientado a garantir a liberdade frente a intromissões na esfera da vítima, pois, uma vez não reconhecida a autonomia de organização, a solução dogmática se afastaria da ideia de autorresponsabilidade.⁷²⁵ Para este autor, somente existiriam consequências jurídico-penais do princípio da autorresponsabilidade para a conduta do autor quando a atividade (arriscada) possa ser efetivamente atribuída à vítima, caso contrário, abre-se caminho à operacionalidade de outros institutos dogmáticos não específicos da intervenção da vítima, quando seu funcionamento responderá a bases diversas.⁷²⁶

De acordo com Cancio Meliá, o princípio da autorresponsabilidade possui como correlato dogmático a imputação à vítima, que se insere dentro da teoria da imputação objetiva, que é a que permite introduzir o âmbito de responsabilidade da vítima (de modo desligado do resultado) na determinação da tipicidade da conduta do autor. Assim, a explicação do eventual resultado lesivo/ofensivo como consequência de uma determinada configuração autônoma da vítima se perfaz como um dos fatores normativos que constituem a delimitação de âmbitos de responsabilidade dentro da tipicidade objetiva.⁷²⁷ Destarte, a

⁷²⁴ Neste sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 262; MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 167; FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 125. MARINHO, Renato Silvestre. **Princípio da autorresponsabilidade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2019, *passim*; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233-234; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 261 ; ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Tradução de Augusto Assis. In: LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 129-151; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 358; SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 70; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoría de la imputación objetiva**. México D.F.: Angel Editor, 2000. p. 7; GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2011. p. 127; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 61 .

⁷²⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 282.

⁷²⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001.

⁷²⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 301; MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005. p. 167; FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução

imputação à vítima excluiria a imputação objetiva, uma vez que a afiliação ao âmbito de responsabilidade da vítima, tomado enquanto processo normativo, pode ter um vínculo entre as condutas de autor e vítima, logo:

El sentido objetivo común creado por víctima y autor en su interacción, mediante su organización conjunta, al ser imputado al ámbito de responsabilidad de la víctima – que, por lo tanto, no es tal – impide que la aportación del autor pueda tener significado delictivo. Y esta eliminación de la imputación al autor se produce – todo lo dicho, en el ámbito de la imputación de la víctima – porque realmente se atribuye, se imputa el contexto de interacción a quien es responsable preferente, no tutorizado, de su configuración vital: la configuración vital que es asunto suyo en cuanto ejercicio de autonomía y que no puede ser asunto de otro cuando se trata de atribuir los costes-lesiones de esa configuración. En este sentido que puede decirse que la imputación a la víctima es una concreción del (genérico) principio de autorresponsabilidad (...)⁷²⁸

Partindo da perspectiva da imputação objetiva de Cancio Meliá, não faria sentido cindir idealmente a autodeterminação do substrato material do bem jurídico protegido em questão, pois quando efetivamente o sucesso corresponder ao exercício de autonomia do titular do bem jurídico não poderá haver um sucesso relevante a efeitos de imputação ao autor.⁷²⁹

Assim sendo, a conduta da vítima poderá constituir um fator normativo na delimitação de esferas de responsabilidade no marco do tipo objetivo. Em especial, quando em razão da conduta da vítima o eventual sucesso lesivo possa ser atribuído ao âmbito de responsabilidade preferente, i.e., imputação à vítima, restando que o comportamento do autor não poderá ser objetivamente imputável.⁷³⁰

de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 125. MARINHO, Renato Silvestre. **Princípio da autorresponsabilidade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2019, *passim*; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233-234; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 261; ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Tradução de Augusto Assis. *In*: LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 129-151; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 358; SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 70; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoría de la imputación objetiva**. México D.F.: Angel Editor, 2000. p. 7; GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2011. p. 127; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 61 .

⁷²⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 301-302.

⁷²⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 303.

⁷³⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 305; SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 70; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoría de la imputación objetiva**. México D.F.: Angel Editor, 2000. p. 42; GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e**

A imputação à vítima, segundo Cancio Meliá, deveria se configurar como uma instituição dogmática referente ao primeiro nível de imputação objetiva:⁷³¹ imputação do

imputação objetiva. São Paulo: RT, 2011. p. 127; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro.** São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 61 ss.

⁷³¹ Atualmente, diante das modernas formulações referentes à teoria da imputação objetiva, tem se levantado uma doutrina crítica quanto aos pressupostos originariamente formulados por Roxin – não que a formulação de Roxin seja impecável, mas comporta coerência com os postulados que aqui interessam –, em especial a proposta de Frisch e de Jakobs, assim como a de Cancio Meliá (estudada ao longo do texto). Quanto à teoria da conduta típica de Frisch, o elemento nuclear de sua concepção acerca da teoria do tipo reside no critério que permite determinar se um comportamento está ou não permitido baseado em uma ponderação de interesses: é o resultado básico da ponderação do mero interesse na ação e o interesse em conservar bens. (FRISCH, 2004, op. cit., p. 90-91.) Segundo este autor, tal ponderação deverá ser realizada tanto no tipo de delito culposo quanto no doloso, o que supõe a introdução neste segundo âmbito como requisito limitador a criação de um perigo, que só quando supera a medida do suportável/tolerável resulta desaprovado. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 71-74). Conforme a proposta de Frisch, esta análise deve ser levada a cabo em um procedimento composto de duas fases: (i) primeiramente, deve-se determinar se a desaprovação de determinadas condutas geradoras do risco/perigo se mostra como um meio idôneo, necessário e adequado à conservação de determinados bens; (ii) em segundo lugar, deve se constatar que para a manutenção da norma resulte necessário e adequado que diante das criações de risco desaprovadas se reaja através de uma pena. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 85). Através desta ponderação, a perigosidade tipicamente relevante da ação é o conceito nuclear que dá corpo ao primeiro nível sobre o qual se projetaria a imputação: o comportamento típico. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 90. Semelhanças em: RUDOLPHI, Hans-Joachim. *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal.* In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales.** Madrid: Tecnos, 1991. p. 86-87.) Frisch parte do mesmo ponto de partida daquelas aproximações vinculadas ao princípio do risco, ou seja, de que para que um resultado seja objetivamente imputável se faz necessário que este seja a concretização de um perigo objetivamente desaprovado, porém deixa de considerar este requisito como um exclusivo pressuposto da imputação de resultados: para Frisch, através de sua compreensão como qualidade específica da própria conduta o eleva à categoria de pedra angular da conduta típica. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 94-95). O perigo objetivamente desaprovado dá lugar à perigosidade tipicamente relevante da ação, passando-se, assim, da teoria da imputação objetiva de resultados à teoria da conduta típica. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 106-107) A partir desta constatação, Frisch reserva a expressão “imputação objetiva” de forma exclusiva à imputação do resultado nos delitos de resultado. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 99.) Para determinar o critério central da aptidão tipicamente relevante da conduta a produzir o resultado típico, Frisch opera sobre a base de parâmetros, reconhecidos por ele mesmo, como já sublinhados pela parte da doutrina vinculada ao princípio do risco: (i) primeiramente, há riscos idôneos à provocação em combinação com certas circunstâncias a ocorrência de resultados típicos que restam excluídos da esfera de modos de condutas proibidas por se tratar de riscos gerais à vida e riscos usuais à vida social; (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 107-108); (ii) em segundo lugar, a concretização dos princípios diretivos dos ordenamentos primários é um instrumento fundamental à determinação concreta dos riscos tolerados. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 107-108) Assim, a teoria da conduta típica de Frisch supõe uma redução da teoria da imputação objetiva de resultados à imputação do comportamento e, como consequência, à exigência de um perigo tipicamente desaprovado: a realização do risco desaprovado como exigência do tipo (objetivo) faltará quando no resultado se manifestar o risco residual consentido de certas ações ou certos riscos secundários não desaprovados. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 94) No que se refere à realização do risco, para Frisch não existe em realidade nenhum problema normativo relativo às exigências de realização, pois a questão

sobre se o curso causal realizado forma parte dos cursos pelos quais a conduta se faz desaprovada é prévio à realização do perigo (*ex ante*), pois afeta a mesma desaprovação da conduta. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 94) Portanto, a realização de risco, segundo Frisch, revela-se como um problema de prova fática. (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 94-95) Como consequência de sua elaboração teórica, para Frisch prescinde de utilidade prática um dos elementos mais empregados pela doutrina majoritária no enfrentamento da solução em determinados grupos de casos: o fim de proteção da norma (que é um critério de imputação objetiva do resultado). (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 81) Em uma perspectiva semelhante, com algumas peculiaridades, *vide*: WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991. p. 111-112. Já em Jakobs, os conteúdos da teoria da imputação objetiva se encontram estreitamente vinculados à ideia de que o sistema da teoria do delito deve tomar como ponto de partida a esfera de administração autônoma que corresponde ao cidadão, à pessoa. (JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Trad. de Enrique Peñarada Ramos *et al.* Madrid: Civitas, 1997, *passim*.) Para Jakobs, a teoria da imputação objetiva é um primeiro grande mecanismo de determinação de âmbitos de responsabilidade dentro da teoria do crime, que possibilita constatar quando uma conduta possui caráter (objetivamente) delitivo. Através da teoria da imputação objetiva, portanto, na opinião de Jakobs, se determina quando concorre uma expressão de sentido típica, que deve ser entendida como contrariedade à vigência da norma em questão. (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13 e 224-225.) Para Jakobs, a teoria da imputação objetiva é dividida em dois níveis: (i) qualificação do comportamento como típico (imputação objetiva do comportamento) e, (ii) a constatação – nos delitos de resultado – de que o resultado produzido resta explicado em razão do comportamento objetivamente imputável (imputação objetiva do resultado). No primeiro nível de imputação objetiva (imputação do comportamento), Jakobs sugere quatro institutos dogmáticos mediante os quais será estruturado o juízo de tipicidade: risco permitido, princípio da confiança, atuação a risco próprio da vítima e proibição de regresso. (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 243; JAKOBS, Günter. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Callegari. São Paulo: RT, 2010. p. 25.) O risco permitido é definido por Jakobs como o estado normal de interação, ou seja, como o *status quo* vigente de liberdades de atuação, desligado da ponderação de interesses que deu lugar ao seu estabelecimento, até o ponto em que muitos casos se trata de um mecanismo de constituição de uma certa configuração social aceita historicamente, i.e., é mais referente à identidade da sociedade do que a processos de ponderação. (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 243) O princípio da confiança opera quando existe a obrigação de ter em conta as falhas dos demais sujeitos também intervenientes em uma atividade com riscos inerentes (procedimento cirúrgico, p.ex.), e quando é possível confiar licitamente na responsabilidade dos demais sujeitos. (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, 253 .) Quanto à instituição da “atuação de risco próprio” ou “competência da vítima”, Jakobs peca por não aprofundar devidamente as referidas instituições dogmáticas, apresentando pontos pouco coerentes e um tanto quanto dispersos. (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 260 .) No que toca à proibição de regresso, a intenção (não declarada) de Jakobs é emplacar de modo sistemático a teoria da participação dentro da teoria da imputação objetiva. Desse modo, a proibição de regresso satisfaz a necessidade de limitação ao âmbito da participação punível, seja para comportamentos negligentes ou dolosos, baseado em critérios objetivo-normativos: assim, a proibição de regresso se mostra com o reverso da participação punível. (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 255 .) Diante do desenvolvimento alcançado pelo primeiro nível de imputação objetiva (imputação do comportamento), o segundo nível de imputação possui menor relevância na concepção de Jakobs, podendo ser resumida da seguinte maneira: para que o resultado seja típico, tal deve apresentar-se como decorrência do risco típico, i.e., na concorrência de vários riscos alternativos, só serve como explicação do resultado aquele risco cuja omissão pudera evitar de modo planejado o resultado. (JAKOBS, Günther.

