

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO PATERNALISMO JURÍDICO E DA LIBERDADE
INDIVIDUAL PARA A AUTOLESÃO E HETEROLESÃO CONSENTIDA.**

CURITIBA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO PATERNALISMO JURÍDICO E DA LIBERDADE
INDIVIDUAL PARA A AUTOLESÃO E HETEROLESÃO CONSENTIDA.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado no curso de Direito, da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder
Hachem

CURITIBA

2017

GIOVANNI VIDAL GUARAGNI

**FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO PATERNALISMO JURÍDICO E DA LIBERDADE
INDIVIDUAL PARA A AUTOLESÃO E HETEROLESÃO CONSENTIDA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Dr. Daniel Wunder Hachem
UFPR

Dr. Celso Luiz Ludwig
UFPR

Dra. Angela Couto Machado Fonseca
UFPR

CIDADE, ____ DE _____ DE 2017.

A Redenção

Matem
O homem da lei
Que sanciona o que não deveria;
Que mitiga a alegria.

Extirpem
O publicitário
Que cria necessidades
Desnecessárias.

Extingam
O psicólogo
Que cura doentes
Inexistentes.

Limpemos, enfim, toda a sociedade
Do professor que ilude,
Aos médicos e a Deus - que tudo pôde -
Dos vendedores, policiais e tiras
E dos poetas, que só escrevem mentiras.

(Giovanni Vidal Guaragni, 2014).

RESUMO

A presente pesquisa, valendo-se do pano de fundo do Estado Democrático de Direito, buscou atingir dois objetivos principais: fixar, através de reflexões doutrinárias e jusfilosóficas, parâmetros conceituais e teóricos que auxiliem a lidar de maneira adequada com a temática da intervenção estatal, na forma de paternalismo jurídico, sobre o exercício da liberdade individual para a autolesão e a heterolesão consentida; e estabelecer, com fulcro no arcabouço teórico e conceitual desenvolvido, alguns limites basilares à intervenção paternal. O trabalho é composto de três etapas: a primeira dedicada à abordagem, definição e breve reflexão sobre alguns dos fundamentais princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro (dignidade da pessoa humana, pluralidade, tolerância e igualdade), compondo a base teórica da qual se valeu para o desenvolvimento dos capítulos ulteriores; a segunda voltada à análise da liberdade humana e de suas condições de existência e reconhecimento em relações jurídico-normativas, abordando o aspecto intrinsecamente linguístico e relacional da liberdade e tratando das noções de responsabilidade e capacidade jurídica; a terceira, por fim, orientada à temática do paternalismo jurídico e seus limites frente aos valores liberais do Estado Democrático de Direito e ao pleno exercício e desenvolvimento da independência individual e autonomia subjetiva para a livre disposição de posições jurídicas subjetivas por sujeitos de direito. A pesquisa finda com a listagem de quarenta e um aforismos obtidos a partir da reflexão proposta, merecendo destaque as seguintes conclusões: (i) o núcleo da dignidade humana corresponde à liberdade humana, único bem indestrutível pela vontade de seu titular; (ii) não se pode falar em bens jurídicos indisponíveis; (iii) o poder estatal não pode suplantar a autonomia dos sujeitos e as condições de deliberação, que justificam sua representatividade; (iv) o indivíduo é independente, e, a partir e nos limites dessa independência, pode optar por não se submeter às normativas coletivamente fundadas; (v) não há paternalismo moral justificável; (vi) medidas paternalistas não poderão incidir sobre pessoas capazes e detentoras de conhecimentos suficientes sobre seu contexto.

Palavras-chave: liberdade; independência; autonomia; autolesão; heterolesão consentida; paternalismo jurídico.

ABSTRACT

This research, departing from the background of the Democratic State of Law, had two main objectives: to establish, through doctrinal and philosophical reflections, conceptual and theoretical parameters which could help to deal adequately with the issue of state intervention, in the form of juridical paternalism, over the exercise of individual freedom for self-harm and consensual heterolesion; and to establish, based on the developed theoretical and conceptual framework, some basic limits to the paternal intervention. The work is composed of three chapters: the first one dedicated to approach, define and brief reflect about some of the fundamental principles of the Brazilian Democratic State of Law (dignity of the human person, plurality, tolerance and equality), composing a theoretical base, used for the development of subsequent chapters; the second focused on the analysis of human freedom and its conditions of existence and recognition in legal-normative relations, addressing the intrinsically linguistic and relational aspect of freedom and dealing with notions of responsibility and legal capacity; the third, finally, oriented to the subject of legal paternalism and its limits against the liberal values of the Democratic State of Law and the full exercise and development of individual independence and subjective autonomy for the free disposition of subjective legal positions. The research ends with a list of forty-one aphorisms, obtained from the previous reflection, deserving emphasis the following conclusions: (i) the core of human dignity corresponds to human freedom, the unique good that is indestructible by the will of its owner; (ii) one cannot speak of unavailable legal goods; (iii) state power cannot supplant the autonomy of the subjects and the conditions of deliberation, which justify its representativeness; (iv) the individual is independent and, within the limits of this independence, may choose not to submit to collectively founded norms; (v) there is no justifiable moral paternalism; (vi) paternalistic measures cannot be applied to capable and knowledgeable people.

Key-words: liberty; independence; autonomy; self-harm; consented heterolesion; juridical paternalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A BASE PRINCÍPIOLÓGICO-JURÍDICA INCIDENTE NOS CASOS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA LIBERDADE INDIVIDUAL	9
1.1 DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO	9
1.2 PLURALIDADE, TOLERÂNCIA E IGUALDADE	16
2 O INDIVÍDUO ENQUANTO PESSOA LIVRE E AUTÔNOMA	24
2.1 INDIVÍDUO, SUJEITO E PESSOA: UMA ABORDAGEM CONCEITUAL	24
2.2 LIBERDADE EM TERMOS LINGUÍSTICOS	29
2.3 AUTONOMIA EM TERMOS JURÍDICOS: CAPACIDADE CIVIL E PENAL ..	42
3 O PATERNALISMO JURÍDICO ESTATAL E SEUS LIMITES FRENTE À LIBERDADE INDIVIDUAL	49
3.1 PATERNALISMO JURÍDICO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	49
3.2 DISPUTAS SOBRE O PATERNALISMO: ARGUMENTOS, CONTRA ARGUMENTOS E SOLUÇÕES	53
3.3 SITUAÇÕES EM QUE O PATERNALISMO É JUSTIFICÁVEL E TÉCNICAS PARA CASOS DUVIDOSOS	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

Como lidar com instruções prévias de eutanásia ativa direta, ou seja, com um indivíduo em estado terminal, sem perspectivas de melhora, que através de um testamento vital tenha disposto expressamente que, caso um dia, por conta de qualquer infortúnio, se encontrasse em situação análoga, desejaria ser morto?

