

## A TUTELA PENAL DAS HETEROLESÕES CONSENTIDAS: O DEBATE SOBRE DISPONIBILIDADE DOS BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS

Lívia Cardoso Louzada<sup>1</sup>

### RESUMO

Esta pesquisa visa a examinar os limites da disponibilidade dos bens jurídicos e investigar a legitimidade das intervenções penais em casos de heterolesões consentidas. O problema reside no conflito entre duas orientações distintas: a primeira, dirigida por concepções paternalistas, nega a possibilidade de disposição de bens jurídicos e defende que as lesões praticadas por terceiros, mesmo com o consentimento do afetado, devem ser penalmente responsabilizadas. A segunda posição, por sua vez, adota a ideia de respeito à autonomia e defende a disponibilidade dos bens jurídicos individuais consoante a vontade autônoma do seu titular. Diante desse conflito, a pergunta que se pretende responder é se pode o indivíduo, dotado de autonomia, dispor de seus próprios bens jurídicos, renunciando à proteção exercida pelo direito penal. Para cumprir os objetivos traçados, foi utilizada a metodologia exploratória e bibliográfica, com abordagem lógico-dedutiva. Ao final, conclui-se pela ilegitimidade das normas penais paternalistas e defende-se a adoção de uma posição fundamentada no direito à autonomia e à autodeterminação.

**Palavras-chave:** Autonomia; Consentimento; Paternalismo; Cláusula dos Bons Costumes.

## THE CRIMINAL PROTECTION OF HETERO-CONSENTED HARM: THE DEBATE ON THE AVAILABILITY OF INDIVIDUAL LEGAL GOODS

### ABSTRACT

This research aims to examine the limits of the availability of legal goods and investigate the legitimacy of penal interventions in cases of consensual hetero-injuries. The problem lies in the conflict between two distinct orientations: the first, driven by paternalistic conceptions, denies the possibility of disposing of legal goods and argues that injuries caused by third parties, even with the consent of the affected party, should be criminally accountable. The second position, on the other hand, adopts the idea of respect for autonomy and advocates for the availability of individual legal goods according to the autonomous will of their owner. In the face of this conflict, the question to be answered is whether an individual, endowed with autonomy, can dispose of their own legal goods, renouncing the protection provided by criminal law. To achieve the outlined objectives, an exploratory and bibliographic methodology was used, with a logical-deductive approach. In conclusion, the illegitimacy of paternalistic penal norms is argued, and the adoption of a position based on the right to autonomy and self-determination is advocated.

**Keywords:** Autonomy; Consent; Paternalism; Good Conduct Clause.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Especialista em Direito e Processo Penal pela ABDConst. E-mail: [czlivia@outlook.com](mailto:czlivia@outlook.com).

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal, enquanto instrumento mais gravoso de restrição da liberdade individual, tem sua atuação condicionada à proteção dos bens jurídicos de maior relevância, mas não a todo custo. Definir os limites das intervenções estatais na esfera criminal, no entanto, não é uma tarefa simples.

Nos casos em que um indivíduo lesiona ou cria um perigo de lesão aos bens jurídicos de terceiro, não há qualquer dificuldade de se afirmar a legitimidade da tutela penal. Por outro lado, quando uma pessoa, de forma livre e consciente, decide abdicar dos seus próprios bens jurídicos, praticando ele mesmo uma autolesão ou consentimento com uma lesão provocada por terceiro, emerge-se o debate acerca da possibilidade de proteção jurídico-penal. Diante desse contexto, questiona-se: pode o indivíduo dispor dos seus bens jurídicos individuais e, assim, renunciar à proteção exercida pelo Estado?

O problema encontra-se no conflito entre duas orientações distintas. A primeira, arraigada em fundamentos paternalistas, defende a proteção absoluta dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, ainda que contra a vontade do seu titular, visando a promoção do seu “bem-estar” acima de tudo. A segunda, por outro lado, orientada pela ideia de respeito à autonomia e à autodeterminação, entende que cabe ao titular do bem jurídico decidir sobre a destinação do próprio bem, descartando, assim, a necessidade de atuação do direito penal na hipótese de uma autolesão ou de uma heterolesão consentida.

Nessa linha, a primeira corrente nega a possibilidade de disposição de bens jurídicos como a vida e/ou a integridade física. A segunda posição, por sua vez, compreende que o limite das intervenções jurídico-penais se encontra na autonomia do sujeito protegido e, por isso, possibilita a disponibilidade dos referidos bens diante da vontade autônoma do seu titular, desde que verificados os requisitos para a autodeterminação no caso concreto.

Ambos os entendimentos acarretam consequências dogmáticas significativamente distintas. A exemplo, imaginemos a hipótese em que o indivíduo **X**, a pedido do seu amigo **Y**, que pretendia fazer com que a sua ex-mulher reatasse o casamento ao vê-lo em um estado debilitado, desfere diversos socos por todo o corpo de **Y**, deixando-o gravemente ferido. Questiona-se: **X** deve ser responsabilizado a título de lesão corporal? A solução de um caso como esse dependerá da teoria adotada. Pode **Y** dispor de sua integridade física? É legítima a intervenção penal que visa criminalizar a conduta de **X**?

O presente artigo tem, portanto, o objetivo de examinar os limites da disponibilidade dos bens jurídicos e, simultaneamente, investigar a legitimidade das intervenções penais diante de heterolesões consentidas. Para cumprir os objetivos traçados, utiliza-se a metodologia exploratória e bibliográfica, com abordagem lógico-dedutiva. Inicialmente desenvolve-se um breve panorama a respeito do paternalismo jurídico; posteriormente, apresentam-se algumas noções sobre o tratamento dogmático tradicional das heterolesões consentidas pelo direito penal; depois, demonstra-se a ilegitimidade das intervenções jurídico-penais paternalistas; e, por fim, exterioriza-se uma tomada de posição.

## **2 QUESTÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O PATERNALISMO JURÍDICO**

A solução da problemática referente aos limites das intervenções jurídico-penais diante do consentimento do ofendido com uma lesão praticada por terceiro perpassa, fundamentalmente, pela discussão acerca da esfera de legitimidade do direito penal.

Conforme já adiantado, de um lado, as correntes fundadas em ideias paternalistas defendem a proteção dos bens jurídicos em prol do “bem-estar” do seu titular, independentemente da sua vontade. De outro, parte da literatura questiona até que ponto seria legítimo limitar o direito dos indivíduos a decidirem autonomamente.

Nesse sentido, cumpre, a princípio, estabelecer algumas noções preliminares a respeito do paternalismo jurídico-penal e de suas consequências para a fundamentação e estruturação do tratamento dogmático tradicional das heterolesões consentidas.

### **2.1 O paternalismo jurídico-penal**

Originado do latim *pater*, o paternalismo exprime a ideia de domínio sobre a liberdade de outrem em prol do seu “bem-estar” (Dworkin, 2012, p.9). O paternalista age acreditando saber mais sobre o que é melhor para o sujeito do que ele próprio, tratando-o como uma criança e desprezando a sua vontade em prol da sua proteção (Estellita, 2007, p.334). De acordo com Martinelli (2010, p. 88), são cinco as principais características do paternalismo:

- (a) um comportamento, positivo ou negativo, no sentido de informar ou obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo;
- (b) falta de confiança de quem age em relação à capacidade de alguém;
- (c) segurança suficiente sobre aquilo que se entende ser

melhor a alguém; (d) contrariedade à vontade de alguém; (e) objetivo, final ou não, de promover ou evitar um mal.