comportamento⁷³² ou da conduta.⁷³³ Assim, quando o sucesso lesivo realizado conjuntamente é atribuído ao âmbito de responsabilidade da vítima, não caberia falar em tipicidade da conduta do autor.⁷³⁴

Para Cancio Meliá, a imputação da vítima não só deve ser diferenciada da imputação de resultados, senão que ainda dentro do primeiro nível da imputação objetiva - a constatação da tipicidade da conduta – que deve ser diferenciada de outros institutos. Portanto, o fator normativo da autorresponsabilidade da vítima adicionaria outro dado e diferencial ao juízo de imputação. Tal relação existe com base no fato de que muitos dos casos em que se introduz a questão da relevância da conduta da vítima constituem condutas que, em princípio – de não concorrer a conduta precisamente da vítima – estariam indubitavelmente dentro do âmbito do tipo:

Si, por ejemplo, em el caso de la competición de motocicletas, en la entrega de heroína o en el de la botella se hubiera visto afectado un tercero no interviniente en la interacción o un sujeto no responsable, nadie dudaría de que las correspondientes conductas deberían ser consideradas típicas.⁷³⁵

De acordo com Cancio Meliá, o certo é que o fato de que a conduta que – em princípio é típica – não o seja finalmente quando se tratar de uma contribuição da vítima, com base em que há muito casos nos quais se põe em perigo os bens da vítima e precisamente é impunível porque o outro interveniente é idêntico ao titular do bem jurídico: é assim que se concretizaria no plano dogmático a existência de um âmbito de responsabilidade preferente do titular de um bem jurídico.⁷³⁶

Se o caso envolver uma interação entre vítima e autor, de um caso em que se deverá examinar se pode produzir imputação à vítima – com a consequente ausência de imputação do

Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 269 .).

⁷³² Terminologia utilizada por Jakobs: JAKOBS, Günter. **A imputação objetiva no direito penal.** Tradução de André Callegari. São Paulo: RT, 2010. p. 89.

⁷³³ Terminologia utilizada por Mir Puig: MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal.** Barcelona: Ariel Editorial, 2004. §§10-48.

⁷³⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal.** Barcelona: Bosch, 2001. p. 306. Ver, ainda, JAKOBS, Günther. **Derecho Penal.** Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997B. p. 109; FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 76-148; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. **La imputación objetiva del resultado.** Madrid: Edersa, 1992. p. 365.

⁷³⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal.** Barcelona: Bosch, 2001. p. 308.

⁷³⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal.** Barcelona: Bosch, 2001. p. 309.

comportamento ao autor – deve-se superar a perspectiva unilateral do autor para situar-se no plano superior da interação entre vítima e autor, bem como se são aplicáveis critérios materiais distintos. Com isso, parece claro que para Cancio Meliá a relação que deverá manter a instituição dogmática da imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima com as demais instituições dogmáticas inseridas no primeiro nível de imputação objetiva é uma questão de especialidade, pois, com efeito, se se concebe a teoria da imputação objetiva como uma análise na qual se introduzem progressivamente determinados elementos do contexto, ao que parece, resta certo para este autor, que a introdução da figura da vítima, em razão de sua especificidade, deve ser posterior a instituições de caráter mais geral.⁷³⁷

No que toca aos limites da imputação à vítima, Cancio Meliá refere que nos casos onde a vítima apresentar *indícios concretos* de defeitos na responsabilidade, onde refuta a tese de recorrer aos requisitos à validade do consentimento,⁷³⁸ aceitando o recurso à analogia de aferição da imputabilidade jurídico-penal como modo de apontar os critérios de “responsabilidade da vítima”,⁷³⁹ já que parte da ideia de que a delimitação do âmbito de responsabilidade preferencial do titular do bem jurídico pressupõe que se trata de sujeito autônomo e, conseqüentemente, responsável.⁷⁴⁰

Cancio Meliá ainda refere outro critério de limitação, qual seja, defeito cognitivo.⁷⁴¹ O referido critério pode ser resumido a partir da noção de “erro”, i.e., a vítima foi enganada ou induzida ao erro pelo autor,⁷⁴² como, p.ex., um defeito acerca do real conhecimento da vítima em relação ao conteúdo daquilo que lhe é/foi informado a agir/omitir, o que, assim como o defeito na responsabilidade, afasta a imputação à vítima, não permitindo a aplicação do princípio da autorresponsabilidade.⁷⁴³

Contudo, em que pese os méritos da formulação elaborada por Cancio Meliá, em razão da compreensão que se tem acerca do fundamento, função e finalidade do Direito Penal de base onto-antropológica, há motivos para refutar alguns de seus propósitos e conceitos dentro

⁷³⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 310.

⁷³⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 358.

⁷³⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 360.

⁷⁴⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 360.

⁷⁴¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 368.

⁷⁴² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 369.

⁷⁴³ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 369-370.

da imputação objetiva e dos critérios formulados à operacionalidade do *princípio da autorresponsabilidade*.

Primeiramente, deve-se atentar para uma questão fundamental que já adiciona algumas incompatibilidades à compreensão onto-antropológica, pois Cancio Meliá parte de uma construção normativista em que remete o “âmbito de organização vital” nos moldes da teoria dos papéis de Jakobs, na qual “ser pessoa” significa cumprir um papel de acordo com as expectativas normativas, i.e., para ser considerado pessoa, deverá cumprir uma posição social padronizada, em confronto direto com o fio condutor que nos serve de âncora, pois compreende que o sentido objetivo da imputação objetiva é a concretização da norma conforme os padrões gerais de um sujeito em um determinado papel social. Explica-se.

Diante de uma fundamentação onto-antropológica do Direito Penal, na qual o modo-de-ser do homem tem sua essência no radical existencial do cuidado,⁷⁴⁴ o ser-no-mundo é sempre ser-com e, neste sentido, percebe-se que o indivíduo é constituído por uma instância autônoma (ser-aí), bem como por uma instância heterônoma (ser-com). O ser-aí, enquanto ser-no-mundo na abertura alcançada pela dimensão relacional do ser-com-os-outros, pode se manifestar de maneira autêntica ou inautêntica como possibilidade de oferecer (ou não) cuidado-para-com-o-outro enquanto forma de concretização da liberdade ontológico-existencial do homem como poder-ser (*existir é poder-ser*).⁷⁴⁵

Se isso é assim, o ser-aí não está limitado a padrões de papéis sociais a serem cumpridos partindo das expectativas normativas, mas através da abertura possibilitada pela conexão entre a liberdade e o cuidado: o ser-aí é manifestação dialógica de abertura, não de fechamento tal qual uma imposição de padronização de comportamento para ser considerado pessoa revela. Por isso, deve-se admitir não uma “esfera de organização” jakobiana ou, dentro da nossa crítica, “âmbito de organização”, mas uma *esfera de manifestação autônoma* do ser-aí para assumir a responsabilidade para consigo (ter-que-ser) nas suas possibilidades ônticas, sem esquecer da dimensão relacional de ser-com-os-outros. Afinal, só posso *ser* se, ao mesmo passo, reconhecer o outro como ser-aí-diferente já-sendo-no-mundo e, assim, não se trata de cumprir papel social com base na expectativa normativa para ser *pessoa*, mas do ser-aí, fundado no cuidado, existir, *poder-ser*.

⁷⁴⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45 ss.

⁷⁴⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49. Ver, ainda: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilíngue em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 535; STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2011. p. 67.

No que se refere à adesão de Cancio Meliá, para aferir se incide o princípio da autorresponsabilidade, dos requisitos à imputabilidade jurídico-penal, refutando os critérios de validade do consentimento, podemos indicar algumas objeções. Primeiramente, em privilégio à autonomia, não parece adequado utilizar como delimitação de aplicação do referido princípio tão somente a imputabilidade em detrimento do consentimento, pois o consentimento, em razão de expressar uma manifestação de vontade advinda da autonomia individual, também se mostraria apto à análise do princípio da autorresponsabilidade a partir do elemento *capacidade (de autodeterminação)*.

Ainda, ao partir de uma estrutura na qual compreende que o ordenamento jurídico-penal espanhol comporta, implicitamente, a noção de cidadão como autônomo e responsável, diferencia-se da concepção que adotamos acerca da autonomia, articulada em termos ontológico-relacionais,⁷⁴⁶ o que repercutirá, quanto a nós, na concretização do princípio da autorresponsabilidade, partindo dos elementos estruturais que permitem afirmar a plenitude da autonomia individual, ponto não aprofundado pelo autor, pois presume da autonomia a responsabilidade.

Como apontado no capítulo anterior,⁷⁴⁷ os elementos que compõe a autonomia em Direito Penal são: (i) *liberdade*; (ii) *capacidade de autodeterminação*, restando a consequência inevitável da (iii) *responsabilidade*, inerente a quem possui a plenitude de sua autonomia, que se materializa pela intersubjetividade orientada pelo princípio da reciprocidade. Sendo assim, como lançado linhas acima, o princípio da autorresponsabilidade, enquanto expressão do exercício da autonomia do ser-aí-com-os-outros, se concretiza, igualmente, através da intersubjetividade e reconhecimento em reciprocidade.

Muitos são os fatores que podem indicar alguma afetação na autonomia, entretanto, partindo dos elementos já referidos, podemos apontar as situações nas quais, não havendo um dos dois pilares estruturais (liberdade e capacidade de autodeterminação), não se pode afirmar que tais indivíduos são *plenamente autônomos*, onde não aplicar-se-ia o *princípio da autorresponsabilidade*. Vejamos.

Quanto à restrição de liberdade, dimensionada no seio da discursividade jurídico-penal, a pena privativa de liberdade apresenta-se como uma das formas mais drásticas de afetação da autonomia do sujeito condenado,⁷⁴⁸ logo, com autonomia reduzida, como

⁷⁴⁶ Ver p. 117 .

⁷⁴⁷ Ver p. 123 .

⁷⁴⁸ DUBBER, Markus D. Citizenship and Penal Law. **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Berkley (USA), v. 13, n. 2, University of California Press, 2010, p. 190–215, p. 191-193.

analisado no capítulo anterior, i.e., situações envolvendo *restrição de liberdade em razão da institucionalização*, como também se configura nas hipóteses de indivíduos portadores de doenças mentais em hospitais psiquiátricos.⁷⁴⁹

Já no que se refere à capacidade de autodeterminação, em se tratando de pessoa com déficit de autonomia em razão de doença mental (esquizofrenia ou dependência química, p.ex.), perturbação mental temporária (surto psicótico ou embriaguez acidental, p.ex.) ou, ainda, em qualquer das outras situações elencadas no capítulo anterior,⁷⁵⁰ não incidirá o princípio da autorresponsabilidade, pois, não podendo se afirmar a plenitude da autonomia em tais casos, resta que pessoas nessas condições não são autorresponsáveis.