De que maneira tratar uma denúncia anônima sobre um casal de religião islâmica em que o homem, seguindo preceitos de seu credo, agride sua mulher com frequência, por conta de seus comportamentos, consentindo ela com as agressões e concordando que são plenamente merecidas?

Noutro caso, de que forma lidar com os violentíssimos espetáculos de luta, como o famoso Ultimate Fighting Championship (UFC), ou mesmo agressivas práticas de gangues que, não obstante a brutalidade estabelecem, entre si, regras mínimas a serem seguidas, como é o caso dos Hooligans ingleses?

Ainda, devem-se estabelecer limites às cirurgias de mutilação corporal, que são plenamente aceitas quando buscam “corrigir” certas “imperfeições” estéticas (a exemplo da bichectomia e dos implantes de silicone), porém causam repulsa quando se destinam a provocar autênticas transformações, fora dos padrões estéticos predominantes (vide os casos do Homem-Tigre, ou o Homem-Lagarto)?

Inúmeras questões jurídicas de difícil resolução versam sobre a liberdade individual para causar danos a si ou consentir com sua causação por outrem. Os casos concretos podem remeter a práticas criminosas, à consecução de políticas públicas, à atribuição de responsabilidade civil ou, até mesmo, às relações empregatícias. Diante de tamanha amplitude, para que se realize um exame adequado das consequências jurídicas em cada hipótese, deve-se, previamente, compreender os fundamentos teóricos incidentes e vislumbrar, a partir disso, um possível regime jurídico geral aplicável, para, após, verticalizar a análise e apreciar as nuances de cada seara jurídica, em seus regimes jurídicos específicos.

Neste trabalho, pretende-se atender à primeira etapa de análise, estabelecendo limites entre a liberdade individual e a intervenção do Estado, em casos de autolesão e heterolesão consentida, a partir da análise dos fundamentos teóricos envolvidos. Considerando a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito¹, partir-se-á de uma explanação sobre alguns de seus

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]

fundamentais princípios, construindo uma base teórica a partir da qual seja possível desenvolver ulteriores reflexões quanto aos limites retro citados.

A análise partirá das noções de dignidade humana e bem jurídico, basilares à concepção de sujeito de direito, para, em seguida, tratar dos conflitos em sociedade como elemento inafastável e até mesmo cultivável caso se deseje um sistema democrático comprometido com o desafio de compor valores fundamentais como os da pluralidade, tolerância e igualdade. Tais valores receberão tratamento próprio, expondo-se as concepções que guiarão a compreensão do restante do texto.

O capítulo seguinte será reservado à análise da liberdade e de suas condições de existência e reconhecimento em relações jurídico-normativas. Serão demonstradas as distinções entre indivíduo, sujeito e pessoa, e especificadas as dimensões às quais se refere cada conceito. Em seguida, abordar-se-á especificamente a liberdade humana, remetendo-se ao seu aspecto linguístico e relacional e trazendo à baila noções de liberdade negativa e positiva, livre arbítrio e autonomia, utilizando de conceitos liberais e contratuais modernos, fundantes da autonomia individual e do vínculo de imputação entre sujeito e ação. Referido vínculo constitui pedra angular da responsabilidade jurídica, demandando breve análise dos conceitos de capacidade civil e imputabilidade penal, a fim de esclarecer ulteriores ilações sobre os âmbitos de ação autônoma e responsável do indivíduo.

O leitor, então, ver-se-á debruçado sobre a temática do paternalismo estatal em suas diversas nuances e distintas linhas teóricas. Serão discutidas as perspectivas estatais paternalistas, intimamente vinculadas à noção protetiva do Estado Social de Direito, alinhadas a uma postura estatal interventiva nas liberdades individuais e redutora da pluralidade e tolerância, porém, com o intuito de garantir maior igualdade e conformar as relações materiais a valores pretensamente bons e universais. Concluir-se-á o terceiro capítulo com o estabelecimento de limites ao paternalismo justificável, perpassando o tratamento jurídico das auto e heterolesões frente à livre disposição de posições jurídicas subjetivas por sujeitos de direito.

1 A BASE PRINCIPOLÓGICO-JURÍDICA INCIDENTE NOS CASOS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA LIBERDADE INDIVIDUAL

Tendo em consideração que o intuito dessa pesquisa é estabelecer limites entre a liberdade individual e a intervenção do Estado, entendeu-se que a melhor estratégia de trabalho implicara uma abordagem inicial que trouxesse à tona e esclarecesse conceitos basilares do Estado Democrático de Direito, modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, este primeiro capítulo será composto de dois subitens.

No primeiro, discute-se a ideia de “dignidade da pessoa humana”, presente em grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais após as atrocidades e abusos ocorridos na Segunda Guerra Mundial. A fim de estabelecer padrões mínimos de abstenção e ação estatal, fazendo com que o Estado passasse a servir aos cidadãos (e não o contrário), erigiu-se a dignidade humana ao mais alto patamar valorativo, enxergando-a como fundamento do exercício legítimo do poder estatal e da existência do Direito. Em razão de sua semântica múltipla, contudo, a noção de dignidade humana exige uma conceituação adequada e refletiva, evitando-se que o seja utilizada de modo vago e impreciso, para justificar abusos e ações ilegítimas.

Em seguida, no segundo item, partindo-se da premissa de que uma sociedade democrática é inerentemente conflitiva (e é assim que deve ser), são analisadas, brevemente, as ideias de pluralidade, tolerância e igualdade, diretamente relacionadas às experiências sociais conflitivas e às intervenções estatais sobre as liberdades individuais. Não obstante, pluralidade e tolerância conflitam com a noção de igualdade, devendo o Estado Democrático de Direito buscar harmonizar a consecução de tais objetivos.

A partir disso, acredita-se, restarão fixadas algumas das principais razões da atuação estatal, bem como clarificados conceitos e premissas essenciais, que guiarão o desenvolvimento do restante do trabalho.