No âmbito jurídico, o paternalismo legal compreende-se como “uma estrutura de domínio ou autoridade patriarcal em que o indivíduo é tratado como criança pelo Estado, impondo, assim, um padrão de conduta baseado em valores a fim de promover o seu bem, desprezando sua vontade” (Siqueira, 2019, p.47). É o caso, por exemplo, da obrigação geral de uso de capacete por motociclistas e do cinto de segurança por motoristas.

No direito penal, as intervenções paternalistas manifestam-se pela interferência do Estado na liberdade individual mediante proibições a comportamentos lesivos e/ou perigosos, visando proteger os indivíduos de suas próprias escolhas autorreferenciais (Santos; Martinelli, 2017, p.191), sejam essas autolesões, autocolocações em perigo, heterocolocações em perigo consentidas ou heterolesões consentidas (Siqueira, 2019, p.48).

Compreendidas as características gerais de uma intervenção jurídico-penal paternalista, talvez um primeiro leitor possa questionar de que modo seria possível legitimar esse tipo de norma no contexto de um Estado Democrático-liberal, no qual se estabelece a máxima da subsidiariedade no direito penal subsidiário. Isso porque, como já adiantado, o direito penal é o instrumento mais gravoso de proteção dos bens jurídicos, razão pela qual só se justifica no exato limite de sua necessidade. Seria possível, então, justificar a aplicação da tutela penal quando o próprio titular abre mão do seu bem jurídico protegido? Existem situações em que o paternalismo jurídico-penal é legítimo? Antes de responder tais questionamentos, contudo, é necessário diferenciar duas das principais espécies de paternalismo jurídico.

## **2.2 O paternalismo leve, moderado e rígido**

O paternalismo leve (*soft paternalism*) ou moderado refere-se à proteção de indivíduos vulneráveis em relação a danos externos em razão da existência de déficits em sua autonomia (Schünemann, 2013, p.91). Em outras palavras, trata-se de situações em que a autonomia do sujeito se mostra prejudicada, por ausência de capacidade, liberdade ou de informação. A exemplo, têm-se os casos de perturbação psíquica, coação ou menoridade do afetado. Por tais razões, o *soft paternalismo*, também chamado de presumidamente não censurável, de acordo com uma parcela da doutrina, não chega a ser, de fato, um paternalismo. Nessa hipótese de paternalismo, a restrição da liberdade, por meio da

intervenção penal, é legítima, pois não há como respeitar a autonomia de alguém que não possui a irrestrita capacidade de atuar autonomamente (Siqueira, 2019, p. 47).

De modo contrário, quando a pessoa protegida é dotada de autonomia - sujeito capaz, livre e informado - a proteção estatal por meio do direito penal não se justifica mais em um paternalismo moderado, mas sim em um paternalismo rígido (*hard paternalism*), também conhecido como presumidamente censurável ou como paternalismo duro. O paternalismo rígido impõe a proteção de indivíduos capazes de hierarquizar os seus próprios bens jurídicos, desprezando, para isso, suas vontades e desejos particulares em prol do seu “bem-estar” (Greco; Kasecker, 2018, p.136). Dito de outro modo, ao se adotar, no plano jurídico, normas dirigidas por um paternalismo rígido, “viabiliza-se a restrição da liberdade dos indivíduos tutelados pelo Estado, por meio de coerções e/ou proibições que visem à proteção de indivíduos autônomos de suas próprias escolhas” (Barroso; Martel, 2010, p.260).

Com efeito, se o paternalismo moderado é justificado no *déficit* de autonomia do sujeito protegido, questiona-se: o legitimaria uma intervenção fundada em um paternalismo rígido? Segundo uma posição tradicional e ainda muito presente na doutrina brasileira, justificam-se tais intervenções na indisponibilidade dos bens jurídicos (Santiago Nino, 2007, p.211). Segundo essa lógica, o direito penal possui legitimidade para atuar na proteção do cidadão, mesmo contra a sua vontade, quando o bem jurídico protegido for considerado indisponível; do contrário, isto é, tratando-se de um bem disponível, é autorizado ao indivíduo - desde que dotado de autonomia - prescindir da tutela estatal (Martinelli, 2010, p.116). Para os bens tidos como disponíveis, a proteção penal será justificada somente na presença de *déficits* de autonomia,

Realizado este breve panorama a respeito do paternalismo jurídico-penal, passa-se à análise da posição doutrinária tradicional a respeito do tratamento jurídico-penal das heterolesões consentidas e, por conseguinte, da possibilidade de disposição de bens jurídicos individuais.

### **3 A POSIÇÃO TRADICIONAL SOBRE TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DAS HETEROLESÕES CONSENTIDAS**

Verificamos até então que, sob a perspectiva de um paternalismo leve ou moderado, a aplicação do direito penal justifica-se no *déficit* de autonomia do sujeito protegido. Se não há consentimento válido em lesão praticada por terceiro, portanto, não há dúvidas quanto à

legitimidade das intervenções jurídico-penais. No entanto, é possível questionar se há, de fato, fundamentos para utilização da tutela penal para proteger indivíduos autônomos de suas próprias escolhas lesivas e autorreferenciais.

Na doutrina<sup>2</sup> e jurisprudência<sup>3</sup> pátria tradicional prevalece a ideia de reconhecimento da existência de bens jurídicos indisponíveis, sendo aqueles dos quais o seu titular não pode dispor em razão da sua essencialidade à natureza humana (Minahim, 2008, p.227). Segundo a posição clássica, a aplicação do direito penal será legítima e justificada nos casos de heterolesões consentidas quando o bem jurídico afetado for indisponível, pois, nessa situação, não é autorizado ao titular abdicar do referido bem e, conseqüentemente, da proteção estatal.

Por tal razão, procedimentos como a eutanásia e a morte assistida, por exemplo, não são admitidos, pois a vida é, segundo a doutrina, um bem indisponível, com proteção de caráter absoluto. Um pai que deseja doar um órgão vital para salvar a vida do filho, do mesmo modo, estaria impedido, pois, se o órgão é essencial para a manutenção da vida, não é possível abrir mão dele. Vê-se, portanto, uma vez que no direito penal “a possibilidade de renúncia ao direito de tutela de um bem é tradicionalmente limitada pela distinção estabelecida entre bens jurídicos disponíveis e indisponíveis” (Minahim, 2015, p.59), que o bem jurídico tem papel fundamental na fixação do objeto da criminalização de uma conduta.

### **3.1 A indisponibilidade dos bens jurídicos**

A necessária racionalização do exercício da força e do poder punitivo só pode ser alcançada na medida em que os limites da tutela penal estejam seguramente delimitados. Tomando essa premissa como válida, faz-se necessário indagar não apenas quais bens jurídicos merecem a proteção do direito penal, mas, especialmente, em que circunstâncias eles devem ser protegidos.

Seguindo a lógica da doutrina tradicional, as normas paternalistas são legítimas na medida da indisponibilidade do jurídico protegido. Essas normas, como já explicado, visam o “bem-estar” do beneficiário, ainda que contra a sua vontade autônoma. Diante disso, é de se questionar: o que significa “bem-estar”? O que está sendo protegido, afinal? Existem duas correntes distintas a respeito dessa temática.

---

<sup>2</sup> Nesse entendimento, Cf. HUNGRIA, 1953; NUCCI, 2019; BITENCOURT, 2020; DAMÁSIO, 2020; GONÇALVES, 2019; CABETTE, 2012.

<sup>3</sup> No sentido de reconhecimento de bens jurídicos como indisponíveis, cf. STF, RE 248869/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 07 de agosto de 2003.