4.3 PATERNALISMO E AUTOLESÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IM)PUNIBILIDADE DO AUXÍLIO AO SUICÍDIO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

De modo geral, o paternalismo direto se dá pela utilização de sanções penais com o fito de criminalizar condutas individuais daqueles que cometem autolesão ou tentam se autolesionar, com dois questionamentos fundamentais: (i) se a violência pelo *ius puniendi* pode ser convocada para impedir que alguém cometa autolesão; (ii) se o Direito Penal apresenta-se como meio adequado para esse fim.^{751,752} É por isso que tal problemática se diferencia do complexo paternalismo indireto, a saber: fazer uso do Direito Penal à proibição de comportamentos que auxiliam um outro, voluntária e dolosamente, se autolesionar.⁷⁵³ É exatamente nesse contexto que se insere o tipo penal inculcado no art. 122 do Código Penal ao proibir o auxílio, instigação ou facilitação ao suicídio.^{754,755}

⁷⁴⁹ Ver p. 153. Apenas para não incidir em mera repetição, em que pese tratem-se de situações nas quais há restrição de liberdade em face da institucionalização, a principal diferença é que, quanto a pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade não há, em princípio, déficit de autonomia, pois referente à ausência parcial ou total de capacidade de autodeterminação, situação na qual se encontram as pessoas institucionalizadas em hospitais psiquiátricos.

⁷⁵⁰ Ver p. 143.

⁷⁵¹ HANNA, Jason. Paternalism and Impairment, *Social Theory and Practice*, Miami (USA), v. 34, n. 3, p. 434-460, 2011.; DWORKIN, Gerald, Paternalism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/paternalism/>. Acesso em 09 set. 2021, p. 3-5; FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism.” *Canadian Journal of Philosophy*, Toronto (Canada), v. 1, n. 1, 1971, p. 105–124; FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque: Oxford, 1986. *E-book*.

⁷⁵² HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *RBCCrim*, São Paulo, n. 6, p. 11-28, 2007, p. 12.

⁷⁵³ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *RBCCrim*, São Paulo, n. 6, p. 11-28, 2007, p. 12-13.

⁷⁵⁴ Art. 122, CP: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.”

Hungria comentava à época que:

Pode-se continuar afirmando que o suicídio não é, de regra, um mero *fato*, ou um fato desprovido de cor ético-jurídica. O impulso que leva ao suicídio não exorbita da psicologia normal – o que não importa negar que, às vezes, é o gesto de um louco. E, assim, não há porque deixar de considerá-lo como ato merecedor de reprovação moral e do direito. Do direito, sim; porque o sacrifício da própria vida excede a atividade juridicamente lícita do indivíduo. O direito à vida está protegido por normas jurídicas: é uma entidade jurídica objetiva, desde que sobre ela pode incidir uma relação tutelável pela lei. Não sendo, nessa relação jurídica, separável o *sujeito* do *objeto*, fica este excluído do âmbito de disposição do seu titular. *Direito à vida* não quer dizer *direito de morrer*. Em cada vida humana insere-se uma função social, um interesse coletivo. A vida é *res extra commercium*, inalienável, irrenunciável por parte do indivíduo. Sendo inegável a antijuridicidade do suicídio, perfeitamente legítima é a incriminação da participação no suicídio, desprovido de qualquer valor, na espécie, o *consentimento* do *subjectum juris*.⁷⁵⁶

A citação acima colacionada já demonstra todo o repúdio que o suicídio recebeu, seja enquanto um ato imoral em razão da vida possuir uma *função social* (um *interesse coletivo*), seja da ordem jurídico-penal, que conferia o caráter de ilicitude ao ato suicida. A situação, em razão da alta complexidade, demanda um olhar cuidadoso para não desviarmos nosso percurso teórico que até o momento nos serviu de fio condutor. Vejamos.

São três os verbos nucleares do tipo: *induzir*, *instigar* ou *auxiliar*. De acordo com Hungria, é parca a diferença entre induzir e instigar: enquanto *induzir* significa “persuadir ou levar alguém a praticar algum ato”,⁷⁵⁷ *instigar*, além de possuir tal significado, encerra também o de “acaraçar um designio”.⁷⁵⁸ O induzimento requer uma iniciativa quanto à formação da vontade de outrem, já a *instigação* pode ter um teor secundário ou mesmo

⁷⁵⁵ “Com o predomínio do cristianismo, o suicídio foi terminantemente proibido como crime e pecado contra Deus. O Concílio de Aries (1452) declarou que o suicídio era um crime e não podia ser senão o efeito de um furor diabólico. O Concílio de Praga (1563) decretou, como sanção penal, que os suicidas ‘não seriam honrados com qualquer comemoração no santo sacrifício da missa e o canto dos salmos não acompanharia seus corpos à sepultura. O direito canônico equiparava o homicídio ao suicídio: ‘*Es vere homicida et reus homicidii cum se interfeciendo hominem interfecerit*’. (...) a legislação secular afeiçoou-se ao direito canônico. Segundo as Ordenações de São Luís, fazia-se processo ao cadáver do suicida, perante o juiz competente para conhecer dos homicídios, e seus bens eram confiscados. Em algumas cidades, o cadáver do suicida, segundo os estatutos, devia ser suspenso pelos pés e arrastado pelas ruas, com o rosto voltado para o chão. Os nobres, que se suicidassem, eram declarados plebeus, incorrendo em degradação: quebravam-se seus escudos, demoliam-se os seus castelos.” Cf. FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 224.

⁷⁵⁶ FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 231.

⁷⁵⁷ FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 232.

⁷⁵⁸ FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

acessório, de adesão e estímulo a um propósito já formado, com o objetivo de afastar qualquer hesitação ou perplexidade.⁷⁵⁹

No que se refere ao *auxílio*, é a participação material propriamente dita, ou seja, “é facilitar a execução de um ato”,⁷⁶⁰ fornecendo, por exemplo, o instrumento que será utilizado na execução do suicídio. Segundo Hungria, o auxílio sob análise é tomado no sentido de prestar *conscientemente* meios a fornecer a execução do suicídio, sem, contudo, confundir-se com esta: havendo cooperação direta no ato executivo do suicídio, o crime passa a ser o de homicídio.⁷⁶¹ Ainda, a prestação de auxílio pode ser comissiva ou omissiva, i.e., neste último caso, o crime só se apresenta quando houver o *dever jurídico* de impedir o suicídio (exemplo: pai deixa, propositadamente, que o filho menor, acusado de um fato desonroso, ponha termo à vida).⁷⁶² A condição de punibilidade da participação se dá com a consumação do suicídio, sendo impunível a mera tentativa, havendo duplicação da pena em caso de motivo egoístico e se a vítima for menor ou tiver diminuída a capacidade de resistência.⁷⁶³

Em uma rasa análise já é possível verificar alguns pontos importantes quanto aos desdobramentos oriundos da contradição evidente entre um ordenamento tal qual o nosso não proibir penalmente a prática da autolesão, pois expressão da autonomia enquanto exercício da liberdade e, indiretamente, definir que o comportamento de quem presta contribuição em um suicídio seja passível de sanções severas como as que o tipo legal comina. Contudo, o viés paternalista fica mais evidente ainda quando se estuda os comentários doutrinários sobre o tipo do art. 122, CP, como, v.g., compreender que o suicídio seria, inclusive, um fato juridicamente ilícito, ao ponto de justificar – indiretamente – pelo chamamento do art. 146, §3º, inc. II, CP, que declara não constituir crime de constrangimento ilegal a coação exercida para impedir suicídio.⁷⁶⁴

Como se sabe, o princípio do paternalismo busca responder três questões: quem são propriamente as pessoas objeto do paternalismo? Quais ações deveríamos prevenir as pessoas de fazer ou induzir que as façam? Quais deveriam ser nossos objetivos ao agir

⁷⁵⁹ FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 232.

⁷⁶⁰ FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

⁷⁶¹ FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 231.

⁷⁶² FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 231.

⁷⁶³ FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 236.

⁷⁶⁴ FRAGOSO, Cláudio Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 228

paternalistamente em relação a essas pessoas?⁷⁶⁵ Um princípio satisfatório também seria razoavelmente preciso na distinção adequada de casos inapropriados de paternalismo, e seria abrangente, falando para a maioria (se não todos) casos potenciais, incluindo o suicídio.⁷⁶⁶

Ocorre que considerar o suicídio *sempre* ou, na terminologia de Feinberg,⁷⁶⁷ *presumivelmente* um ato *irracional* acaba por reduzir a complexidade do tema e não ajuda na busca de soluções viáveis dentro de um ordenamento tal qual o brasileiro que pune, via paternalismo indireto, a participação em suicídio. Deve-se alertar que não buscamos apontar qualquer resolução definitiva, senão indicar a análise do art. 122, CP, à luz das circunstâncias que permitam a aplicação do princípio da autorresponsabilidade, ou seja, que se baseie em uma manifestação de vontade válida, na capacidade para consentir e com consciência dos riscos na mesma medida daquele que participa do ato.⁷⁶⁸

Considerando-se o suicida como um sujeito – ainda que temporariamente – irracional, Feinberg compreende que estaria autorizado o paternalismo puro/direto com base na *persons-mediating maximi*,⁷⁶⁹ ou seja, em se tratando de uma pessoa com a iminência de praticar um ato irreversível à sua saúde, seria função do paternalismo direto protegê-la para seu próprio bem.⁷⁷⁰ Mas o problema fica maior quando se trata do paternalismo indireto, como retro apontado, pois o que se proíbe não é mais o ato suicida em si, mas de um terceiro que

⁷⁶⁵ SOBLE, Alan. Paternalism, Liberal Theory, and Suicide. *Canadian Journal of Philosophy*, Toronto (Canadá), v. 12, n. 2, 1982, p. 335-52, p. 335.

⁷⁶⁶ “Society is deprived of the services of the injured party, and must also bear the more direct social costs of cleaning up, rescuing, retrieving, or repairing. If fifty thousand persons kill themselves every year by their own choice or through reckless disregard of their own safety, then millions of dollars of tax money are not paid to the treasury, millions of dollars are paid out in social security, and death benefits, millions more are spent on police teams, ambulances, and hospitals. Even the sanitation workers who sweep the debris and wash the blood off the roads are paid from public funds. Self-caused deaths and injuries, in the aggregate, are a considerable public inconvenience, at the very least. It must be a presupposition of the present discussion, however, that there is no necessity that public harm be caused in sufficient degree to implicate the harm principle whenever an individual deliberately injures himself or assumes a high risk of so doing.” Cf. FEINBERG, Joel. *Harm to self*. New York: Oxford, 1986. p. 508-513/6908. *Ebook*.

⁷⁶⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. New York: Oxford, 1986. p. 304/6908. *Ebook*; FEINBERG, Joel. Legal Paternalism.” *Canadian Journal of Philosophy*, Toronto (Canada), v. 1, n. 1, 1971, p. 105–124.