1.1 DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO

Hodiernamente, a doutrina brasileira (e ocidental) majoritária apregoa a consagração absoluta do princípio da dignidade da pessoa humana como âmago dos ordenamentos jurídicos democráticos. A Constituição Federal brasileira faz menção expressa à dignidade humana em cinco oportunidades, estabelecendo-a

como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da CF/88), o fim último da ordem econômica (artigo 170, *caput*, da CF/88) e um dos pilares basilares do planejamento familiar (artigo 226, §7º, da CF/88), além de garantir sua especial proteção social e estatal no caso de crianças e idosos (artigo 227 e 230, da CF/88).

Em termos gerais, dignidade humana remete à formulação kantiana segundo a qual todo e qualquer ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, sendo inadmissível sua utilização instrumental, ou seja, como um meio para atingir um fim distinto². Diz-se dignidade humana o elemento intrínseco à humanidade, que define o ser humano como tal³; aquilo de que o indivíduo humilhado e subjugado toma consciência quando se revolta contra as amarras impostas por um senhor, demonstrando que traz em si algo pelo qual vale a pena colocar tudo, inclusive sua própria existência individual, em risco, na medida em que esse tudo não representa muito se não vier acompanhado do elemento essencial que se reclama e reivindica através do ato de revolta⁴.

Por ser tratada, no Direito, como princípio (mandado de otimização⁵), a dignidade se encontra estruturada em distintos níveis concêntricos, de modo que quanto mais próximo do centro, mais rígido será seu conteúdo e menos disponibilidade haverá por parte de seu titular⁶. Para esclarecer de que maneira o sujeito de direito se relaciona com a própria dignidade, nos distintos níveis mencionados, vale-se da distinção entre dignidade como autonomia e heteronomia.

Enquanto autonomia remete-se à fundamental disponibilidade do ser humano por si mesmo (e conseqüente indisponibilidade pelos demais)⁷, ou seja, à capacidade de autodeterminação e às condições para o exercício dessa capacidade⁸. Capacidade e condições de autodeterminação correspondem,

² “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, LDA., 2007, p. 68.

³ SARLET, I. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40.

⁴ CAMUS, A. **O Homem Revoltado**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 25-35.

⁵ MENDES, G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 183.

⁶ BARROSO, L. “Aqui, lá e em todo lugar”; A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: **Revista dos Tribunais**, RT 919, 2012, p. 155.

⁷ MAIHOFER, W. **Estado de derecho y dignidade humana**. Montevideo: B e F Ltda., 2008, p. 13.

⁸ BARROSO, L; MARTEL, L. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010, p. 18. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 19/10/2017.

respectivamente, aos aspectos formal e material da faculdade intrínseca do ser humano de guiar seus próprios atos de acordo com suas concepções. A capacidade remete ao preenchimento de características pré-estabelecidas, suficientes para que se reconheça o sujeito como formalmente apto à prática livre e responsável de determinados atos, que realizem seu direito “de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade”⁹. A prática efetiva, entretanto, estará condicionada ao acesso, por parte do sujeito, a condições materiais mínimas que o permitam exercer sua autodeterminação.

A dignidade como autonomia reverbera de modos distintos, de acordo com a dimensão jurídica na qual se esteja transitando, podendo embasar a autonomia privada dos direitos individuais, a autonomia pública dos direitos políticos (garantindo a participação no processo democrático) e a noção de mínimo existencial (vinculada aos direitos sociais¹⁰) - correspondente ao “núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública”¹¹ -, repercussões da noção soberania popular democrática, “constituída pelos atributos inerentes aos indivíduos capazes de autogovernarem-se proclamando e delineando os moldes da ordem política e jurídica a qual se submetem”¹².

A todo ser humano, ainda que não se atribua atual capacidade de autodeterminação, reconhece-se a potencialidade do preenchimento dos requisitos necessários para tal atribuição, o que garante, a qualquer tempo, o reconhecimento da dignidade como valor intrínseco e ontológico. Nesse sentido, afirma-se que a autonomia “é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que

⁹ BARROSO, L. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 24.

¹⁰ BARROSO, L; MARTEL, L. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010, p. 17. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 19/10/2017.

¹¹ BARROSO, L. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 25.

¹² FONSECA, A; RODRIGUES, L; FONSECA, R. Democracia e heterotopia: uma análise do espaço democrático. **Cadernos do programa de pós-graduação da faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 9, nº. 2, 2014, p. 02.

cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto”¹³.

A dignidade como autonomia e como princípio libertário implica a “manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação”¹⁴, protegendo-se a individualidade, identidade e integridade do sujeito¹⁵. Em sua dupla dimensão¹⁶, afirma, simultaneamente, o limite à atuação estatal - exigindo a vedação à violação da dignidade, bem como a não intervenção o Estado sobre os atos de sujeitos autônomos - e o dever social e estatal de proteção da dignidade, em vistas à promoção da autonomia quando não estiverem presentes as condições de seu exercício pelo sujeito titular concreto, tendo-se em vista o fato de que a disposição autônoma do indivíduo sobre si mesmo configura a condição primordial e elementar para a conservação e o desenvolvimento do ser humano¹⁷.

Entendida, por outro lado, como heteronomia, a ideia de dignidade traduz valores compartilhados pela comunidade, admitindo constrições à liberdade individual baseadas “na proteção de determinados valores sociais e no próprio bem do indivíduo, aferido por critérios externos a ele”¹⁸. Ganha força o aspecto comunitário e heterônimo, em detrimento da individualidade independente e do sujeito autônomo, protegendo-se valores e expectativas normativas socialmente compartilhadas e/ou impostas pelo Estado. Justificam-se, assim, intervenções do Estado na liberdade individual para: (i) proteger o indivíduo de consequências

¹³ SARLET, I. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 45.

¹⁴ BARROSO, L; MARTEL, L. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010, p. 27. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 19/10/2017.

¹⁵ FRANKENBERG, G. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 315.

¹⁶ CORRÊA, A. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 73; SARLET, I. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

¹⁷ MAIHOFER, W. **Estado de derecho y dignidade humana**. Montevideo: B e F Ltda., 2008, p. 23.

¹⁸ BARROSO, L; MARTEL, L. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010, p. 27. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 19/10/2017.

danosas advindas de atos autorreferentes; (ii) proteger direitos de terceiros lesados ou sob risco de lesão; e (iii) proteger valores sociais, inclusive a solidariedade¹⁹.