Sob a ótica subjetivista, a autonomia confere ao indivíduo o poder de decidir autonomamente de acordo com seus desejos, valores e preferências particulares. Seguindo essa lógica, ninguém sabe mais sobre o que é melhor para si do que o próprio indivíduo. Nessa linha, não se legitima a intervenção do Estado nas decisões autorreferenciais dos seus tutelados, devendo aquele respeitar e preservar a autonomia pessoal. Somente nos casos em que haja um déficit de autonomia o direito penal será legítimo para intervir (Martinelli, 2010, p.70).

De acordo com o enfoque objetivo, posição tradicionalmente adotada no Brasil, o conteúdo do “bem-estar” é estabelecido previamente, levando em conta os interesses da coletividade (Santiago Nino, 2007, p.211). Essa posição, portanto, é pautada na noção de valores pré-estabelecidos, os quais visam garantir o bem-estar social (Martinelli, 2010, p.70). Os interesses da coletividade, nessa perspectiva, devem sempre prevalecer diante de conflitos com as preferências individuais.

Para a corrente objetiva, também é possível estabelecer previamente quais bens são indisponíveis e, por conseguinte, estão protegidos pela tutela penal independentemente da vontade do seu titular. Seguindo essa lógica, afirmava Hungria (1958, p.269) que “só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico renunciável ou disponível, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos restritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça”.

É nesse sentido que a grande maioria dos autores brasileiros defende a ideia da absoluta intangibilidade da vida<sup>4</sup>. Em relação à integridade física, entendem-na como parcialmente disponível<sup>5</sup>. O problema, contudo, situa-se em determinar os parâmetros para definir concretamente os bens que estão acobertados por essa alegada indisponibilidade e a literatura, em regra, recorre ao argumento da natureza do bem jurídico.

Em partes, a doutrina tradicional define e justifica a indisponibilidade dos bens jurídicos com base na necessidade de proteção dos indivíduos de si mesmos. Implica dizer que, o bem jurídico será indisponível quando for considerado fundamental para o usufruto dos demais - como, por exemplo, é o caso do bem jurídico vida (Siqueira, 2019, p.223).

Outra perspectiva utilizada para fundamentar a indisponibilidade dos bens jurídicos pauta-se nos interesses da sociedade. Nessa linha, o bem jurídico apresenta uma dimensão coletiva, de modo que aquele bem que for essencial à natureza humana será considerado

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, Cf. Bitencourt, 2016, p.150.; Figueiredo Dias, 2007, p.479; Minahim, 2008, p.226.

<sup>5</sup> Cf. Bitencourt, 2020; Damásio, 2020; Nucci, 2019.

indisponível (Minahim, 2008, p.227). Justifica-se, assim, que a vida é intangível porque “sua perda atinge a toda a sociedade e aos que estão próximos à vítima” (Reale, 2013, p.174).

Por fim, uma terceira corrente fundamenta a indisponibilidade na garantia da autonomia futura do seu titular. Dito de outro modo, bens jurídicos, tais como a vida, que são essenciais ao exercício da autonomia futura do indivíduo, são indisponíveis e, portanto, não estão aptos a disposição do seu titular. É nesse sentido que Martinelli (2015, p. 251) afirma que “o Estado liberal não deve permitir a ninguém abrir mãos de sua autonomia”, porquanto faz-se necessário “preservar a autonomia para o futuro como meio de se manter o próprio Estado liberal”.

Independentemente da posição adotada, o que fica evidente é que a vida, tradicionalmente, é concebida na doutrina brasileira como um bem jurídico indisponível. A integridade física, por sua vez, é tida como parcialmente disponível pelos bons costumes, conforme será melhor abordado adiante (item 3.3).

### **3.2 O tratamento jurídico-penal tradicional do consentimento em heterolesões**

No que se refere ao tratamento dogmático conferido pelas correntes tradicionais com fundamentos paternalistas, em primeiro lugar, tem-se que são raras as intervenções que têm por base um paternalismo direto, isto é, que visam sancionar aqueles que lesionam unicamente a sua própria pessoa (Schünemann, 2013, p.91). Um exemplo de paternalismo direto é o art. 28 da Lei.11.343/06, que pune o porte e a aquisição de drogas para uso pessoal. Fora do âmbito penal, pode ser citada a obrigação geral do uso de cinto de segurança nos veículos ou de uso de capacete pelos motociclistas (Schünemann, 2013, p.91). São normas, portanto, que punem o próprio indivíduo que se visa proteger.

Por outro lado, a tutela penal por meio de normas arraigadas em um paternalismo indireto objetiva a proteção às lesões externas as quais o próprio beneficiário consente (Schünemann, 2013, p.91). Sob esta ótica, cabe ao Estado impor comportamentos que visam o bem-estar de um terceiro, seja para (i) evitar que este pratique uma autolesão por influência ou auxílio de outrem; ou, ainda, para (ii) evitar que o sujeito consinta com uma heterolesão.

No primeiro caso, um exemplo clássico é a criminalização da participação em suicídio, prevista no art. 122 do Código Penal, na qual se pretende evitar que a vítima pratique uma autolesão e, para isso, não se pune a própria vítima por razões político-criminais, mas se pune aquele que contribui para o resultado, auxiliando, instigando ou induzindo a vítima a

cometer o suicídio. Na segunda hipótese, as normas visam evitar que o terceiro consinta com uma heterolesão. É o caso de, por exemplo, proibir que alguém mate ou provoque lesões corporais em terceiro, ainda que a seu pedido.

Nessa perspectiva, entende-se que o consentimento no direito penal pode acarretar duas consequências distintas, as quais os dualistas denominam de acordo e consentimento. No acordo, o dissenso do ofendido exclui a tipicidade do fato, sendo, para tanto, indispensável que o tipo penal descreva uma violação da vontade do titular do bem jurídico, tendo como exemplos clássicos os crimes que exigem violência ou grave ameaça e a violação de domicílio (Minahim, 2015, p.68).

Em contrapartida, o consentimento ajusta-se às causas de justificação e submete-se à cláusula geral dos bons costumes (Bitencourt, 2016, p.214). Nessa linha, defende-se que, havendo efetiva lesão ao bem jurídico de modo contrário aos “bons costumes”, ainda que haja anuência do ofendido, as expectativas da sociedade serão sempre atingidas e, por tal razão, a liberdade de disposição do bem precisa ser tutelada pelo direito penal (Prado, 2013, p.457).

A doutrina costuma utilizar o exemplo da lesão corporal, visto que, em determinadas situações – como na realização de tatuagem, por exemplo –, o consentimento da vítima exclui a antijuridicidade. No entanto, no cenário em que a lesão é contrária aos “bons costumes”, não é possível aplicar a justificante. Desse modo, faz-se necessário conhecer o conteúdo da cláusula dos bons costumes para que se possa aferir a disponibilidade dos bens jurídicos.

### **3.3 A “cláusula dos bons costumes”**

A cláusula dos bons costumes, que, segundo o entendimento dominante, deve orientar a limitação do alcance e da eficácia do consentimento da vítima em heterolesões, é prevista de forma expressa pela lei alemã no §228 do StGB. No Brasil, parte da doutrina recorre ao art. 13 do Código Civil, segundo o qual “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Como é de se antever, o dispositivo serve como base para sustentar a ideia da doutrina tradicional de que a integridade física seria um bem jurídico indisponível ou, ao menos, parcialmente indisponível (Bitencourt, 2020, p.214). Nesse sentido, Minahim defende que “é possível argumentar em favor da moral e dos costumes como elementos que fundamentam o valor ou o desvalor conferido a certas condutas e que podem validar ou não

sua proibição” (Minahim, 2008, p.233-234). Nessa lógica, o consentimento do ofendido em heterolesões que ofendam os “bons costumes” não terá efeito de justificação, pois a lesão, nesse caso, perturbará e afetará as relações do grupo social, pondo em perigo as expectativas gerais sobre a intangibilidade dos bens alheios (Jakobs, 1997, p.524-525).