⁷⁶⁸ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal*. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 202-204, D’AVILA, Fabio Roberto. *Covid-19, autorresponsabilidade e imputação objetiva*. p. 8. (Texto no prelo); COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 358.

⁷⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Social Philosophy*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1973. p. 45-52; SOBLE, 1982, op. cit., 335-336.

⁷⁷⁰ VANDEVEER, Donald. Autonomy Respecting Paternalism. *Social Theory and Practice*, Miami (USA), v. 6, n. 2, 1980, p. 187–207, 189-192; HUSAK, Douglas N. Paternalism and Autonomy. *Philosophy & Public Affairs*, New Jersey (USA), v. 10, n. 1, 1981, p. 27–46, p. 29; ARNESON, Richard J. “Paternalism, Utility, And Fairness.” *Revue Internationale de Philosophie*, Bruxelles (Bélgica), v. 43, n. 170 (3), 1989, p. 409–437, p. 409 .

favorece no ato lesivo extremo, pois o paternalismo indireto passa por cima do consentimento.⁷⁷¹ Não é assim que vemos a questão.

É inegável que uma parcela significativa do suicídios ao redor do mundo é oriunda de alguma patologia mental, perturbação temporária ou mesmo a dor insuportável de uma doença incapaz de ser tratada, mas não se pode generalizar as situações como se todos os suicidas fossem, *presumivelmente*,⁷⁷² irracionais (basta lembrar de exemplos históricos clássicos como os de Sócrates e do ritual ‘harakiri’ dos guerreiros samurais) ou, ainda, involuntários, na medida em que se estivessem em seu estado “normal” (e de novo estaríamos nos vendo diante de uma padronização do particular) não agiriam de forma a partirem ao ato extremo do suicídio. Assim, o primeiro esclarecimento a ser feito é retirar a veste pejorativa que envolve o suicídio e o suicida como sendo *presumivelmente* irracionais e involuntários,^{773,774} readequando, de acordo com o caso concreto, ser expressão de autonomia plena (excepcionados os casos envolvendo pessoas com autonomia reduzida ou em déficit de autonomia).

Em uma análise jurídico-penal vertical, a primeira objeção contra a incriminação de autolesões advém do *princípio da ofensividade (nullum crimen sine iniuria)*, que também veda a incriminações de padrões de moralidade.⁷⁷⁵ Em segundo, como afirmar a legitimidade normativa de uma conduta que contribui para um ato que – manifestamente – não é criminalizado? Não seria o caso, então, de retornarmos aos retrógados pensamentos que compreendiam o suicídio como sendo um ato ilícito? Há alguma norma que disponha sobre o *dever de viver*?

⁷⁷¹ FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. p. 319/6908. *E-book*.

⁷⁷² SOBLE, Alan. Paternalism, Liberal Theory, and Suicide. **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canadá), vol. 12, no. 2, 1982. p. 343: “This presumption can, of course, be defeated, yet the point remains that the state has the burden of showing that a person, despite her reaching the age of majority, is not competent and is not to be allowed full use of her negative freedom. Therefore, when Feinberg says that the fact that a person intends to commit suicide creates the ‘powerful presumption’ that she is not competent, the bare fact of her intention is attributed with the ability to override three presumptions that already exist: the minority-majority presumption, the innocent-guilty presumption, and the burden of proof presumptions operating in insanity defenses.” Cf. SOBLE, Alan. Paternalism, Liberal Theory, and Suicide. **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canadá), vol. 12, no. 2, 1982. p. 343.

⁷⁷³ Existem situações que se encontram no limite entre interesses individuais e de terceiros, que Feinberg nomeia “limiar da guarnição”, oriundo de um exemplo que ilustra o problema em tela: uma comunidade foi invadida por colonos selvagens, capazes de utilizarem todos os meios para a conquista do território, restando como última proteção sua guarnição. Um membro de tal guarnição, cansado de tudo, resolve suicidar-se e diz que sua morte é problema somente seu. Com isso os outros membros praticam o suicídio, restando que, o suicídio, ainda que problema exclusivo da pessoa morta, torna-se problema também da comunidade. Cf. FEINBERG, Joel. **Harm to self**. p. 322/6908. *E-book*.

⁷⁷⁴ SOBLE, Alan. Paternalism, Liberal Theory, and Suicide. **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canadá), vol. 12, no. 2, 1982. p. 345,

⁷⁷⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66.

Vejamos a situação sob outro viés: ao invés dos clássicos exemplos onde a pessoa que comete o suicídio é instrumentalizada ou mesma induzida em erro (v.g., caso Sírius e do suicídio conjugal),⁷⁷⁶ pensemos na hipótese de um adulto *A*, plenamente autônomo, médico renomado em sua profissão, apaixonado por vôos de paraplanagem e com vasta experiência nesse tipo de atividade, já na faixa dos 60 anos, pai de família, com os filhos já adultos e com carreira profissional em progresso, é diagnosticado de uma doença irreversível e irá muito rapidamente padecer de dores insuportáveis, quando não conseguirá mais se alimentar e viver “dignamente”, resolve cometer suicídio, buscando uma morte digna. Informa seus familiares sobre sua condição de saúde e avisa que já viveu bem o suficiente para morrer de forma tão sofrida, tanto para ele, quanto para os seus próximos. Não tendo coragem suficiente para praticar suicídio por si só, roga a seu melhor amigo *B*, instrutor de paraplanagem, que lhe conceda um último desejo para, posteriormente, cometer suicídio com uma dose letal de morfina: um vôo sobre o Vale dos Sinos, região onde nasceu e foi criado. Informa ao amigo do seu desejo suicida e, para tanto, forja um plano: durante o vôo de paraplanagem e sabendo como se desatar das amarras sem pôr em perigo o amigo, irá se desamarrar das pregas de segurança para morrer em decorrência da queda livre. Os eventos se dão como planejado e, durante o vôo, apenas se despede do amigo, se livra das amarras e cai, falecendo. Questiona-se: incidirá o art. 122 do Código Penal? *B* auxiliou no suicídio?

Em uma rápida e descuidada análise, poder-se-ia afirmar que *B* prestou auxílio, mas, ainda assim, seria na modalidade culposa, não prevista pelo tipo ou, piorando a situação, como teria eventual dever de garante, responderia pelo tipo penal do art. 122 na modalidade dolosa. Nenhuma das respostas ajuda na procura por um caminho intermediário e, por isso, devemos esclarecer alguns pontos para atingirmos a compreensão diante do que foi exemplificado.

O que se passou no exemplo supra elencado foi justamente o inverso dos exemplos clássicos: o suicida não foi instrumentalizado, ao contrário, ele instrumentalizou *B* que, inclusive, sabia da intenção suicida do amigo, pois ciente da gravidade de sua doença, mas não prestou auxílio algum ao ato suicida, pois imaginava estar lhe concedendo uma última vontade em vida. Também não seria o caso de trabalharmos com as exceções oriundas da cooperação em autocolocação dolosa em perigo e heterocolocação em perigo consentida, pois que prescindíveis nas situações como a exemplificada. Explica-se.

⁷⁷⁶ Sobre o caso Sírius e do duplo suicídio conjugal, ver, detalhadamente: CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 369-370.

À luz dos pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa, na medida em que o suicida instrumentaliza quem lhe presta “auxílio”, aquele, além de aniquilar sua própria existência, aniquilou a *relatio*, ou seja, destruiu a relação de cuidado-de-perigo, pois o “outro” não entra na relação enquanto pessoa, mas como *res*, um instrumento para que se cumpra determinada finalidade (suicídio), não podendo ser convocado ao diálogo punitivo em razão do resultado morte, pois nunca esteve enquanto *relata*, mas como objeto. O resultado lhe é totalmente estranho e *A* queria, ao desprender-se das amarras de segurança, aprofundar tal coisificação e, quanto a isso, a ordem jurídico-penal nada teria a valorar: não se estabeleceu a *relação*.⁷⁷⁷

A destruiu a relação de cuidado para consigo mesmo e, assim, também destruiu a relação de cuidado para com os outros, contudo, do ponto de vista jurídico-penal, tal contexto é irrelevante. O suicida não perverteu a relação de cuidado-de-perigo, pois limitou-se em aniquilar-la e, assim, aniquilou-se, nadificou-se. Não se autocolocou em perigo. E se isso é verdade, não havendo relação, não há o pressuposto essencial para que se convoque e concretize o diálogo jurídico.⁷⁷⁸

Diante do que fora esposado,⁷⁷⁹ é possível aplicar o *princípio da autorresponsabilidade* para atribuir o resultado morte à esfera de manifestação autônoma do sujeito *A*, restando concluir pela atipicidade do fato exemplificado, não incidindo o tipo penal de participação em suicídio insculpido pelo art. 122, CP.

Diante do fio condutor que nos serviu de base durante toda a investigação, podemos afirmar que a análise acerca da (i)legitimidade, com o perdão do reducionismo, dependerá das circunstâncias do caso concreto. Contudo, é possível adiantarmos que, em tese, se tratando de pessoa plenamente autônoma, logo, *autorresponsável*, baseado-se em pedido sério que manifeste a validade da vontade (ainda que haja toda a polêmica em torno do bem jurídico vida ser ou não disponível) aliada aos requisitos do consentimento,^{780,781} a responsabilidade pelo

⁷⁷⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 556, nota n.º 173.

⁷⁷⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 557

⁷⁷⁹ Trata-se de um singelo exemplo como forma de desconstruir a incidência do tipo do 122 em face da aplicação do princípio da autorresponsabilidade

⁷⁸⁰ “Ao absoluto da vida contrapõe-se o absoluto de um ‘eu’ que assume a autodeterminação na plenitude de sua própria nadificação.” Cf. FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 133. Importante ressaltar que a referida citação colacionada é referente ao contexto da eutanásia trabalhado por Faria Costa, e apenas fazemos a referência como forma de demonstrar que não há um dever *absoluto* de viver.

⁷⁸¹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 202-204, D’AVILA, Fabio Roberto. **Covid-19, autorresponsabilidade e imputação objetiva**. p. 8 (Texto no prelo);

resultado ofensivo deverá ser deslocada à esfera de manifestação autônoma do ser-pessoa, pois o sujeito que decide em *plena autonomia* não pode ser compreendido como solipsista.⁷⁸²

Como visto nos capítulos anteriores, o homem é “cuidado”.⁷⁸³ Em razão da sua constituição ontológica de abertura, tem que lidar com seu “existir” e “ter-que-ser” (*poder-ser*) no mundo junto com os outros. Sabendo da sua finitude,⁷⁸⁴ se angustia e pode ser vulnerável quanto ao seu “existir”, ou seja, por sua inerente fragilidade (ser-de-cuidado e de perigo) pode acabar sendo “descuidado”, porém isso está sob sua responsabilidade. Responsabilidade que representa o ônus no exercício pleno da autonomia e permite afirmar que o ser-aí é, portanto, *autorresponsável*.