Note-se que a proteção de direitos de terceiros lesados ou sob risco de lesão não consentida não alude propriamente à dimensão heterônoma da dignidade, mas ao choque entre dignidades autônomas, que exigem mútuo respeito e consideração.

Necessário, ainda, atentar aos perigos à liberdade individual, trazidos pela perspectiva comunitária da dignidade. Tenta-se, através dessa concepção, estabelecer o conteúdo de um suposto núcleo intangível da dignidade humana em sua dimensão objetiva, cuja validade e eficácia independeriam da vontade dos sujeitos. Contudo, olvida-se (inocente ou maliciosamente) que esse núcleo corresponde à liberdade humana, único bem indestrutível pela vontade de seu titular, na medida em que aquele que quiser deixar de ser livre, através de sua decisão consciente, comunicará aos demais sua liberdade. A liberdade, quando restringe a si mesma, dá lugar a mais liberdade, sendo o ser humano condenado a ser livre e arcar, assim, com a responsabilidade de seus atos.

A questão da liberdade, responsabilidade e suas características serão trabalhadas à frente. Interessa, no entanto, esclarecer de antemão que a dimensão da dignidade enquanto heteronomia somente poderá incidir quando imprescindível à garantia da dignidade enquanto autonomia e compensação da falta de capacidade de um sujeito. A dignidade como heteronomia possui caráter supletivo à dignidade como autonomia, não sendo aceitável a intervenção na liberdade de um sujeito capaz para (i) protegê-lo de si; (ii) protegê-lo de atos praticados por terceiros, quando tiver consentido com a prática; e (iii) proteger valores sociais, o que, conforme será abordado, assume contornos comunitaristas²⁰ e remonta, inclusive, a uma atitude política antidemocrática, de intuito consensual, aproximando-se de um paternalismo autoritário e moral.

Baseando-se a dignidade, fundamentalmente, na autodeterminação e autopertencimento, somente se considera ter havido uma violação a ela quando alguém (um particular, a sociedade ou o Estado) lesiona ou coloca em perigo a

¹⁹ BARROSO, L. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 29.

²⁰ SANTANO, A; TRINDADE JUNIOR, W. O direito de decidir, entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. In: HACHEM, D; SALGADO, E (Coord.). **Direito, liberdade e justiça**. Curitiba: Íthala, 2017, p. 20.

dignidade alheia, porém não quando o próprio sujeito cuja dignidade está em jogo pratica um ato lesivo autorreferente²¹, ou assentem com que o pratiquem contra si.

Aponta a doutrina que intervenções estatais embasadas na dignidade como heteronomia, para serem consideradas justificáveis, devem levar em conta três fatores principais: a fundamentalidade do bem jurídico atingido (“os bens jurídicos devem ser fundamentais à preservação da autonomia individual”²²); o potencial dano aos sujeitos de direito; e o grau de consenso social sobre a matéria, lembrando-se de resguardar as liberdades básicas do sujeito, ainda que exercidas em sentido contra majoritário²³. Entende-se, não obstante, que se deve levar em conta o fato de que nem todo comportamento lesivo compreende uma violação à dignidade. A violação à dignidade remete a situações inumanas, nas quais o indivíduo se encontre sob o arbítrio alheio, incapaz de se autodeterminar, impotente diante de agressões e desprovido de proteções sociais ou estatais. Nessas circunstâncias, resta destruída a confiança própria do indivíduo lesado - não mais autoconsciente de seu autopertencimento enquanto sujeito autônomo -, bem como seus laços de intersubjetividade social – esmorecendo as expectativas normativas e morais nutridas reciprocamente para com as demais pessoas integrantes do tecido social²⁴.

O sistema jurídico brasileiro, herdeiro da tradição jurídica continental europeia, baseia sua construção normativa na figura do bem jurídico. A definição de “bem jurídico” não é pacífica, ainda que boa parte da doutrina sustente serem os bens jurídicos interesses humanos individuais ou coletivos, legalmente protegidos.. Outros, ainda, afirmam que bens jurídicos são “*dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional*”²⁵.

Adotar-se-á, entretanto, a concepção de bem jurídico presente na obra de Eugênio Raúl Zaffaroni. O bem jurídico, segundo o jusfilósofo argentino, é definido como a “*relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto*”²⁶, devendo-se evitar a formulação que insere o termo “*pessoa*” no lugar de “*sujeito*”, uma vez que

²¹ MAIHOFER, W. **Estado de derecho y dignidade humana**. Montevideo: B e F Ltda., 2008, p. 6.

²² MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 223.

²³ BARROSO, L. “Aqui, lá e em todo lugar”; A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: **Revista dos Tribunais**, RT 919, 2012, p. 179-180.

²⁴ MAIHOFER, W. **Estado de derecho y dignidade humana**. Montevideo: B e F Ltda., 2008, p. 8-17.

²⁵ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 89.

²⁶ ZAFARONI, E. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 466, tradução livre.

os sujeitos, algumas vezes, não são pessoas, podendo sequer serem ainda existentes (como no caso do aborto²⁷ e das gerações futuras²⁸).

Ainda que comumente os bens jurídicos sejam referidos como homônimos dos objetos (vida, patrimônio, liberdade, etc.), “sua essência consiste na relação de disponibilidade do sujeito com estes objetos e não nos objetos em si mesmos”²⁹. Nesse sentido, não se pode falar em bens jurídicos indisponíveis, na medida em que quando os direitos deixam de ser disponíveis por um ser humano, convertem-se no direito de outro ente distinto do indivíduo e o reduzem a um mero sujeito obrigado. Ao se reconhecer a indisponibilidade de um bem jurídico, separa-se o inseparável (o sujeito do objeto), criando-se um direito com referência pura ao objeto, sem alusão à vontade de seu titular, formulação que carece de sentido.

Afirmar que existem bens jurídicos indisponíveis é, ademais, incorrer no erro de associar, indistintamente, disposição e destruição. A destruição configura o limite da disposição, de modo que sempre que houver destruição consentida, haverá disposição em seu máximo grau, porém nem sempre que houver disposição, haverá destruição. A destruição da relação de disponibilidade entre sujeito e objeto, seja através da destruição de um dos elementos da relação, seja via eliminação do elo relacional, é ao que as doutrinas que pretendem inferir a “indisponibilidade de bens jurídicos” se referem.