Para a correta compreensão do dispositivo, a pergunta a ser enfrentada deve ser formulada nos seguintes termos: qual o conteúdo da cláusula dos bons costumes? Muitos autores chegam a questionar a constitucionalidade de uma cláusula tão ampla e, por outro lado, outros buscam desenvolver critérios para conferir o seu conteúdo (Siqueira, 2019, p.399). Nesse limite, cumpre destacar, brevemente, algumas das principais correntes que visam satisfazer o aludido feito.

Para os adeptos à teoria da gravidade da lesão, a intensidade da lesão ao bem jurídico em conjunto com a perigosidade da conduta praticada seriam as chaves para identificar o limite da afetação aos bons costumes (Siqueira, 2019, p.400). Consequentemente, práticas como tatuagens e alterações estéticas estariam isentas de qualquer sanção, enquanto uma lesão corporal grave consentida seria criminalizada. Em sentido próximo, parte da doutrina nacional defende a vinculação da cláusula à irreversibilidade e à gravidade da lesão (Figueiredo Dias, 2007, p.482). A teoria, no entanto, recebe críticas, pois existem situações em que lesões graves ou irreversíveis são legítimas como, por exemplo, as cirurgias de redesignação sexual.

Em alternativa, Roxin e Greco (*apud* Siqueira, 2019, p.401) estruturam o conteúdo da cláusula dos bons costumes a partir da ideia de que (i) lesões que criam um perigo concreto para a vida e que não se destinam à sua preservação; bem como as (ii) lesões corporais graves e irreversíveis, desassociadas de uma “razão compreensível”, serão punidas.

Nessa perspectiva, as cirurgias de redesignação de sexo ou de esterilização são lícitas, pois, nesses casos, considera-se presente uma “boa razão”, reconhecida sob um ponto de vista objetivo como uma “concreta expressão do livre desenvolvimento da personalidade” (Siqueira, 2019, p.402). No entanto, uma heterolesão consentida que vise mutilar um dos membros de um indivíduo para que este se torne um pedinte “implicaria uma perda de qualidade de vida excessivamente desproporcional, se comparada às possíveis vantagens da lesão” (Siqueira, 2019, p.402).

Além disso, para os referidos autores, a disponibilidade da vida pelo próprio titular pode ser reconhecida, contudo, não pode ser objeto de consentimento em uma heterolesão. A disposição da vida só pode ser realizada pelo próprio titular, porque só assim seria possível assegurar que sua decisão foi verdadeiramente livre. Nos casos de lesões corporais graves, por

não serem tão danosas quanto o homicídio, haverá uma relativização condicionada à existência de motivos compreensíveis conforme os valores próprios do indivíduo afetado (Roxin; Greco *apud* Siqueira, 2019, p.402).

Existem outras teorias que buscam estabelecer o conteúdo da cláusula dos bons costumes por meio dos mais variados argumentos: a existência de um déficit de autonomia; a existência de uma cláusula de ponderação entre as vantagens e desvantagens da conduta; a afetação do interesse coletivo. Na prática, entretanto, é possível resumir todas as teorias na vinculação do conteúdo dos bons costumes à gravidade da lesão em conjunto com algum critério adicional (Siqueira, 2019, p.406).

Ocorre que, em maior ou menor medida, “nenhuma das interpretações dos bons costumes desenvolvidas pela doutrina consegue chegar a um critério homogêneo e determinado, capaz de solucionar todos os problemas que surgem na prática” (Siqueira, 2019, p.407). Além disso, quando confrontadas com o direito constitucional à autonomia e às máximas que orientam o direito penal, a cláusula dos bons costumes também não aparenta ser tão adequada, como será aferido no decurso deste trabalho.

Em síntese, verificou-se até aqui que: (i) a posição doutrinária tradicional a respeito das heterolesões consentidas é fundada em ideais de um paternalismo rígido; (ii) entende-se majoritariamente que o consentimento é uma causa de justificação que se submete à cláusula dos bons costumes; (iii) sob uma perspectiva objetiva, a vida é considerada como um bem jurídico indisponível e a lesão corporal como relativamente indisponível. Uma vez compreendida a posição tradicional a respeito da tutela jurídico-penal das heterolesões consentidas, passa-se à análise das críticas apresentadas à referida posição.

#### **4 A ILEGITIMIDADE DO PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL: O PARADIGMA DO DIREITO À AUTONOMIA E À AUTODETERMINAÇÃO**

Como ponto de arranque, antes mesmo de adentrar às principais críticas relativas à posição tradicional sobre o tratamento jurídico penal das heterolesões consentidas, é preciso examinar as correntes que se opõem ao paternalismo penal na totalidade.

Diante de uma concepção liberal do direito penal, entende-se que a tutela penal está submetida a uma série de critérios rigorosos de aplicação. Nesse cenário, foram desenvolvidos princípios norteadores do direito penal, vinculados às normas do Estado democrático de Direito, com objetivo de limitar e legitimar a proteção dos bens jurídicos e, ao mesmo tempo,

assegurar o máximo de liberdade aos cidadãos (Gomes, 2003, pp.155 e ss.). Ao comporem a Teoria da criminalização, tais máximas precisam serem necessariamente observadas no processo de penalização de determinada conduta. Entre elas, destaca-se a autonomia.

#### **4.1 O paradigma da autonomia e seus reflexos no direito penal**

A autonomia está diretamente ligada à elaboração de uma teoria legitimadora do direito penal em face das normas democrático-liberais. Por se tratar de um termo polissêmico, a autonomia é capaz de suscitar infinitas discussões na doutrina quanto ao seu conteúdo normativo. Na definição de Dworkin (1976, p.25), a título de exemplificação, o indivíduo autônomo é aquele capaz de formular uma conduta a partir da escolha dos seus princípios morais, independentemente dos fatores externos que influenciam seu comportamento.

No plano jurídico, o conceito de autonomia é trabalhado por Feinberg (1986, p.27) em suas obras. O autor desenvolve a noção de que o autogoverno e a autodeterminação conferem o conteúdo basilar da autonomia (Feinberg, p. 27), diferindo-se da heteronomia, uma vez que esta pressupõe a observância de regras impostas por terceiros (Siqueira, 2019, p.56).

O ser autônomo tem, portanto, o direito de autodeterminar-se, de decidir por si próprio de forma autônoma, como um estado soberano (Feinberg, 1986, p.31). O reconhecimento desse direito implica no dever do Estado de respeitar as escolhas livres e autorreferenciais, ainda que estas pareçam imprudentes ou irracionais aos olhos de um observador externo. Isso porque a autonomia, no plano jurídico, confere ao indivíduo o “direito de viver segundo a própria concepção de uma vida boa” (Greco; Siqueira, 2017, p.649).

Minahim (2015, p.37) explica que “a primeira manifestação do direito que assistiria ao indivíduo de fazer suas escolhas pessoais, ainda que elas fujam ao padrão e aos valores tradicionais do grupo no qual se insere, foi o reconhecimento da liberdade de consciência”. Extrai-se daí consequências políticas, tais como a liberdade religiosa, que revolucionaram os alcances do respeito à autonomia por parte do Estado.