4.4 CONCLUSÕES PARCIAIS.

- a) O princípio da autorresponsabilidade tem pressuposto irrevogável a plenitude da autonomia, logo, para ser considerado autorresponsável deverá ter (i) liberdade, (ii) capacidade de autodeterminação e, conseqüentemente, (iii) responsabilidade;
- b) O princípio da autorresponsabilidade delimita-se materialmente como a *expressão do exercício pleno da autonomia*, ganhando significado jurídico-penal através da *atribuição de responsabilidade à esfera de manifestação autônoma do ofendido*, com operacionalidade no seio da Teoria da Imputação Objetiva do Resultado sob o critério do âmbito do tipo e como freio a tipos penais de matriz paternalista;
- c) O alcance do tipo (âmbito de proteção da norma) representa um critério delimitador da imputação do *resultado* ao agente, configurando-se também como juízo para se alcançar a imputação objetiva, tendo sua raiz na *ratio legis*, exigindo uma interpretação teleológica. Quando o resultado de determinado fato não for abarcado pelo fim de proteção da norma (*proibição de matar, v.g.*), exclui-se a

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 358.

⁷⁸² FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 128-129.

⁷⁸³ Ver p. 62 .

⁷⁸⁴ Vale lembrar que o ser-aí é finito e guiado pela temporalidade, um ser-para-a-morte, fundado no cuidado. Contudo, jamais irá atingir sua totalidade, pois experencia a morte do “outro”, porém nunca a sua. A morte é um existencial do ser-aí, sendo a possibilidade mais-própria e não-relativa, i.e., o ser-para-a-morte, enquanto poder-ser mais-próprio, em que o ser-aí está “em jogo”, no qual o modo-de-ser é o adiantar-se ele mesmo. Ver: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 715 .; PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura do Ser e Tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1993. p. 116. Ver, ainda, p.ex.: STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2011. p. 69; LOPARIC, Zeljko. **Ética e finitude**. São Paulo: Escuta, 2004. p. 61.

imputação do resultado ao agente. Casos envolvendo cooperação em autocolocação dolosa em perigo, assim como nas hipóteses de heterocolocação em perigo consentida, materializando-se a autorresponsabilidade pelo reconhecimento recíproco através da intersubjetividade, uma vez verificada a validade da manifestação de vontade (capacidade para consentir, conhecimento do perigo em igual medida que a outra parte e livre disposição), incide o princípio da autorresponsabilidade;

- d) Analisamos a proposta dogmática de Cancio Meliá quanto ao princípio da autorresponsabilidade pela semelhança entre o ordenamento jurídico-penal espanhol e o brasileiro em razão de punirem a participação em suicídio, que teria como correlato a imputação à vítima. Em que pese alguns acertos do autor espanhol quanto aos critérios de aplicação da autorresponsabilidade, rejeitamos sua proposta quanto a conferir um âmbito de organização fundamentado nos moldes da teoria dos papéis jakobsiana em que, para ser pessoa, deverá cumprir padrões comportamentais de expectativas normativas, em contradição com a fundamentação onto-antropológica que toma o homem enquanto cuidado, na qual o ser-aí, enquanto ser-no-mundo na qualidade de ser-com, é manifestação de abertura dialógica, não devendo às expectativas normativas padronizadas para ser considerado *pessoa*, pois, ao reconhecer o “outro” como ser-aí-diferente já-sendo-no-mundo, reconhece a si mesmo, porque fundado no cuidado: existir é *poder-ser*. Ainda, refutamos a proposta do autor espanhol de preterir os requisitos do consentimento (*locus da autonomia da vontade*) em face apenas dos critérios da imputabilidade, pois tratam-se de institutos vinculados ao elemento capacidade: quanto ao consentimento, *capacidade para consentir*; quanto à imputabilidade, *capacidade para se autodeterminar*. Por fim, como o autor presume da autonomia a responsabilidade como um conceito implícito dentro do ordenamento jurídico-penal espanhol, acaba não aprofundando a noção de autonomia *plena*, a qual articulamos a partir do ontologismo relacional de Faria Costa, enquanto base aos elementos estruturais que permitem afirmar a plenitude da autonomia e autorresponsabilidade;
- e) O paternalismo em relação ao tipo do art. 122 do CP se dá pela modalidade *impuro/indireto*, que tem como objeto não o sujeito que se autolesiona (*paternalismo puro/direto*), mas o terceiro que contribui no ato lesivo. É extremamente criticável do ponto de vista jurídico-penal punir com sanções

severas quem participa de um ato que sequer criminalizado é (suicídio não é crime, tampouco a tentativa, pois a autolesão é impunível no ordenamento nacional), gerando um problema incontornável na aplicação prática;

- f) Como vimos, o moralismo e a sacralidade da tutela jurídica em torno da vida indicam um *dever de viver*, o que nos obrigou explorar a situação a partir da inversão dos exemplos clássicos, i.e., ao invés do suicida ser instrumentalizado (por erro, v.g.), ele é o instrumentalizador e, se isso é assim, uma das vias alternativas para aplicar o princípio da autorresponsabilidade, à luz da ontologia relacional de Faria Costa, se dá quando o suicida instrumentaliza a outra parte da relação, situação na qual não podemos mais falar em relação, mas em aniquilação da relação de cuidado para consigo mesmo (suicida) e, por consequência, da relação de cuidado para com o outro. Contudo, não sendo relação, mas coisificação do agente ativo, as categorias de autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida são prescindíveis para solucionar casos desta espécie. Assim, em se tratando de indivíduo em plena autonomia que se utiliza do outro como meio para atingir seu fim suicida, aplica-se o princípio da autorresponsabilidade;
- g) Quanto à possibilidade de aplicação do princípio da autorresponsabilidade em outras situações, tudo dependerá das circunstâncias de cada caso em concreto, a ser verificado, em se tratando de (i) legitimidade da participação em suicídio, se houve manifestação de vontade baseada em pedido sério, somada aos requisitos do consentimento, situação em que a responsabilidade pelo resultado lesivo deverá ser deslocada para a *esfera de manifestação autônoma do ser-pessoa*, pois *autorresponsável*.

5 CONCLUSÃO

Em razão de toda a argumentação desenvolvida e articulada ao longo da investigação, é possível apontar as conclusões que seguem:

1. O Direito Penal encontra sua fundamentação na raiz onto-antropológica a partir da relação matricial e originária de cuidado-de-perigo, i.e., do cuidado do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro”, no qual permite-se caracterizar o crime como sendo a perversão dessa precisa relação de cuidado-de-perigo: trata-se de um fenômeno ético-social que é vinculado à noção de ofensa a bens jurídico-penais tutelados, pois referentes à função de proteção dos valores fundamentais reconhecidos comunitariamente quando dotados de dignidade penal e da respectiva necessidade protetiva, norteados pela fragmentariedade enquanto princípio da atividade legiferante.
2. O Direito Penal deve manter-se harmônico com a Carta Fundamental de 1988 a fim de que não se torne um instrumento autoritário e despótico e, para tanto, é função dos princípios jurídico-penais limitar a atuação do *ius puniendi* contra o arbítrio estatal nos moldes do Estado Democrático de Direito, que valoriza a pluralidade multicultural e proteção à diversidade étnica, tendo sua essência no princípio da liberdade e vinculação de exigência ao respeito pela dignidade humana, no qual o valor da liberdade individual, enquanto exercício da autonomia, reclama respeito, exigindo do Estado prescindir de regulamentações jurídicas quanto à religião ou ideologia.
3. Em Direito Penal, o conceito de ação se perfectibiliza a partir da realização do tipo de ilícito (*realização típica*); o tipo possui uma função de garantia (*tipo legal de crime*), matricialmente vinculado com o princípio da legalidade e representa um valor instrumental pertencente ao real-construído; o ilícito/ilicitude é o conteúdo material do tipo, i.e., só tem sentido quando estiver delineada pelo tipo, em que o desvalor da ação e do resultado, em razão de manifestarem a ofensa a bens jurídico-penais e vinculados com o princípio da ofensividade, devem ser apreendidos em sua totalidade porque não há primazia do desvalor da ação quanto ao desvalor de resultado, resultado que é a pedra angular do ilícito-típico; culpabilidade representa o juízo de censura do *ius puniendi* ao indivíduo que cometeu o ilícito-típico material praticado, tendo seu conteúdo material representado pela face negativa do cuidado como uma forma de concretização da liberdade individual (ontológico-existencial), ou seja, um *não-cuidado* para com o outro verificado pela prática do crime.

4. A liberdade no contexto jurídico-penal possui essência relacional (reconhecendo a liberdade do outro enquanto ser-aí-diferente, reconhece-se a própria liberdade) e um aparente paradoxo: para ser efetivamente livre, deve-se aceitar o “não” que nos é dado pelo Direito Penal enquanto instrumento legítimo à proibição de determinados comportamentos através da aplicação da pena justa. Assim, é possível afirmar que a liberdade é a manifestação de um estado de possibilidade que pode conformar um direito que, ao ser exercido, se concretiza de modo simultâneo pela aceitação do limite por cada membro de determinada comunidade, quando o “eu” reconhece o “outro” como livre em reciprocidade.

5. Não basta ser livre para ser responsável à luz dos pressupostos da ontologia relacional de Faria Costa, pois, para ser responsável, o indivíduo deve também ser autônomo na sua plenitude. Refutamos a compreensão de autonomia individual sob a perspectiva da ontologia tradicional da filosofia da consciência, pois resta imersa na razão subjetiva transcendental do dualismo sujeito-objeto. Também não adotamos uma compreensão estritamente política de autonomia com base no liberalismo político rawlsiano porque não leva em conta a faceta relacional que entendemos ser necessária à autonomia. Por isso, articulamos uma compreensão de autonomia com dimensão ético-social, relacional, ancorada no ontologismo regional de Faria Costa, ou seja: *autonomia é a expressão do exercício da liberdade de autodeterminação do ser-aí-com-os-outros tornando-se-, conseqüentemente, responsável*. Tal concepção ganha concretude mediante a intersubjetividade orientada pelo princípio da reciprocidade que rege as relações entre os homens.

6. Tal concepção se projeta em elementos estruturais componentes da autonomia individual em sua dimensão relacional para apontar sua plenitude e relação com o Direito Penal, a saber: (i) liberdade; (ii) capacidade de autodeterminação. Presentes ambos elementos, a consequência inevitável pela qual o indivíduo se faz plenamente autônomo é a responsabilidade, dividida em: (i) responsabilidade jurídico-penal, na qual o indivíduo que perverteu a relação de cuidado-de-perigo é considerado como responsável pelo ordenamento jurídico-penal e a finalidade da pena é contextualizada via responsabilidade e igualdade, sendo que o fundamento da punição - pena justa - recai sobre aquele que rompeu aquela precisa relação, nos moldes do neorretribucionismo; (ii) responsabilidade individual, ao contrário da responsabilidade jurídico-penal, limita-se à instância moral no âmbito das relações privadas, perante a qual o indivíduo se faz responsável por si (*ter-que-ser*) e por todos (*deixar os outros serem nas suas possibilidades ônticas*). Ausente um dos elementos basilares, haverá *autonomia reduzida* em se tratando de indivíduos em situações onde há restrição da liberdade (p.ex., em razão de institucionalização em face de pena de prisão); já

quanto a indivíduos incapazes em face de ausência parcial ou total de capacidade de autodeterminação, falar-se-á em *déficit de autonomia*.