Compreende-se, a partir disso, que o bem jurídico é composto de uma parcela subjetiva e outra objetiva, ambas compondo a relação de disponibilidade que o configura. Contudo, o objeto de proteção da norma é a relação entre ambos, e não somente um deles. Nesse sentido, perspectivas que definem o bem jurídico como uma entidade objetiva ideal são indesejáveis, pois “aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos *à la volonté*, para legitimar qualquer norma que se

²⁷ “[...] por um lado, a vida do embrião não é disponível por qualquer motivo, mas, por outro, ela se mostra passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia. [...] se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção”. ROXIN, Claus. **A Tutela Penal da Vida**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003, p. 16-17.

²⁸ “[...] los beneficios de las generaciones presentes no pueden invocarse para depredar el planeta em detrimento de la conservación de la especie humana y la calidad de vida de los humanos del futuro, lo que obliga a rechazar una vez más la tesis personalista estricta, y a reconocer que los humanos aún no existentes son también sujetos de bienes jurídicos”. ZAFARONI, E. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 471.

²⁹ ZAFARONI, E. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 466, tradução livre.

deseje”³⁰. A supervalorização da dimensão objetiva gera uma tendência interventiva na postura jurídica do Estado, o que torna relevante a importação de doutrinas anglo-saxônicas relacionadas ao *harm principle*, a fim de evitar a proibição de comportamentos não lesivos ou somente lesivos aos interesses daquele que os praticou ou consentiu com a prática do ato lesivo, autônoma e responsavelmente.

Somente quando se está diante de um sujeito sem autonomia e, portanto, não responsável, é que se pode concluir por sua impossibilidade de consentir sobre lesões a si, enquanto integrante da relação sujeito/objeto que caracteriza o bem jurídico. Nestes casos, intervenções serão válidas, desde que fundadas na expectativa de que o destinatário da medida, caso “não estivesse em estado de vulnerabilidade, não aceitaria a lesão ao seu bem jurídico”³¹, e/ou de que o bem jurídico tutelado seja fundamental à preservação da autonomia futura do sujeito.

A dignidade humana, portanto, configura a base essencial à criação de normas garantidoras de direitos fundamentais. Tais direitos asseguram aos sujeitos de direito a legítima pretensão subjetiva de proteção jurídico-normativa de seus bens jurídicos, objetos de proteção da norma. Os bens jurídicos, por seu turno, remetem à relação de disponibilidade entre sujeito e objeto, que será protegida nos limites dos interesses do sujeito da relação, garantida a manutenção de bens jurídicos alheios.

1.2 PLURALIDADE, TOLERÂNCIA E IGUALDADE

A dignidade como autonomia, abordada no item precedente, “valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral”³². Uma política democrática, entretanto, não pode ser concebida sem se reconhecer que, em seu interior, haverá conflitos de crenças, valores e direitos³³. A inevitabilidade dos conflitos em sociedade exige uma reflexão atenciosa sobre as ideias de pluralidade

³⁰ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 88.

³¹ MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 223.

³² BARROSO, L; MARTEL, L. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010, p. 21. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 19/10/2017.

³³ MOUFFE, C. Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy. In: MOUFFE, C. (Org.). **Deconstruction and Pragmatism**. Taylor & Francis e-Library, 2005, p. 8.

e tolerância, bem como liberdade e igualdade, conceitos que circunscrevem a teoria política democrática, constituindo seus alicerces e suas limitações.

A fundação do plural remete à Bíblia, no livro do Gênesis 11:1-11, em que consta o Mito da Torre de Babel. Esse mito descreve, sob a ótica divina do antigo testamento, a perda de consenso entre os homens e o início da pluralidade. “O mito de Babel apresenta a expulsão da humanidade de um paraíso unitário, cujo conteúdo político poderia se caracterizar por um nome claro: *consensus*, a perfeita concordância de mentalidades e missões”³⁴. A concordância plena que teria sido desfeita alude à ideia de universalização de perspectivas e consciências, o que somente se pode aventar através de promessas redentoras, religiosas ou laicas, típicas do medievo e da modernidade, respectivamente. A contemporaneidade, contudo, configura a perfeita antinomia do mito de Babel. Trata-se de uma era marcada pelo “atomismo político”, fruto da derrocada dos grandes projetos políticos do século XX, que acreditavam em uma verdade política universal e redentora. Como já se cansou de afirmar e, na prática, confirmar, “toda vez que a política promete ser redentora, promete demais [...] a redenção sempre foi uma má ideia”³⁵.

Na perspectiva política hodierna, percebe-se que o consenso não diz respeito àquilo com que todos concordam, mas às concepções daqueles mais poderosos que, no interior da disputa política, prevalecem e fazem valer suas crenças como se fossem lógicas, verdadeiras e racionais, em detrimento daquelas crenças perdedoras, consideradas irracionais e falsas. Todo e qualquer consenso “existe como um resultado temporário de uma hegemonia provisória, como uma estabilização do poder, sempre acarretando alguma forma de exclusão”³⁶. A estabilidade contínua significaria o fim da política e da ética³⁷, que firmam suas bases em composições sociais heterogêneas, nas quais o ser humano individual aparece determinado por algum *éthos* – modo de ser e agir do indivíduo – “escravo de preconceitos ou ideologias, originário de uma tradição e pertencendo a um grupo étnico, religioso, cultural ou econômico”³⁸.

³⁴ SLOTERDIJK, Peter. **No Mesmo Barco**: ensaio sobre a Hiperpolítica. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 12.

³⁵ RORTY, R. **Uma ética laica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, p. 22.

³⁶ MOUFFE, C. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000, p. 104, tradução livre.

³⁷ MOUFFE, C. Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy. In: MOUFFE, C. (Org.). **Deconstruction and Pragmatism**. Taylor & Francis e-Library, 2005, p. 10.

³⁸ AURÉLIO, D. **Um fio de nada**: ensaio sobre a tolerância. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 55.

A política democrática, cara à pluralidade em detrimento de autoritarismos descabidos, não necessita de um consenso final como motivo de seu empreendimento, não podendo “ter por objetivo a harmonia e a reconciliação”³⁹. Não se trata de um projeto rumo à redenção proporcionada pelo consenso universal, no qual a unidade prevaleceria estável e harmônica e os conflitos cessariam. Uma política democrática pluralista deve abrir espaço para a expressão do dissenso, através de interesses e valores conflitantes. O conflito de perspectivas “não é acidente histórico, mas traço permanente da cultura política democrática que remete aos limites naturais da razão humana”⁴⁰, ao acolhimento das diversidades e o reconhecimento da pluralidade do tecido social⁴¹. O dissenso, nesse sentido, não pode ser enxergado como um obstáculo temporário, a ser ultrapassado para que se chegue ao consenso, visto que “acreditar que uma solução final do conflito é eventualmente possível, é colocar o projeto democrático pluralista em risco”⁴².