Nesse cenário, diante de um Estado Liberal e Democrático, a autonomia reverteu-se em um componente indissociável dos direitos fundamentais, precisamente da dignidade humana e da liberdade individual (Siqueira, 2019, p.75). Parte-se da ideia de que ninguém sabe mais sobre o que é melhor para si ou para sua felicidade do que o próprio sujeito e, dessa

forma, deve-se dar espaço para uma maior liberdade na tomada de decisões autorreferenciais, afastando a tutela estatal quando o indivíduo não carece da sua proteção.

Isso ocorre porque uma concepção de Estado democrático de Direito “deve pautar-se na valorização da autonomia individual pela qual a pessoa possa decidir e agir conforme sua consciência, desde que não atinja diretamente interesses de terceiros” (Martinelli, 2017, p.189). Deve o Estado, portanto, manter uma postura de imparcialidade, não sendo possível a imposição de comportamentos tendo como base concepções puramente paternalistas.

Convém chamar atenção ao fato de que, apesar de não ter sido reconhecida expressamente pelo texto constitucional, a autonomia revela-se como uma das dimensões constitucionais do direito fundamental à liberdade, à pluralidade e à dignidade humana (Siqueira, 2019, p.77). A noção de dignidade está diretamente atrelada à liberdade dos sujeitos de viverem conforme os seus desejos e suas escolhas personalíssimas, isto é, de acordo com sua própria concepção de vida digna. Além disso, a efetivação desse direito fundamental implica o reconhecimento de um pluralismo que, por vez, pressupõe a convivência pacífica entre projetos de vidas diferentes (Barroso; Martel, 2010, p.253). A autonomia, portanto, está essencialmente vinculada às máximas que representam verdadeiros pilares de um Estado Democrático de Direito.

Para prosseguir, é necessário fixar que o exercício da autonomia, como um direito a ser respeitado pelo Estado, condiciona-se ao preenchimento de certos requisitos. Em primeiro lugar, como pressuposto essencial ao exercício da autonomia, tem-se a *capacidade*, entendida como “grau mínimo de habilidade exigido para ser considerado competente para tomar decisões autônomas” (Siqueira, 2019, p.73). Na maior parte dos casos, menores de 18 anos ou pessoas portadoras de perturbações psíquicas que impossibilitem o exercício dessa capacidade não serão considerados autônomos.

Em que pese não seja objeto deste estudo, cumpre ressaltar que, de acordo com uma perspectiva mais atual, a idade não seria elemento apto para definir a capacidade para consentir. Especialmente no cenário das intervenções médicas, alguns autores questionam a presunção de incapacidade com base em uma idade biológica mínima e argumenta que o verdadeiro grau de maturidade fática do paciente deve ser o critério apto a definir a capacidade de consentir (Siqueira; Kasecker, 2019). Sob essa ótica, seria preciso considerar as particularidades e habilidades de cada indivíduo, considerando o seu processo de amadurecimento e suas experiências de vida (Siqueira; Kasecker, 2019), para aferir, no caso

concreto, se o sujeito possui ou não maturidade suficiente para discernir e avaliar corretamente a essência, o significado e a extensão do consentimento (Kasecker, 2020, p. 87).

Para além da capacidade, é necessário que o indivíduo, no momento da tomada de decisão, seja *suficientemente informado*, isto é, que tenha as informações necessárias<sup>6</sup> para que as consequências de suas escolhas estejam perfeitamente alinhadas às suas verdadeiras vontades (Minahim, p.99-100). No cenário em que o indivíduo desconhece os riscos inerentes à sua conduta, não se pode dizer que houve exercício de sua autonomia (Beauchamp; Childress, 2013, p.104). Ademais, é necessário, ainda, para caracterização de uma decisão autônoma, que esta seja uma *decisão livre*, isto é, que não seja fruto de qualquer coação.

#### **4.2 As principais críticas ao paternalismo jurídico-penal**

No direito penal, o ponto de confronto entre as correntes paternalistas e aquelas dirigidas ao respeito à autonomia encontra-se nas situações em que o indivíduo autônomo decide abrir mão dos seus bens jurídicos mais relevantes.

Para o paternalista, o Estado tem legitimidade para interferir na liberdade individual do beneficiário dotado de autonomia, ainda que contra a sua vontade, visando o seu bem-estar. A autonomia, segundo esse entendimento, é valorada segundo as escolhas realizadas pelo sujeito (Young, 1982, p.162). Desse modo, só seria possível respeitar a decisão de consentir com uma heterolesão a depender do bem jurídico protegido, da gravidade, da irreversibilidade da lesão ou de qualquer outro critério estabelecido por um observador externo. Nessa linha, seria possível considerar a existência de bens jurídicos indisponíveis.

Por outro lado, as correntes contrárias ao paternalismo partem da noção de que, sendo a autonomia o direito de hierarquizar valores segundo seus próprios critérios e valores pessoais (Greco; Siqueira, 2019, p.649), aquela deve ser respeitada, pois ponderar a autonomia seria o mesmo que negá-la ou, em outras palavras, transformá-la em heteronomia (Siqueira, 2019, p.81). Nessa linha, considera-se a autonomia por si só e não com base em valorações externas, desconsiderando a ideia de bens indisponíveis diante de decisões verdadeiramente autônomas e autorreferenciais (Santos; Martinelli, 2017, p.190).

Sabe-se que o Direito Penal, ao abrigar a missão constitucional de proteger subsidiariamente os bens jurídicos de maior relevância, só pode restringir a liberdade dos indivíduos na exata medida necessária (Roxin, 2002, p.82). Nesse sentido, a tutela penal

---

<sup>6</sup> Não há necessidade de que o afetado tenha todos os conhecimentos a respeito do risco que se expõe, já que existem atividades que só podem ser interpretadas considerando-se o risco que lhes é inerente.

necessita de razões e estas devem estar adequadamente motivadas. Como possivelmente já percebido pelo leitor, uma vez que o ser autônomo tem competência para tomar suas próprias decisões e hierarquizar os seus valores, conseqüentemente, este é também responsável por suas condutas e decisões (Siqueira, 2019, p.64).

As normas penais paternalistas representam, em maior ou menor medida, uma imposição de valores pré-estabelecidos aos indivíduos, ignorando suas vontades em prol do seu “bem-estar”. Como já demonstrado neste trabalho, esse “bem-estar”, que supostamente legitimaria a tutela penal diante de heterolesões consentidas, é justificado das mais diferentes formas. Consideram os interesses e expectativas da sociedade, a gravidade ou irreversibilidade da lesão, transformam os bens jurídicos individuais em bens coletivos, mas, em todos os casos, tem-se uma característica em comum: ignora-se a vontade autônoma do afetado.

A doutrina alerta que essa noção de projetos de vidas coletivos pautados em uma noção de bem comum é um marco dos regimes totalitários (Minahim, 2015, p.36), por meio dos quais se buscava, segundo Schünemann (2013, p.71), impor coativamente determinadas formas de vida. Essas ideias, no entanto, não coincidem com a moderna concepção de democracia que preza pelo direito dos indivíduos de tomarem suas próprias escolhas pessoais, mesmo que fujam do padrão e dos valores tradicionais do grupo social (Minahim, 2015, p.37).

A superação do paternalismo jurídico, sobretudo no domínio do direito penal, tem como marco histórico as ideias iluministas. Estas representaram a ruptura das formas primitivas de criminalização, contribuindo efetivamente para a construção de um direito penal mais racionalizado (Schünemann, 2013, p.70). Nesse período, despertou-se para a necessidade de consolidar do Princípio da culpabilidade, a fim de tornar o direito penal uma medida útil e racional (Schünemann, 2013, p.71).