7. Quanto à tomada de decisão em se tratando de indivíduos incapazes ou mesmo capazes – ainda que temporariamente sem condições de manifestar sua capacidade de autodeterminação em relação aos seus bens jurídicos individuais – seria admissível legitimar o *paternalismo orientado pela autonomia*. Entretanto, apesar de apresentar evidentes vantagens quanto à extensão da autonomia a tais indivíduos quanto ao consentimento, apresenta alguns problemas na repercussão da aplicabilidade do princípio da autorresponsabilidade, que tem como pressuposto a plenitude da autonomia e sua consequência inevitável: a responsabilidade.

8. O conteúdo da decisão pressupõe uma instância ética, que significa o perene traçar e riscar, viver e pisar na linha pela qual o indivíduo se faz responsável. Contudo, em que pese entendermos importante tal instância ética e mesmo tendo sido articulada a construção da autonomia individual em termos relacionais, o conteúdo decisional é jurídico-penalmente irrelevante. Em se tratando de decisões manifestamente irracionais, a fim de que se evite a atuação paternalista do Estado, a outra parte da relação poderá informar sobre os possíveis reflexos da decisão para que o sujeito reflita quanto às consequências para consigo e seus próximos, pois o homem não vive sozinho no mundo, pelo contrário, o ser-aí é ser-no-mundo, que é sempre ser-com.

9. O princípio da autorresponsabilidade tem como pressuposto irrevogável a plenitude da autonomia: para ser considerado autorresponsável deverá ter (i) liberdade, (ii) capacidade de autodeterminação e, (iii) responsabilidade, delimitando-se materialmente como a *expressão do exercício pleno da autonomia*, ganhando significado jurídico-penal através da *atribuição de responsabilidade à esfera de manifestação autônoma do ofendido*, com operacionalidade no seio da Teoria da Imputação Objetiva do Resultado sob o critério do âmbito do tipo e como freio a tipicidade penal de cunho paternalista.

10. O alcance do tipo (âmbito de proteção da norma) representa um critério delimitador da imputação do *resultado* ao agente, configurando-se também como juízo para se alcançar a imputação objetiva, tendo sua raiz na *ratio legis*, exigindo uma interpretação teleológica. Estando o resultado de determinado fato não abarcado pelo fim de proteção da norma (*proibição de matar, v.g.*), exclui-se a imputação do resultado ao agente. Situações que se referem à cooperação em autocolocação dolosa em perigo, bem como àquelas de heterocolocação em perigo consentida, materializando-se a autorresponsabilidade pelo reconhecimento recíproco através da intersubjetividade, uma vez verificada a validade da

manifestação de vontade (capacidade para consentir, conhecimento do perigo em igual medida que a outra parte e livre disposição), incide o princípio da autorresponsabilidade. Casos envolvendo indivíduos não-autônomos, i.e., sem autonomia plena, seja em razão de autonomia reduzida, seja em razão de déficit de autonomia (havendo indícios concretos), o princípio da autorresponsabilidade não se aplica.

11. Analisamos a proposta dogmática de Cancio Meliá quanto ao princípio da autorresponsabilidade pela semelhança entre o ordenamento jurídico-penal espanhol e o brasileiro em razão de punirem a participação em suicídio. Em que pese alguns acertos do autor espanhol quanto aos critérios de aplicação da autorresponsabilidade, refutamos quanto a três pontos fundamentais: (i) primeiramente, partindo de uma construção normativista que faz referência à terminologia jakobsiana quanto ao “âmbito de organização”, se mostra incompatível com a fundamentação onto-antropológica, pois o ser-aí não precisa cumprir padrões de comportamentos com base em expectativas normativas, porque enquanto ser-no-mundo, é sempre ser-com, manifestação de abertura, não de fechamento, porque existir é poder-ser; (ii) rejeitamos sua proposta de preterir os requisitos do consentimento (*locus da autonomia da vontade*) em face apenas dos critérios da imputabilidade, pois tratam-se de institutos vinculados ao elemento capacidade: seja *capacidade para consentir*, seja *capacidade para se autodeterminar*; (iii) ainda, como o autor parte da presunção da noção de cidadão autônomo e responsável enquanto implícito pelo ordenamento jurídico-penal espanhol, não aprofunda a noção de *autonomia plena*, a qual articulamos sob os pressupostos do ontologismo relacional de Faria Costa, enquanto base aos elementos estruturais que permitem afirmar a plenitude da autonomia e autorresponsabilidade.

12. O paternalismo em relação ao tipo do art. 122 do CP se dá pela modalidade *impuro/indireto*. O moralismo e a sacralidade da tutela jurídica em torno da vida indicam um *dever de viver*, o que nos obrigou a explorar a situação a partir da inversão dos exemplos clássicos, i.e., ao invés do suicida ser instrumentalizado (por erro, v.g.), ele é o instrumentalizador, via alternativa para aplicar o princípio da autorresponsabilidade, à luz da ontologia relacional de Faria Costa, situação na qual não podemos mais falar em relação, mas em aniquilação da relação de cuidado para consigo mesmo (suicida) e, por consequência, da relação de cuidado para com o outro. Contudo, não sendo relação, mas coisificação do “outro”, as categorias de autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida são desnecessárias para solucionar casos desta espécie. Nos demais casos, em se tratando de pessoa na plenitude de sua autonomia, se houver manifestação de vontade baseada em pedido

sério, somada aos requisitos do consentimento, a responsabilidade pelo resultado lesivo deverá ser deslocada à *esfera de manifestação autônoma do ofendido*, pois *autorresponsável*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: CEC, 1989.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Rogério da Silva. **O cuidado no Heidegger dos anos 20**. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.
- ALVES, Ângelo. “Ponto De Partida Da Ontologia: o Primeiro Princípio ‘o Ente é. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 52, n. 1/4, p. 27-53, 1996.
- AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, p. 94-104, 1991.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. 5. ed. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento *et al.* Porto Alegre: Artmed, 2014.
- ANGIONE, Francesco. Il principio di offensività. *In*: ANGIONE, Francesco *et al.* (org.). **Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1996. p. 113-119.
- ANJOS, Fernando Vernice dos. Drogas, redução de danos e imputação objetiva. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 23, n. 268, p. 9-10, 2015.
- ANTOLISEI, Francesco. **Manuali di Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 2001.
- APEL, Karl-Otto; NEVES, Jorge. Constituição do Sentido e Justificação da Validade. Heidegger e o Problema Da Filosofia Transcendental. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 45, n. 3, p. 413-461, 1989.
- ARNESON, Richard J. “Paternalism, Utility, And Fairness.” **Revue Internationale de Philosophie**, Bruxelles (Bélgica), v. 43, n. 170, p. 409-437, 1989.
- ARY, António. Ética e Direito: Que Diálogo? **Revista Portuguesa De Filosofia**, [s. l.], v. 70, n. 2/3, p. 539-552, 2014.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- AUGSBERG, Ino. “Materiale Wertethik Und Strafrechtsdogmatik: Zum Einfluß Der Lehren Max Schelers Und Nicolai Hartmanns Auf Die Deutsche Strafrechtswissenschaft.” **ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie**, Stuttgart (Alemanha), v. 89, n. 1, p. 53-74, 2003.

- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal**: Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BALDWIN, Roger N. Personal Liberty. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Columbia (USA) v. 185, p. 162-169, 1936.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e função dos princípios. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.
- BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Paulo Gama e Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMER, Franklin Le Van. **História do pensamento moderno europeu**: séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1977.
- BEATO, José Manuel. O Cuidado Como Virtude - Care as a Virtue: Um Diálogo Entre a Ética Das Virtudes e a Ética Do Cuidado. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 76, n. 1, p. 285-318, 2020.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James. **Principles of Biomedical Ethics**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2001.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- BECHARA, Ana Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.
- BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho penal**. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- BENFICA, Francisco Silveira. Os usuários de drogas injetáveis como um problema de saúde pública: uma nova abordagem para o direito. *In*: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (org.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 171-188.
- BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. *In*: BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BIRKS, David. Moral Status and the Wrongness of Paternalism. **Social Theory and Practice**, Miami (USA), v. 40, n. 3, p. 483-498, 2014.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. **El valor de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. Principio de autonomía. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (dir.). **Enciclopedia de bioderecho y bioética**. Granada: Comares, 2011. t. 1, a-h.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). HC 83.996-RJ. Rel. Min. Carlos Velloso. **DJe**, Brasília, DF, 26 ago, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF 130. Rel. Min. Carlos Britto. **DJe-208**, Brasília, DF, 30 de abril. de 2009.

BRICOLA, Franco. Crisi del Welfare State e sistema punitivo. In: CANESTRARI, Stefano; MELCHIONDA, Alessandro (org.). **Scritti di Diritto Penale: dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio**. Milano: Giuffrè, 1997. v. 1, t. 2.

BONICALZI, Sofia. Actions and Intentions. **Free Will, Causality, and Neuroscience** In: FELTZ Bernard. **Free Will, Causality, and Neuroscience**. vol. 338. Leiden: Brill, 2020. pp. 120–42.

BRITO, J. H. Silveira de; BRITO, Amélia Silveira de. A Autonomia Humana: Da Filosofia à Bioética Clínica. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 68, n. 4, p. 657-671 2012.

BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao Direito**. 3. ed. Coimbra: GestLegal, 2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1.

BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e Fundamentos Filosóficos: Compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico**. Curitiba: Juruá, 2017.

BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais. **RBCCrim**, São Paulo, ano 25, v. 127, p. 39-78, jan. 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015.

CALLAHAN, Daniel. Autonomy: A Moral Good, Not a Moral Obsession. **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 14, n. 5, p. 40-42, 1984.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective. **Buffalo Criminal Law Review**, Chicago (EUA), v. 7, n. 2, p. 513-550, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra, 2013.

CARTER, Ian. Positive and Negative Liberty. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. [S. l.; s. n.], 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/liberty-positive-negative/>. Acesso em: 10 set.2019.

CASADO, María (org.). **Sobre a dignidade e os princípios**: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. Tradução de Janáina de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António. As fontes do direito e o problema da positividade jurídica. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 51, p. 115-204, 1975.

CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – Ou as condições da emergência do direito como direito. **Digesta**. Coimbra, v. 3, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre o “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 74, p. 1-44, 1998.

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. Jovens em situações de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. **Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas**, São Paulo, n.º 116, jul-2002, pp. 143-158.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**. Campinas: LZN, 2005.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CHURCHILL, Larry R. Beneficence. **Encyclopedia of Bioethics**. 3. ed. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: uma aproximação. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2006.

CLOUSER, K. Bioethics. *In*: REICH, Warren. T., *et. al.* **Encyclopedia of bioethics**. New York: The Free Press; London: Collier MacMillan Publishers, 1978. p. 115-117.

CLOUSER, K.; GERT, B. A critique of principlialism. **Journal of Medicine and Philosophy**, New York, v. 15, n. 2, p. 219-236, 1990.

COÊLHO, Ana Flávia Viana Campello de Melo Bandeira *et. al.* Da ética principlialista para a bioética de intervenção: sua utilização na área da saúde. **Revista Tempus Actus Saúde Coletiva**, Brasília, DF, v. 7, n. 4, p. 239-253, 2013.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime. **RPCC**, Coimbra (Portugal), ano 2, v. 2, abr./jun. p. 173-209, 1992.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito Penal Médico**. Coimbra: Coimbra, 2008.