Para que exista uma democracia é preciso que haja “uma sociedade democrática, ou seja, uma pluralidade de interesses e de poderes sociais difusos, distintos do poder político e que a ele não podem se submeter”⁴³. Resta imprescindível às democracias pulsantes que se fomente a discussão e o desacordo, uma vez que, conforme já preconizava John Stuart Mill⁴⁴, as crenças tidas como as mais sólidas não possuem outra salvaguarda, senão o permanente convite para que todos tentem prová-las infundadas⁴⁵. Se o desafio não é aceito ou, se aceito, as tentativas fracassam, tem-se uma prova empírica de que as crenças e expectativas normativas vigentes ainda se justificam e adequam às relações sociais. Tais concepções são, assim, reforçadas, o que não impede novos questionamentos e embates que poderão vir a demonstrá-las parcial ou totalmente injustificáveis.

Para além do fim da pluralidade, atingir um consenso universal significaria o fim da tolerância, pois não seria preciso tolerar. Para haver tolerância, deve haver

³⁹ MOUFFE, C. Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy. In: MOUFFE, C. (Org.). **Deconstruction and Pragmatism**. Taylor & Francis e-Library, 2005, p. 8, tradução livre.

⁴⁰ ARAÚJO, E; MARIN, B. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, E; SALGADO, E (Coord.). **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 47.

⁴¹ FONSECA, A; RODRIGUES, L; FONSECA, R. Democracia e heterotopia: uma análise do espaço democrático. **Cadernos do programa de pós-graduação da faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 9, nº. 2, 2014, p. 13.

⁴² MOUFFE, C. Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy. In: MOUFFE, C. (Org.). **Deconstruction and Pragmatism**. Taylor & Francis e-Library, 2005, p. 8, tradução livre.

⁴³ GALLI, C. **El mal estar de la democracia**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 38, tradução livre.

⁴⁴ MILL, J. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010, p. 109.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 65.

diferença e conflito. “Como condições de possibilidade para a existência de uma democracia pluralista, os conflitos e antagonismos constituem, ao mesmo tempo, a condição da impossibilidade de sua realização final”⁴⁶ em um consenso estável e harmônico. Suportar as diferenças e a pluralidade num ambiente de tolerância implica, antes de tudo, não eliminar as distinções entre indivíduos, o que exige uma detida reflexão sobre as dificuldades da concretização do princípio da igualdade em um universo jurídico e político no qual se prese pela liberdade individual.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF/88), prevê expressamente em seu preâmbulo o compromisso de assegurar uma sociedade pluralista, aparentemente adotando uma perspectiva consensualista, fundada na harmonia social⁴⁷. No aspecto político, a pluralidade se encontra resguardada no artigo 1º, inciso V⁴⁸, da CF/88, sendo também assegurada a pluralidade educacional, no artigo 206, inciso III⁴⁹, do texto constitucional. Não obstante e de extrema importância, a CF/88 protege a diversidade e pluralidade cultural, conforme se retira dos artigos 215, *caput* e §3º, inciso V⁵⁰, e 216-A, §1º, inciso I⁵¹.

A ideia de tolerância, por incrível que pareça, não encontra menção expressa no texto constitucional, sendo abarcada e fazendo-se valer, indiretamente, através das liberdades individuais constitucionalmente asseguradas, tais como a liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, incisos VI e VIII, da CF/88⁵²).

⁴⁶ MOUFFE, C. Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy. In: MOUFFE, C. (Org.). **Deconstruction and Pragmatism**. Taylor & Francis e-Library, 2005, p. 11, tradução livre.

⁴⁷ “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]”.

⁴⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político.

⁴⁹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

⁵⁰ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...] 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: [...] V - valorização da diversidade étnica e regional.

⁵¹ Art. 216-A. [...] § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: I - diversidade das expressões culturais.

⁵² Art. 5º [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política [...].

Capaz de conflitar com a pluralidade e liberdade, na medida em que se busque tornar todos iguais, ao invés de tratar todos de igual modo, o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) se desdobra em duas distintas concepções. A primeira se chama “isonomia”, ao passo em que a segunda se denomina “equidade”.

Pode-se definir “isonomia”, grosso modo, como a igualdade formal, típica dos Estados Liberais de Direito, que operavam de maneira frugal, abstendo-se ao máximo de limitar os direitos e as liberdades dos cidadãos. A isonomia prevê o tratamento igualitário a todos, independentemente de suas distinções concretas. Trata-se da submissão de todos os indivíduos às mesmas leis, não se restringindo “a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”⁵³. A partir desta acepção, entretanto, ignora-se, a exemplo das declarações de igualdade formal da modernidade clássica - como a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, datada do final do século XVIII –, as diferenças entre indivíduos e grupos⁵⁴.

O papel do Estado, entretanto, ao longo da modernidade, foi alvo de acirradas discussões. Questionava-se se “[...] o Estado deveria fornecer apenas segurança ou também o bem-estar físico e moral da nação”⁵⁵. Teóricos liberais, tendentes à primeira hipótese, alinhavam-se à ideia de igualdade enquanto isonomia, buscando limitar a ação do Estado à garantia da segurança dos cidadãos, afirmando que o Estado somente poderia agir sobre as ações de uns que implicassem avanço injustificado sobre os direitos dos demais⁵⁶; para decidir casos de direitos em disputa; e para corrigir uma infração e punir o infrator⁵⁷. Assim, “caberia ao poder público a garantia da polícia, da propriedade privada, além da defesa da concorrência e a construção de algumas obras públicas necessárias à sociedade, mas que não interessavam economicamente ao mercado”⁵⁸.

⁵³ MELLO, C. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 13.

⁵⁴ AURÉLIO, D. **Um fio de nada**: ensaio sobre a tolerância. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 58.

⁵⁵ HUMBOLDT, W. **Os Limites da Ação do Estado**. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004, p. 140.

⁵⁶ MILL, J. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010, p. 49 e 170.

⁵⁷ HUMBOLDT, W. **Os Limites da Ação do Estado**. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004, p. 260.