Nesse ínterim, desenvolveu-se a noção de contrato social como forma de legitimar e, conseqüentemente, limitar a tutela penal, denunciando o seu uso para imposição de formas de vida sem que houvesse um dano efetivo (Schünemann, 2013, p.71). A partir de então, diversos estudos foram realizados com objetivo de traçar os critérios exatos para legitimar as intervenções jurídico-penais. A Teoria da legitimação do direito penal preocupa-se, especialmente, com os limites impostos ao legislador na formação do direito penal. O processo de criação normativa precisa estar alinhado às condições que fundamentam o poder legislativo em um Estado Democrático, isto é, a criminalização de determinada conduta não está vinculada à mera disposição do legislador (Schünemann, 2013, p.72). Entre as teorias que

visam legitimizar e, simultaneamente, limitar a atuação do direito penal, destaca-se a Teoria do bem jurídico.

#### **4.1.1 O papel do direito penal segundo a teoria do bem jurídico**

No tronco das teorias que visam determinar os critérios da legitimação do direito penal, interessa-nos investigar a Teoria do bem jurídico, desenvolvida de forma mais significativa na Alemanha. Cumpre fixar que a aludida teoria tem por base a ideia iluminista de contrato social, presente em todos os sistemas democrático-liberais, isto é, segue a premissa de que os cidadãos somente renunciam o mínimo de sua liberdade à proteção Estatal para ficarem protegidos de lesões externas. Assim, caso seja possível proteger os bens jurídicos por outros meios ou caso a proteção por meio do direito penal não, não será permitido o uso da tutela penal (Roxin, 2008, p.07).

Além disso, a teoria parte do pressuposto de que o direito penal necessita de uma legitimação muito maior para ser aplicado. Isso porque, a legitimação da tutela penal possui um salto quantitativo e qualitativo em relação à simples limitação dos direitos fundamentais, bem como tem um juízo de reprovação ético-social inerente à pena que, além da intervenção na liberdade, acarreta uma situação desonrosa ao indivíduo (Schünemann, 2013, p.73).

Apesar da resistência quanto à sua adoção, a Teoria do bem jurídico é inerente à ideia do Estado democrático-liberal. Argumenta-se na doutrina tradicional, partindo do falso pressuposto de que o bem jurídico seria meramente classificatório, que o seu conceito seria vazio e metodologicamente imprestável (Schünemann, 2013, p.74). No entanto, a ideia de bem jurídico está estritamente atrelada à garantia do livre desenvolvimento dos indivíduos pelo Estado, devendo este, portanto, possibilitar a escolha e o exercício individual, desde que não sejam exercidos às custas de terceiros (Schünemann, 2013, p.74).

A noção de bem jurídico é tratada como um núcleo central do direito penal, caracterizando-se como referencial dogmático, uma vez que representa o interesse contido na norma que se pretende proteger. Manifesta-se também o bem jurídico como um referencial político-criminal quando está relacionado à função de proteção do direito penal. Em relação ao segundo aspecto é possível questionar as normas paternalistas, afinal, “por meio da política criminal o legislador analisa quais interesses merecem realmente a proteção penal” (Martinelli, 2010, p.23).

Partindo do pressuposto de que o Direito Penal deve garantir a proteção dos bens jurídicos, isto é, possibilitar o livre desenvolvimento dos indivíduos, resta saber quais os pressupostos para a sua utilização em face dos princípios limitadores do exercício do poder estatal.

#### 4.1.2 Princípio da *ultima ratio* e o reflexo na proibição de normas paternalistas

Um dos pressupostos mais relevantes de aplicação da tutela penal consiste na chamada *ultima ratio*. Orientado por fins político-criminais (Greco, 2000, p.6), o princípio da *ultima ratio* é responsável por estabelecer uma ponderação entre a necessidade de proteção dos bens jurídicos e a adequação de tal proteção ao direito penal (Schünemann, 2013, p.79), limitando, assim, a discricionariedade do legislador no processo de criminalização. De acordo com o princípio aludido, o legislador deve se atentar a uma rede de categorias durante o processo normativo, em especial, ao papel empenhado pela vítima (Schünemann, 2013, p.86).

A vitimodogmática, compreendida como máxima de interpretação, confere limitações à atuação do direito penal e indica não ser possível proteger um bem jurídico contra a vontade autônoma de seu titular (Schünemann, 2013, p.87). Agregadas essas considerações, é possível afirmar que “nos casos em que a vítima está em condições de autoprotoger-se e essa autoproteção pode dela ser exigida, faltaria à necessidade, segundo o princípio da *ultima ratio*, de fazer uso do direito penal” (Schünemann, 2013, p.12).

Isto posto, nos casos em que o beneficiário da norma penal possui autonomia, isto é, detém a competência para hierarquizar seus valores segundos e, conseqüentemente, dar destinação própria aos seus bens jurídicos (Greco; Siqueira, 2019, p.649), qualquer intervenção do direito penal representará uma proteção meramente paternalista, bem como um controle arbitrário do poder punitivo.

E aqui, já de saída, é preciso reiterar que a autonomia é um direito fundamentalmente humano e essencial à efetivação das máximas do Estado Democrático-liberal. Ao conferir aos sujeitos “o direito de viver segundo a própria concepção de uma vida boa” (Greco; Siqueira, 2017, p.649), isto é, de hierarquizar os seus próprios valores, ponderar as suas escolhas e vontades personalíssimas, a autonomia mostra-se também como um verdadeiro limite às intervenções jurídico-penais.

O direito penal abriga a missão de proteger os bens jurídicos mais relevantes, no entanto, não a todo custo (Greco, 2006, p.151). Ele deve atuar como a *ultima ratio* na

proteção dos bens jurídicos, visto que, em sua subsidiariedade, protege bens jurídicos na medida do estritamente necessário. As normas penais paternalistas, que visam proteger os indivíduos de suas próprias escolhas autônomas e autorreferenciais em prol de um suposto bem-estar, não se legitimam diante de um Estado Democrático em que o direito à liberdade individual é levado a sério. A autonomia, como cerne do liberalismo penal, impõe, portanto, uma especial restrição às intervenções jurídico-penais.

#### **4.1.3 Bem jurídico individual sob a perspectiva da autonomia individual**

Diante das críticas a respeito da insuficiência da teoria do bem jurídico para a fundamentação do liberalismo penal, em razão de um suposto caráter consequencialista do bem jurídico (Greco *apud* Siqueira, 2019, p.63), Flávia Siqueira (2019, p.93) propõe que a compreensão dos bens jurídicos individuais se deem a partir da autonomia do seu titular. Nesse limite, “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 de terminar como se dará a sua utilização” (Siqueira, 2019, p.93).

No Estado liberal, a autonomia deve, portanto, ser entendida como um “meta-valor” (Greco; Siqueira, 2017, p.652), não sendo possível ponderá-la ou submetê-la a instrumentalizações. Assim, o direito penal só está autorizado a proibir condutas que lesem ou exponham a perigo o bem jurídico do afetado contra a sua vontade (Siqueira, 2019, p.93), sob pena de atuar de forma arbitrária e invasiva na individualidade e na liberdade dos beneficiários.

## **5 TOMADA DE POSTURA**

Neste espaço fornecerei um pequeno esboço da posição teórica adotada em relação à tutela penal das heterolesões consentidas diante da disponibilidade dos bens jurídicos. Consideremos que o limite das intervenções jurídico-penais na liberdade individual dos indivíduos que consentem com lesões praticadas por terceiro é a autonomia do titular do bem jurídico afetado. Cumpre oferecer ao leitor, então, um esboço das razões que fundamentam essa proposição teórica.