COSTA, António Martins da; BATISTA; Ricardo Barroso. Ética e Política Contemporânea: Ressonâncias Kantianas. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 75, n. 1, p. 13-16, 2019.

D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, n. 54, jul./set. p. 135-164, 2014.

D’AVILA, Fabio Roberto. **Covid-19, autorresponsabilidade e imputação objetiva**. pp. 8 e ss. (Texto no prelo).

D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 37, p. 83-98, abr./jun. 2010.

DARWALL, Stephen L. A Defense of the Kantian Interpretation. **Ethics**. Chicago (EUA), v. 86, n. 2, p. 164-170, 1976.

DE MENESES, Ramiro Délio Borges. Teoria da Ação Comunicativa e Pragmática em Jürgen Habermas: Sentido Axiológico-Ético. **Angelicum**, Roma (Itália), v. 88, n. 4, p. 1053-1071, 2011.

DOLCINI, Emilio. Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale. In: FIANDACA, Giovanni et al. (org.). **Itinerari di Diritto Penale alla svolta di fine millennio**. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 211-215.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **RPCC**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 151-198, 1994.

DOWNIE, R. S.; TELFER, Elizabeth. Autonomy. **The Journal of the Royal Institute of Philosophy**, London, v. 46, n. 178, p. 293-301, 1971.

DUBBER, Markus D. Citizenship and Penal Law. **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Berkley (USA), v. 13, n. 2, p. 190-215, 2010.

DUMAS, Camila Cristina de Oliverira; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Quando o paciente diz não**: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico-brasileiro. Biguiri: Boreal, 2017.

DURANT, Guy. **A Bioética: natureza, princípios, objetivos**. São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. [S. l.: s. n.], 2020. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/paternalism/>. Acesso em: 9 set. 2021.

DWORKIN, Gerald. "Can You Trust Autonomy?" **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 33, n. 2, p. 42-44, 2003.

DWORKIN, Gerald. "Can You Trust Autonomy?" **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 33, n. 2, p. 42-44, 2003.

DWORKIN, Gerald. Against Autonomy Response. **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 40, n. 5, p. 352-353, 2014.

DWORKIN, Gerald. Autonomy and Behavior Control. **The Hastings Center Report**, New York (USA), v. 6, n. 1, p. 23-28, 1976.

DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Chicago: Chicago University Press, 2004.

EKSTROM, Laura Waddell. A Coherence Theory of Autonomy. **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 53, n. 3, p. 599-616, 1993.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 1998.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

FADEN, Ruth. R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986.

FARIA COSTA, José Francisco de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou retorno à limpidez do essencial). **RPCC**, [s. l.], n. 12, p. 7, 2002.

FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005.

FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. (*Fragmenta iuris poenalis*).

FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York (USA), v. 17, n. 3, p. 383-397, 2014.

FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism.” **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canada), v. 1, n. 1, p. 105-124, 1971.

FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford, 1986. *E-book*.

FEINBERG, Joel. **Social Philosophy**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1973.

FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 378-379.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Teoria del diritto e della democrazia.** Bologna: SEPS, 2007.

FERREIRA DA CUNHA, Maria Conceição. **Constituição e crime.** Coimbra: Coimbra, 1992.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal parte geral: questões fundamentais à doutrina geral do crime.** São Paulo: RT, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra, 1997.

IORE, Carlo. Il principio di offensività. In: ANGIONE, Francesco *et al.* (org.). **Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali.** Milano: Giuffrè, 1996. p. 61-73.

FISCHER, John Martin. Responsibility And Autonomy: The Problem of Mission Creep. **Philosophical Issues**, Atascadero (USA), v. 22, p. 165-184, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal. Parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. **The Journal of Philosophy**, Waterbury (USA), v. 68, n. 1, 1971.

FRANKL, Viktor E. **Logoterapia e Análise Existencial.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

FRIEDMAN, Marilyn. Relational Autonomy and Individuality. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto (Canadá), v. 63, n. 2, p. 327-341, 2013.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França:** cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo, 1977:** Obras completas II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal.** Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.

GIBERT, Sophia H, *et al.* “Ethics of Patient Activation: Exploring Its Relation to Personal Responsibility, Autonomy and Health Disparities.” **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 43, n. 10, p. 670-675, 2017.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo:** o que a globalização está fazendo de nós. 2. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GILLIGAN, Carol. **In a different voice: Psychological theory and women’s development.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983.

GILLON, Raanan. “Defending the Four Principles Approach as a Good Basis for Good Medical Practice and Therefore for Good Medical Ethics.” **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 41, n. 1, p. 111-116, 2015.

GLENN, Andrea L.; RAINE, Adrian. **Psychopathy:** an introduction to biological findings and their implications. New York: New York University Press, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal.** Salvador: JusPodvum, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva.** São Paulo: RT, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Ed. RT, 2003.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no Direito Penal Médico. **Studia Juridica:** Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade (vol. 1), v. 108, p. 643-669, 2017.

GREEN, Stuart P. Introduction: Feinberg's Moral Limits, and Beyond. **Buffalo Criminal Law Review**, Oakland (USA), v. 5, n. 1, p. 1-12, 2001.

GRIFFITH, Meghan. Free Will and Modern Science. **Analysis**, Nottingham (UK) vol. 73, no. 1, Oxford University Press, 2013, pp. 168–176.

GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Vulneráveis. **Portal da Bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnera.html> Acesso em 30/05/2021

HABERMAS, Jürgen, McCARTHY, Thomas. Hannah Arendt's Communications Concept of Power. **Social Research**, Baltimore (USA), v. 44, n. 1, p. 3-24, 1977.

HABERMAS, Jürgen. **O pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen; REHG, William. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? **Political Theory**, London (UK), 29, n. 6, p. 766-781, 2001.

HANNA, Jason. Paternalism and Impairment, **Social Theory and Practice**, Miami (USA), v. 34, n. 3, p. 434-460, 2011.

HAREL, Alon. Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault. **California Law Review**, Berkley (EUA), v. 82, n. 5, p. 1181-1229, 1994.

HART, H. L. A. **Punishment and responsibility**: Essays in the Philosophy of Law. 2nd. ed. New York: Oxford University Press, 2009.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994.

HAYEK, Friedrich A. **The constitution of freedom**. London: Routledge & Kegan Paul, 1973.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Edição em alemão e português. Petrópolis: Vozes, 2012.

HEIDEGREN, Carl-Göran. “Recognition and Social Theory.” **Acta Sociologica**, London (UK), v. 47, n. 4, p. 365-373, 2004.

HENKIN, Louis. Privacy and Autonomy. **Columbia Law Review**, New York (USA), v. 74, n. 8, p. 1410–1433, 1974.

HILL JR., Thomas E. **Autonomy and self-respect**. New York: Cambridge University Press, 2000.

HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? **RBCrim**, São Paulo, n. 6, p. 11-28, 2007

HITTINGER, Russell. John Rawls, “Political Liberalism.” **The Review of Metaphysics**, Washington (USA), v. 47, n. 3, p. 585-602, 1994.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. “Hermenêutica e Direito: A Fenomenologia Hermenêutica Como Condição De Possibilidade Para Questionamento Do Direito.” **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 72, n. 2/3, p. 771-806, 2016.

HONNETH, Axel. Integrity and Disrespect: Principles of a Conception of Morality Based on the Theory of Recognition. **Political Theory**, London (UK), v. 20, n. 2, p. 187-201, 1992.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 1, t. 1.

HUSAK, Douglas N. Paternalism and Autonomy. **Philosophy & Public Affairs**, New Jersey (USA), v. 10, n. 1, p. 27-46, 1981.

HUTZ, Claudio S.; KOLLER, Silvia H.; BANDEIRA, Denise R. Resiliência e vulnerabilidade em crianças em situações de risco. In: KOLLER, Silvia Helena. **Coletâneas da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia**, Rio de Janeiro, n.º 12, 1996, p. 80-89.

IOSA, Juan. Libertad Negativa, Autonomía Personal Y Constitución: Negative Liberty, Personal Autonomy And Constitution. **Revista Chilena De Derecho**, Santiago (Chile), v. 44, n. 2, p. 495-518, 2017.

ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005.

JAÉN VALLEJO, Manuel. **El concepto de acción en la dogmática penal**. Madrid: Colex, 1994.

JAKOBS, Günter. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Callegari. São Paulo: RT, 2010.

JAKOBS, Günther. **¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** Tradução de Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity. **Buffalo Criminal Law Review**, Chicago (EUA), v. 7, n. 2, p. 491-511, 2004.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona**: en una teoría de un Derecho penal funcional. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1961.

JONAS, Hans. Responsibility Today: The Ethics of an Endangered Future. **Social Research**, Baltimore (USA), v. 43, n. 1, p. 77-97, 1976.

JONAS, Hans. Technology And Responsibility: Reflections on the New Tasks of Ethics. **Social Research**, Baltimore (USA), v. 40, n. 1, p. 31-54, 1973.

JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011.

KAUFMANN, Arthur. **Analogia y "Naturaleza de la cosa"**. Traducción de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1976.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELLER, Heidi. Psychological Autonomy and Hierarchical Relatedness as Organizers of Developmental Pathways. **Philosophical Transactions: Biological Sciences**, London (UK), v. 371, n. 1686, p. 1-9, 2016.

KEMP, Peter. Le fondement de l'éthique vu à travers l'éthique du siècle de Ricoeur. **Revue de Métaphysique et de Morale**, Paris (França), v. 2, 2006.

KEMP, Peter. Ricoeur between Heidegger and Lévinas: original affirmation between ontological attestation and ethical injunction. *In*: KAEMEV, Richard (ed.) Keamev (Ed.). **Paul Ricoeur: The Hermeneutics of Action**. London: Sage, 1996. p. 41-61.

KIRSTE, Stephan. "Das Menschenrecht Auf Demokratie." *In*: STEKELER-WEITHOFER, Pirmin; ZABEL, Benno. **Philosophie Der Republik**. Tübingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 2018.

KLEINIG, John. Paternalism and Personal Integrity. **Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy**, Sidney (Austrália), v. 27, p. 27-38, 1983.

KOGELMANN, Brian. Kant, Rawls, and the Possibility of Autonomy. **Social Theory and Practice**, Miami (USA), v. 45, n. 4, p. 613-635, 2019.

LIBET, Benjamin *et. al.* Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act. **Brain**, [s.l.], v. 106, 1983, pp. 623-642.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: FC Bridigiet, 1889.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. Análise das finalidades da pena nos crimes de tóxico: uma abordagem da criminalização do uso de entorpecentes à luz da prevenção geral positiva. *In*: REALE JÚNIOR, Miguel. **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPARIC, Zeljko. **Ética e finitude**. São Paulo: Escuta, 2004.

LOPARIC, Zeljko. **Sobre a responsabilidade**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOTZ, J. B. A Diferença Ontológica Em Kant, Hegel, Heidegger e Tomás De Aquino. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 33, n. 4, p. 270-284, 1977.

MACCALLUM JR., Gerald C. Negative and positive freedom. **The Philosophical Review**, v. 76, n. 3, p. 312-334, jul. 1967.