⁵⁸ GABARDO, E. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 396f. Curitiba, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível

Noutra senda, teóricos afetos a uma perspectiva social, preconizavam a expansão da função do Estado, considerando o individualismo liberal egoísta⁵⁹, formador de uma sociedade que não poderia oferecer senão uma simples aglomeração não duradoura de indivíduos, cada um dos quais ocupados com seu próprio bem-estar⁶⁰. Chegava-se ao ponto de afirmar que o indivíduo propriamente dito não existia, mas somente a Humanidade, pois todo desenvolvimento se deveria à sociedade, sob qualquer aspecto a partir do qual fosse encarado⁶¹.

No final do século XIX e início do século XX, sob a influência de doutrinas de caráter predominantemente social, notou-se que os direitos individuais eram sacrificados ou espoliados não apenas pelos detentores do poder político estatal, mas também pelos detentores do poder econômico. “Incorporou-se, então, ao ideário do Estado de Direito o ideal social, surgindo o Estado Social de Direito, também conhecido como Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) e Estado-Providência”⁶². Neste novo período, o desafio político passou a ser adequar os enunciados normativos isonômicos às realidades concretas, corrigindo as discrepâncias geradas entre desiguais que, igualados abstratamente pelas mesmas leis, não possuíam suas distinções materiais levadas em consideração. Busca-se, através da igualdade material, corrigir os vícios da igualdade formal isonômica, concedendo tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. A isto se chama “equidade”.

A equidade exige que o Estado deixe seu caráter frugal e aja positivamente na realidade concreta com fins de promover as condições materiais necessárias para que os cidadãos fruam de seus direitos, impedindo que a liberdade de um indivíduo limite demasiadamente a liberdade de outro. Estabelece-se uma “obrigação explícita do aparato do Estado de dar suporte e assistência (seja em dinheiro ou em espécie) àqueles cidadãos que têm necessidades [...]”⁶³. Para operar de maneira válida tais “discriminações positivas”, o Estado deve conferir um tratamento desigual baseado

em: <http://www.dominiopublico.gov.br/DetailObraForm.do?select_action=&co_obra=190515>.

Acesso em: 29, outubro, 2017, p. 141.

⁵⁹ COMTE, A. **Discurso preliminar sobre o espírito positivo**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/comte.pdf>>. Acesso em: 17/07/2017, p. 127.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 130.

⁶¹ *Ibidem*, p. 139.

⁶² MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 50.

⁶³ DIERTELEN, P. Paternalismo y Estado de Bienestar. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 176, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

em uma peculiaridade diferencial específica que guarde correlação lógica para com “a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*”⁶⁴. Em outras palavras, deve-se investigar se o critério erigido como determinante de um tratamento desigual se relaciona de maneira direta e lógica com o tratamento desigual que se busca implementar no intuito de atingir fins constitucionalmente desejáveis⁶⁵.

O direito à igualdade encontra inúmeras menções constitucionais. O conceito geral de igualdade enquanto isonomia é previsto no artigo 5º, *caput* e inciso I⁶⁶, da Constituição Federal. A isonomia, entretanto, dissipa-se pelo texto constitucional, assegurando a igualdade processual (artigo 5º, inciso LV⁶⁷), a igualdade de direitos políticos (artigo 14, *caput*⁶⁸), igualdade para contratar com a administração pública (artigo 37, XXI⁶⁹), acesso igualitário à saúde (artigo 196⁷⁰), acesso igualitário ao ensino (artigo 206, inciso I⁷¹), igualdade na relação familiar (artigo 226, §5º⁷²). Como equidade, encontra-se o compromisso da República Federativa do Brasil em reduzir desigualdades sociais e regionais (artigos 3º, inciso III⁷³; 43, *caput*⁷⁴ e 170, inciso VII⁷⁵) e a vedação de discriminações negativas (artigo 5º, inciso XLI⁷⁶). O artigo 150,

⁶⁴ MELLO, C. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 24, itálico original.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 48.

⁶⁶ Art. 5º [...] I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁶⁷ Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁶⁸ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...].

⁶⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...].

⁷⁰ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁷¹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

⁷² Art. 226. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁷³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁷⁴ Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

⁷⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

inciso II⁷⁷, por fim, referente à igualdade tributária, remete tanto à isonomia, quanto à equidade, vedando o tratamento desigual de iguais, porém admitindo o tratamento desigual de desiguais.

A igualdade se mostra como um limitador da liberdade e das diferenças, para que essas, juntas, não acentuem demasiadamente uma à outra. Não obstante, deve-se frisar que a liberdade individual se encontra sempre limitada, seja pelo choque com outros valores (como a igualdade), seja por condições concretas que condicionam seu exercício, seja em razão de sua própria origem que a circunscreve. “A lei da liberdade é, ao mesmo tempo, a lei da coerção”⁷⁸, pois estabelece a condição de existência do ser humano livre, qual seja, o enunciado vinculante que o diga. Linguisticamente fundadas e circunscritas, as liberdades limitam umas às outras até o ponto em que a relação de poder se torna tão desigual que uma das partes se submete inteiramente aos interesses da outra. Relações autoritárias desta natureza são o que uma política democrática deveria evitar.

A busca pelo equilíbrio entre pluralidade, tolerância e liberdade, de um lado, com a igualdade, de outro, faz parte do Estado Democrático de Direito. Sob esta perspectiva, será abordada, doravante, a relação entre indivíduos e Estado, no que tange à liberdade de agir individual, tendo em conta os conceitos fundamentais aqui brevemente expostos.

⁷⁶ Art. 5º. [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

⁷⁷ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

⁷⁸ DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 106.

2 O INDIVÍDUO ENQUANTO PESSOA LIVRE E AUTÔNOMA

Abordadas noções essenciais ao entendimento da proposta, função e limites da atuação de um Estado que se pretenda um Estado Democrático de Direito, parte-se, neste capítulo, à análise da liberdade humana, em termos filosóficos e jurídicos.

Primeiramente, serão estabelecidos alguns marcos conceituais que ajudarão a compreender a liberdade dos indivíduos em sociedade, enquanto sujeitos autônomos e responsáveis, pessoas submetidas às normas e destinatárias de expectativas sociais e jurídicas.

Diferenciados indivíduo, sujeito e pessoa, passar-se-á ao exame da liberdade filosófica que, como será explanado, funda-se a partir do poder intersubjetivo dos signos e da faculdade performativa da linguagem, que estabelecem as condições de existência da liberdade humana, independentemente de um substrato material.