### **5.1 A ilegitimidade paternalismo jurídico-penal**

Sobre a base argumentativa estabelecida no item 3 deste artigo, fica fácil prever as consequências do raciocínio alinhado. No Estado liberal, a autonomia confere ao cidadão o direito de viver conforme seus próprios projetos de vida e, para isso, deve ser garantido o direito ao livre desenvolvimento da individualidade, o qual inclui o direito de tomar decisões próprias e, inclusive, de cometer erros (Siqueira, 2019, p.82).

Diante disso, questiona-se a legitimidade das intervenções jurídico-penais paternalistas, uma vez que a autonomia do afetado, nesses casos, é ignorada em prol do chamado “bem-estar”. Isso nos conduz inevitavelmente ao seguinte questionamento: o que seria, verdadeiramente, um bem-estar?

Para as correntes paternalistas o bem-estar pretendido será sempre presumido pelo legislador, é dizer, será definido a partir de uma perspectiva externa ao indivíduo. É certo que algumas escolhas tomadas por um indivíduo autônomo podem ser consideradas irracionais, especialmente quando acarretarem uma lesão ou um perigo de lesão aos bens jurídicos do afetado. Isso, segundo a lógica paternalista, justificaria a proteção estatal por meio da tutela penal.

Ocorre que a fixação do conteúdo do “bem-estar” a partir de uma perspectiva objetiva fere diretamente à autonomia do sujeito protegido pela norma penal. Veja, se a autonomia é compreendida como um “meta-valor” (Greco; Siqueira, p.652) que confere, no campo jurídico, o poder e o direito de ponderação dos bens jurídicos individuais, qualquer tentativa de fixação de valores pré-estabelecidos, que prevalecem em relação às preferências do indivíduo, é diretamente contrária ao sentido de autonomia.

Ocorre que há ainda na doutrina autores que tentam justificar as intervenções paternalistas na garantia da autonomia futura do indivíduo protegido (Martinelli, p. 251). O que tal posição faz, contudo, também é essencialmente negar a autonomia do sujeito. Segundo Siqueira (2019, p.87) “a limitação da liberdade atual em razão da sua ampliação futura é, em si, contraditória e incompatível com a própria ideia de autonomia, que significa poder decidir e viver – no presente e no futuro – de acordo com suas próprias concepções e ideias de vida”. Nessa lógica, verifica-se que ponderar a autonomia nada mais é do que transformá-la em heteronomia, ou seja, negá-la.

Para que a argumentação fique ainda mais clara, observam-se os exemplos práticos desenvolvidos por Martinelli (2010, p.253-261). O autor defende que os bens indisponíveis são “aqueles que, se violados, poderão gerar a imediata perda da autonomia individual”.

Nesses casos, - em que os bens jurídicos protegidos são indisponíveis – a aplicação do direito penal será legítima, ainda que contra a vontade do titular do bem.

Num primeiro momento, Martinelli (2020, p.254) afirma que, no caso das testemunhas de Jeová que recusam a transfusão de sangue essencial à sua sobrevivência, o Estado liberal deve aceitar a escolha do paciente, pois, segundo o autor, forçar alguém a viver contrariamente à sua vontade seria um comportamento que violaria a autonomia individual. Por outro lado, ao tratar do caso do pai que decide doar um órgão vital para salvar a vida do filho, o autor defende que, se o médico aderir ao desejo desse pai, realizando a remoção do órgão para a doação, poderá ser responsabilizado penalmente (Martinelli, 2010, p.260). Justifica o autor que, neste último caso, a proteção paternalista estaria fundamentada na manutenção da autonomia futura, pois o pai, ao doar um órgão vital, certamente morrerá. Argumenta ainda o autor que a impossibilidade de remoção do órgão vital se dá porque a morte do familiar “é uma dor que poderá ser superada no futuro” (Martinelli, p.260), enquanto no caso das testemunhas de Jeová existe um valor espiritual envolvido, o que impede a superação do trauma.

A solução oferecida pelo referido autor não nos parece a mais acertada. Como já discorrido durante o trabalho, a autonomia é “o direito de viver segundo a própria concepção de uma vida boa” (Greco; Siqueira, 2017, p.649). Isso implica no direito de fazer escolhas autorreferenciais - com base nos seus valores, desejos e preferências próprias – e, até mesmo, no direito de escolher como morrer. Além disso, a autonomia vincula o sujeito autônomo à responsabilização das consequências subsequentes às suas escolhas (Feinberg, 1986, pp.43-44). Partindo desse pressuposto, sob a ótica do respeito à autonomia individual, não é possível afirmar que o pai conseguiria superar a morte do filho no futuro e que, por isso, sua vontade autônoma de realizar a doação de um órgão vital não seria legítima, pois tal sentimento não pode ser definido por meio de observações externas, mas somente pelo próprio indivíduo. Além disso, tal argumento ainda carece totalmente de fundamentação: por que a possibilidade de a perda ser superada deve ser critério para uma criminalização?

Nesse contexto, defende-se que “a autonomia e a liberdade representam um escudo, um limite normativo, uma carta de prevalência que pode ser oposta pelo indivíduo ao Estado diante de tentativas de imposição de metas sociais ou dos valores da maioria, protegendo-o, portanto, da lógica consequencialista.” (Siqueira, 2019, p.89). Implica dizer que a autonomia é o limite da disponibilidade dos bens jurídicos.

Ao fim e ao cabo, conclui-se que, no modelo jurídico-constitucional vigente, isto é, democrático e liberal, não há espaço para aplicação do direito penal por meio de normas enraizadas em um paternalismo duro, isto é, que visam garantir o “bem-estar” do indivíduo, mas que, para isso, desprezam completamente a sua autonomia. Esta, por sua vez, deve orientar o tratamento dogmático das heterolesões consentidas pelo direito penal e as normas paternalistas justificam-se somente em sua modalidade moderna, ou seja, nos casos em que há déficits de autonomia do ofendido.

## **5.2 Existem bens jurídicos indisponíveis?**

A pergunta que aqui deve ser respondida é a seguinte: existem bens jurídicos indisponíveis que possam justificar uma intervenção penal no caso de heterolesões consentidas por sujeitos dotados de autonomia? A resposta é um sonoro não (!) e já indicaremos as razões pelas quais acreditamos que esse posicionamento deve ser acolhido.

No item 2.2. do presente artigo, foram apresentados os principais argumentos utilizados pela doutrina tradicional para sustentar a existência de bens jurídicos indisponíveis, que supostamente mereceriam proteção do direito penal, ainda que contra a vontade do seu titular. Resumem-se tais fundamentações nos interesses da sociedade, na gravidade ou na irreversibilidade da lesão. No entanto, a posição clássica ignora completamente a autonomia do indivíduo protegido pela norma. Como já sustentado anteriormente, “todos os bens jurídicos individuais possuem uma dimensão de autonomia e vinculam-se, mesmo que indiretamente, ao exercício da liberalidade individual” (Siqueira, 2019, p.225). Assim, não há como defender a indisponibilidade de bens jurídicos individuais sem violar frontalmente a autonomia.

No que concerne à aplicação da cláusula dos bons costumes, existem inúmeros problemas que podem ser levantados. O primeiro deles reside na indeterminação das diversas interpretações e na sua insuficiência normativa. Como já demonstrado (item 2.3), a maioria dos argumentos utilizados residem na gravidade ou na irreversibilidade da lesão. No entanto, esses recursos não solucionam todos os problemas, pois existem situações em que lesões graves são consideradas legítimas, como, por exemplo, nos casos das cirurgias de redesignação sexual.