MACDOWEL, João A. **A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger**. São Paulo: Loyola, 1993.

MACHADO, Tomás Grings. Há algum espaço para a limitação do Direito Penal por meio do *harm to other principle*? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 29, v. 178, p. 171-212, abr. 2021.

MAHOWALD, M. B. Biomedical ethics: a precious youth. *In*: DEMARCA, J.; FOX, R. M. **New directions in ethics**. London: Routledge and Kegan Paul, 1986.

MANTOVANI, Ferrando. **Principi di Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 2002.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario. **El principio de confianza em derecho penal**: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad em la teoría de la imputación objetiva. 2007.

MARINHO, Renato Silvestre. **Princípio da autorresponsabilidade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2019.

MARINUCCI, Giorgio. **Il reato come “azione”**. Critica di un dogma. Milano: Giuffrè, 1971.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di Diritto Penale**: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1.

MARNEFFE, Peter de. Avoiding Paternalism. **Philosophy & Public Affairs**, New Jersey (USA), v. 34, n. 1, p. 68-94, 2006.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 2, set. p. 18-19, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. **La imputación objetiva del resultado**. Madrid: Edersa, 1992.

MARTINS, Carlos Estevam; MONTEIRO, João Paulo. Vida e obra. *In*: LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, 1962. t. 1.

McLEOD, Carolyn. How to Distinguish Autonomy from Integrity. **Canadian Journal of Philosophy**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 107-133, 2005.

MELE, Alfred. Free Will and Neuroscience: Decision Times and the Point of No Return. *In*: FELTZ Bernard. **Free Will, Causality, and Neuroscience**. vol. 338. Leiden: Brill, 2020. pp. 83–96.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2014.

MILLER, Bruce L. Autonomy. **Encyclopedia of Bioethics**. 3rd ed. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011. v. 1, A-C.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MOTA, Leonardo. **Dependência química e representações sociais: pecado, crime ou doença?** Curitiba: Juruá, 2009.

MOURA, Bruno de Oliveira. **Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa**. Coimbra: Coimbra, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005.

MURPHY, Jeffrie G. Legal Moralism and Retribution Revisited. **Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association**, v. 80, n. 2, p. 45-62, 2006.

MURPHY, Jeffrie G. Retribution. *In*: LUNA, Erik. **Reforming Criminal Justice**. Punishment, Incarceration, and Release. Arizona: The Academy of Justice, 2017. v. 4. p. 7-17.

MURPHY, Jeffrie G. The Killing of The Innocent. **The Monist**, v. 57, n. 4, p. 527-550, 1973.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia. Alguns problemas com a concepção dos Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação legislativa**, Brasília (DF), ano 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015.

NINO, Carlos S. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito**. Buenos Aires: Astrea, 1990.

NODARI, Paulo César; VICENTINI, Henrique. O conceito político de pessoa em Rawls. *In*: SOUZA, Draiton Gonzaga de; BRESOLIN, Keberson. **Filosofia e Direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 2018. p. 286-302.

NOYES, Arthur P. **Modern clinical psychiatry**. 3. ed. Philadelphia: W. B. Saunders, 1949.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: Parte geral**. São Paulo: RT, 2008.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas**. Genebra:OMS, 2004.

PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura do Ser e Tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1993.

PEDERSEN, Viki Møller Lyngby. Harm to Self or Others: On Central Non-Paternalistic Arguments. **Social Theory and Practice**, Tallahassee (USA), v. 45, n. 2, p. 287-305, 2019.

PEDRO, Ana Paula. Ética, moral, axiologia e valores: confusões e ambiguidades em torno de um conceito comum. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 130, p. 483-498, dez. 2014.

PERRY, Thomas D. Conceptual Revision in Ethics. **Ethics**, Chicago (USA), v. 78, n. 3, p. 199-213, 1968.

PERRY, Thomas D. Moral Autonomy and Reasonableness. **The Journal of Philosophy**, Oxford (UK), v. 65, n. 13, p. 383-401, 1968.

PESSINI, Léo. Introdução à edição brasileira. *In*: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

PITHAN, Livia Haygert *et. al.* Reflexões Bioéticas sobre a Ortotanásia no Direito Brasileiro. *In*: LOCH, Jussara de Azambuja; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. **Bioética na Atualidade**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014.

PÖGGLER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger**. Lisboa: Piaget, 1993.
PRIETO SANCHIS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

RADIN, Max. Fundamental Concepts of the Roman Law. **California Law Review**, Los Angeles, v. 12, n. 6, p. 481-495, 1924.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1971.

- RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.
- RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
- REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis**. São Paulo: RT, 2002.
- REICH, Warren. T., *et. al.* **Encyclopedia of bioethics**. New York: The Free Press; London: Collier MacMillan Publishers, 1978.
- REIS, Maurício Martin; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Os desafios da pluriversalidade para a interculturalidade: reflexões sobre hermenêutica, identidade e alteridade nas sociedades contemporâneas. *In*: SOUZA, Draiton Gonzaga de; BRESOLIN, Keberson. **Filosofia e Direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 2018. p. 260-280.
- RIBEIRO, Maurides de Melo. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 286, p. 5-7, 2016.
- RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RICŒUR, Paul. Le Concept De Responsabilité: Essai D'analyse Sémantique (1940). **Esprit**, Paris (França), v. 11, n. 206, p. 28-48, 1994.
- ROBERTS, Neil. "Recognition, Power, and Agency: The Recent Contributions of Axel Honneth to Critical Theory." **Political Theory**, London (UK), v. 37, n. 2, p. 296-309, 2009.
- ROBERTS, Neil. "Recognition, Power, and Agency: The Recent Contributions of Axel Honneth to Critical Theory." **Political Theory**, London (UK), v. 37, n. 2, p. 296-309, 2009.
- ROSS, Alf. **On law and justice**. Berkeley: University of California Press, 1959.
- ROSTBØLL, Christian F. Kantian Autonomy and Political Liberalism. **Social Theory and Practice**, Miami (EUA), v. 37, n. 3, p. 341-364, 2011.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Tradução de Augusto Assis. *In*: LEITE, Alair (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 129-151.

ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006.

RUBEN, David-Hillel. "John Searle's The Construction of Social Reality." **Philosophy and Phenomenological Research**, Providence (USA), v. 57, n. 2, p. 443-447, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991.

RUIVO, Marcelo Almeida. **Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. **RBCCRim**, São Paulo, ano 26, v. 17, p. 584-614, set. 2018.

SANMIGUEL, Francisco J. Laporta. Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos. *In*: MENDOZA BUERGO, Blanca. **Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas**. Madrid: Civitas, 2010. p. 19-35.

SANTOS, Jurarez Cirino. **Direito penal**. Parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Petrópolis: Vozes, 2005.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHULLHOFER, Stephen J. Criminal justice discretion as a regulatory system. **Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. 43, 1998.

SCHULLHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. **Yale Law Journal**, [s. l.], 1979.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-Based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code. **Buffalo Criminal Law Review**, Chicago (EUA), v. 7, n. 2, p. 551-582, 2004.

SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality**. London: Penguin Books, 1996.

SGRECCIA, Elio. **Manuale di Bioetica**. Fondamenti ed etica biomedica. Milano: Vita e Pensiero, 1994. v. 1.

SILVA ALBUQUERQUE, José Fábio da. “Weltanschauungen” e Modos-De-Ser Dos Entes Intramundanos: O Conteúdo Concreto Do ‘In-Der-Welt-Sein’ Do ‘Dasein.’ **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 68, n. 3, p. 461-481, 2012.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 607-630, 2003.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal**. 2019, 456 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

SNEDDON, Andrew. What's Wrong with Selling Yourself into Slavery? Paternalism and Deep Autonomy (¿Por Qué Está Mal Moralmente Venderse Uno Mismo Como Esclavo? Paternalismo y Autonomía Profunda).” **Crítica: Revista Hispanoamericana De Filosofía**, Cidade do México (México) v. 33, n. 98, p. 97-121, 2001.

SOBLE, Alan. Paternalism, Liberal Theory, and Suicide. **Canadian Journal of Philosophy**, Toronto (Canadá), v. 12, n. 2, p. 335-352, 1982.

SODELLI, Marcelo. A abordagem proibicionista em desconstrução: compreensão fenomenológica do uso de drogas. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n.3, p. 637-644, 2010.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uma breve reflexão sobre os elementos normativos negativos do tipo. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 549-559.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica (em)crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht**. Berlin, Boston: De Gruyter, 2011.

SZASZ, Thomas. **Nuestro derecho a las drogas**. Madrid: Anagrama, 1992.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAYLOR, Robert S. Kantian Personal Autonomy. **Political Theory**, Los Angeles (EUA), v. 33, n. 5, p. 602-628, 2005.

TOZZI COELHO, Gustavo. Uso de drogas à luz da compreensão onto-antropológica do Direito Penal. In: LOPES JR., Aury *et. al.* **Anais do 9º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2018.

TOZZI COELHO, Gustavo. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017.

TOZZI COELHO, Gustavo; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Uso de drogas e autonomia: limites jurídico-penais e bioéticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 126, p. 67-108, dez. 2016.

TUBBS JR., James B. **A handbook of bioethical terms**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2009.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Piaget, 1996.

VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomia e responsabilidade individual. In: CASADO, María (org.). **Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO**. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

VISKOVATOFF, Alex. “Searle, Rationality, and Social Reality.” **The American Journal of Economics and Sociology**, Medford (USA), v. 62, n. 1, p. 7-44, 2003.

WARDROPE, Alistair. Authenticity And Autonomy: Deep-Brain Stimulation. **Journal of Medical Ethics**, London (UK), v. 40, n. 8, p. 563-566, 2014.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência como critério de otimização da legitimidade do direito penal e seus desdobramentos em processo penal**. [S. l.: s. n.], 2013.

WEITHMAN, Paul. “Convergence and political autonomy.” **Public Affairs Quarterly**, Illinois (USA), v. 25, n. 4, p. 327-348, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traducción de Juan Bastos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Astrea, 1951.

WESSEL, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1976.

WODAK, Alex. Redução de danos e programas de troca de seringas. In: BASTOS, Francisco Inácio; MESQUITA, Fábio; MARQUES, Luiz Fernando (org.). **Troca de seringas: ciência, debate e saúde pública**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, Coordenação Nacional de DST e AIDS, 1998.

WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991.

WRIGTH, Ronald; MILLER, Marc. The screening/bargaining tradeoff. **Stanford Law Review**, [s. l.], v.29, n. 1, 2002.

ZAGALO-CARDOSO, J.A.; SILVA, António Sá da. A Ética do Cuidado à Luz da Fábula/Mito De Hígino e Da Tragédia Filoctetes, De Sófocles. **Revista Portuguesa De Filosofia**, Braga (Portugal), v. 66, n. 1, p. 81-88, 2010.

ZAIBERT, Leo. Uprootedness as (Cruel and Unusual) Punishment. **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Oakland (USA), v. 11, n. 3, p. 384-408, 2008.

ZANER, Richard M. The Phenomenon of Vulnerability in Clinical Encounters. **Human Studies**, Holanda, vol. 29, n. ° 03, set-2006, pp. 284-295.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br