Há ainda doutrinas que defendem uma perspectiva coletivista, visando transformar a cláusula dos bons costumes numa cláusula de ponderação, sopesando as vantagens e

desvantagens da conduta, a fim de verificar, no plano concreto, quais lesões graves poderiam ser legitimadas (Siqueira, 2019, p.404). Ocorre que tal hipótese também viola frontalmente o direito à autonomia individual, visto que, pelas razões já exaustivamente exibidas, esta não pode se vincular a argumentos de ponderação (Siqueira, 2019, p.405).

A título de exemplificação, imagine o leitor que na hipótese em que o indivíduo recusa uma transfusão de sangue essencial à sua sobrevivência por questões religiosas, a sua autonomia seja respeitada pelo médico, que se abstém de realizar o procedimento indicado. Porém, noutro caso, um indivíduo, com a mesma postura de renúncia ao tratamento, mas por razões diversas, têm a sua escolha ignorada e, assim, o médico realiza a transfusão contra a sua vontade, sob a justificativa de que, neste último caso, o paciente não apresentou “boas razões” para a sua recusa. Percebam que a disparidade de tratamento narrada nada mais é do que deixar ao arbítrio de um observador externo a decisão do que seria a melhor escolha para o paciente e em quais situações a sua autonomia deve ou não ser respeitada, o que, por si só, já desrespeita frontalmente o direito à autodeterminação.

Nesse sentido, é possível afirmar que as limitações impostas pela doutrina tradicional à disposição dos bens jurídicos por meio do direito penal são “disfuncionais, sob a perspectiva da idoneidade ou adequação, e errôneas, por violarem a liberdade de ação do titular do bem jurídico” (Schünemann, 2013, p.86). Segundo Siqueira (2019, p.225), “todos os bens jurídicos individuais possuem uma dimensão de autonomia e vinculam-se, mesmo que indiretamente, ao exercício da liberdade individual”.

Em outras palavras, significa que todos os bens jurídicos individuais são disponíveis, porquanto pertencem ao seu titular e devem destinar-se ao livre desenvolvimento de sua personalidade (Siqueira, p.225). Isso não implica dizer que limites objetivos à liberdade de disposição que afetem a validade do consentimento não possam ser instituídos. Esse tema, porém, não está abarcado pelo escopo deste estudo, razão pela qual não estenderei as argumentações.

Assim, no caso narrado inicialmente, entende-se que, sob a perspectiva aqui defende, **X** não poderá ser responsabilizado a título de lesão corporal, porquanto a sua conduta - desferir diversos socos em **Y**, foi realizada consoante a vontade autônoma de **Y**, é dizer, **X** agiu com o consentimento de **Y**, fator que deverá afastar a sua responsabilidade penal. Também não faz parte do escopo deste trabalho analisar o enquadramento sistemático do consentimento da teoria do delito<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Trata-se de um tema controvertido, sobre o qual a literatura se divide entre a posição dualista e a monista. A primeira corrente diferencia o consentimento e o acordo, sendo o primeiro compreendido como causa supralegal Cairu em Revista. Dez/Jan 2023, Ano 12, nº 23, p. 21-45, ISSN 22377719

Diante de todo exposto, é possível inferir que a liberdade individual só pode ser limitada pela tutela penal na medida em que aquela invada a liberdade de terceiros ou, ainda, nos casos de paternalismo leve ou moderado, ou seja, na presença de déficits de autonomia do sujeito afetado.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim e ao cabo, conclui-se que as normas penais fundadas em um paternalismo rígido são, diante de um Estado Democrático-liberal, ilegítimas, seja porque desprezam a autodeterminação do indivíduo protegido, seja porque não se adéquam às máximas que limitam e fundamentam a atuação do direito penal.

Conclui-se ainda que o limite da disponibilidade dos bens jurídicos é a autonomia do titular do bem jurídico. Todos os bens jurídicos individuais são, portanto, disponíveis, muito embora isso não signifique que não seja possível estipular limites objetivos à liberdade de disposição que afetem a validade do consentimento.

Por fim, verificou-se que o direito penal não está autorizado a proibir condutas que lesem ou exponham a perigo o bem jurídico do afetado contra a sua vontade autônoma, mas, tão somente, na hipótese em que se verifiquem déficits de autonomia do sujeito protegido.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. v.38, pp. 235-274, dez. 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 03 abr. 2023.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of Biomedical Ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

---

de justificação, enquanto o último exclui a tipicidade. Nessa linha, Cf. BRUNO, 1967. Por outro lado, a teoria monista, que melhor se assemelha com a posição aqui defendida, entendem que a liberdade de usufruir integra o próprio conteúdo do bem jurídico, portanto, em todas as hipóteses o consentimento afastará a lesão do bem jurídico, tornando a conduta do autor atípica. SIQUEIRA, 2019, p.174.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. ed. 20. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 2.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CABETTE, Eduardo. *Direito penal: parte especial I*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAMÁSIO, Jesus de. *Parte especial: crimes contra a pessoa e crimes contra o patrimônio - arts. 121 a 183 do CP*. Atualização André Estefam. ed. 36. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 2.

DWORKIN, Gerald. *Autonomy and Behavior Control*. The Hastings Center Report, v. 6, n. 1, p. 23–28, 1976. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3560358?seq=1>. Acesso em: 28 jun. 2023.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v.4, n.6, pp. 7-25, jul./dez.2012.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*. vol. LVI, p.333-34, jul./ago./set. 2007.

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

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal: parte especial (art. 121 a 183)*. ed. 3. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2.

GRECO, Luís; KASECKER, Izabele. Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores: reflexões a partir de um recente caso da jurisprudência alemã, p. 131-141, 2018 in: RAPACCI, Alessandra, et al. (org.). *Novas perspectivas das ciências criminais: homenagem à professora Maria Auxiliadora Minahim*, Salvador: JusPodivm, 2018.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. *Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico*. In: COSTA, José, et al. (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Studia Ivridica, 2017, p. 643-669.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: TEOTÔNIO, Paulo (Coord.). *Elementos do Direito Penal Contemporâneo*. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, r.8, p.3-4, out/dez. 2000.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal: Arts. 121 a 136*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 5, 1953.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, G. *Derecho Penal: Parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons. Ed., 1997.

KASECKER, Izabele. A responsabilidade penal do médico por omissão diante da recusa de tratamento pelo paciente menor de idade ou por seu representante legal. *In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, pp. 79-99.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites na intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: 10.11606/T.2.2010.tde-27012011-113618. Acesso em: 05 mai. 2023.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face dos bens jurídicos indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*, Belo Horizonte, vol. 06, n.1, pp.217-235, jan./jun. 2008.

NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal: 3 ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte Geral – art. 1º a 120*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Testamento vital*. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 2013.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p.11-31, abr./jun. 2002.

ROXIN, Claus. *Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la politica, la filosofia, la moral y la religión*. Tradução de Dulce M. Santana Veja. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid (Espanha), Tomo LIX, 2008.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*: tradução dos §§ 7 e 11, nm. 1/119, de Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. edição, München, Beck, 1997 / Claus Roxin; tradução e introdução de Luís Greco. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética e derechos humanos*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea. 2007.

SANTOS, Humberto Souza.; MARTINELLI, João Paulo. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 186, dec. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/37>. Acesso em: 03 jun. 2023.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. (Trad. Luís Greco) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. *Recusa de transfusão de sangue em pacientes menores de idade*, 2019. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/penal-e-m-foco/recusa-de-transfusao-de-sangue-em-pacientes-menores-de-idade-10062019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/penal-e-m-foco/recusa-de-transfusao-de-sangue-em-pacientes-menores-de-idade-10062019). Acesso em: 06 jun. 2023.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ZATTI, Vicente. *Autonomia e Educação em Immanuel Kant & Paulo Freire*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.