Por fim, será analisado de que modo a noção de ser humano livre é recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, perpassando os conceitos de personalidade jurídica, capacidade jurídica de direito e de fato e imputabilidade.

Almeja-se, a partir dessas reflexões, compreender os fundamentos da liberdade humana em sociedade e de que modo essa liberdade, concomitantemente, fundamenta e limita a autoridade representativa do Estado democrático e, com isso, circunscreve os âmbitos de sua atuação legítima.

2.1 INDIVÍDUO, SUJEITO E PESSOA: UMA ABORDAGEM CONCEITUAL

A aplicação do conceito de “indivíduo” para se referir a seres humanos não encontra correspondente na antiguidade clássica⁷⁹, uma vez que, à época, os agrupamentos humanos eram mais valorizados do que as singularidades humanas, o que dificulta uma análise etimológica. Supõe-se, entretanto, que o termo “*individuum*” tenha sido cunhado por Cícero (106-43 a.C), quando da tradução⁸⁰ para o latim do termo equivalente “*átomon*” (indivisível) do grego⁸¹. Veja-se que a palavra “*átomon*” se refere às singularidades em geral, unas e indivisíveis, ou seja, à “individualidade (o átomo é o individual, indivisível, a determinação da

⁷⁹ “[...] não havia nenhum equivalente do conceito de ‘indivíduo’ nas línguas antigas”. In: ELIAS, N. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 131.

⁸⁰ “‘Indivíduo’ é a tradução de ‘átomo’, ainda que assim apenas nos representemos, nisto, imediatamente um singular concreto”. In: SOUZA, J. (Org.). **Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996, p. 275.

⁸¹ ULLMANN, R. Indivíduo. **Teocomunicação**, Porto Alegre, v. 39, n. 2, maio/ago. 2009. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/download/6834/4977>. Acesso em: 15/10/2017, p. 206.

subjetividade)”⁸². Não o faz, porém, em termos políticos, remetendo a seres humanos específicos, mas em termos ontológicos, aludindo às parcelas mínimas e indivisíveis do ser. Foi somente a partir da modernidade que o vocábulo “indivíduo” adquiriu os ares que hoje possui, passando a traduzir “a ideia de que todo ser humano do mundo é ou deve ser uma entidade autônoma e, ao mesmo tempo, [...] diferente de todos os demais”⁸³, enquanto singularidade humana insubstituível.

O indivíduo humano é guiado pela lógica da independência e da autossuficiência. A supervalorização e absolutização dessa independência, realizada por doutrinas individualistas, enseja a recusa de qualquer regra limitante das vontades arbitrárias do indivíduo, uma vez que aceitar “tais regras ou tais limites seria levar em consideração o problema das relações com o outro e as condições necessárias à coexistência – problema cuja simples consideração já significaria que o indivíduo não se basta [...]”⁸⁴. Perspectivas individualistas foram acusadas de serem solipsistas e acentuarem o egoísmo entre os seres humanos, implicando na retomada do significado negativo do termo grego “*idiotes*”, traduzido para o português hodierno como “idiota”, que alude ao “que pensavam os gregos da era clássica a respeito de alguém que não desempenhasse nenhum papel nas questões públicas do Estado”⁸⁵. Neste sentido, diz-se que o individualismo moderno teria contribuído para o surgimento de um ser humano monádico (referente às mônadas, de Gottfried Wilhelm Leibniz, individualidades distintas⁸⁶ e independentes entre si, que “não possuem janelas por onde alguma coisa possa nelas entrar ou delas sair”⁸⁷), “para o qual a ação recíproca com o próximo, que define o pertencer a uma comunidade, tende a se tornar rigorosamente estranha a sua auto-afirmação”⁸⁸.

Noutra senda, em teorias cuja ênfase se volta ao elemento social e coletivo, pensa-se a sociedade como algo que existe antes e independentemente dos indivíduos, servindo-se deles enquanto meios instrumentais à consecução de um fim comunitário coletivo. Os críticos consideram que não se deve admitir a sobreposição

⁸² SOUZA, J. (Org.). **Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996, p.274.

⁸³ ELIAS, N. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 130.

⁸⁴ RENAUT, A. **O Indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, p. 61.

⁸⁵ ELIAS, N. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 131.

⁸⁶ LEIBNIZ, G. **Monadologia**. Oviedo: Pentalfa Ediciones, 1981, p. 79.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 77, tradução livre.

⁸⁸ RENAUT, A. **O Indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, p. 35.

do coletivo ao singular a ponto de sufocar a individualidade dos membros da sociedade em questão, restringindo seus direitos e impedindo-os de perseguir objetivos próprios.

Ambas as perspectivas, entretanto, são alvo das críticas daqueles que compreendem a interdependência mútua entre indivíduos que convivem em sociedade, bem como a necessidade de equilíbrio entre as liberdades individuais e a busca de fins sociais. Autores como Wilhelm Von Humboldt chegaram a sustentar que somente “através da união social, por conseguinte, baseada nos desejos e capacidades internos de seus membros, que cada um torna-se capacitado para participar nos ricos recursos coletivos de todos os outros”⁸⁹. Entretanto, um dos maiores expoentes deste equilíbrio teórico foi Norbert Elias, em *A Sociedade dos Indivíduos*, obra na qual afirma acertadamente que uma sociedade “consiste em indivíduos distintos e todo indivíduo humano só se humaniza ao aprender a agir, falar e sentir no convívio com outros”⁹⁰. Neste sentido, a sociedade sem indivíduos ou o indivíduo sem a sociedade é um absurdo. Aquele que cresce fora do convívio humano não passa pelo processo social de moldagem e não “desenvolve as características e estilos comportamentais que o distinguem de todos os demais membros de sua sociedade. *A sociedade não apenas produz o semelhante e o típico, mas também o individual*”⁹¹.

Distinta da concepção de indivíduo, porém tão relevante quanto, é a ideia de “sujeito”. A subjetividade humana remete à convicção de que a “humanidade do homem é definida pelo poder de ser ele mesmo o fundamento de seus atos e de suas representações”⁹². O ser humano moderno é entendido nos termos da dualidade corpo/alma ou corpo/razão. A parcela racional corresponde ao indivíduo enquanto sujeito, ao passo em que a parcela corporal diz respeito ao indivíduo enquanto objeto. O ser humano, portanto, pertence tanto ao mundo inteligível, quanto ao mundo sensível. Como sujeito, confronta e se distancia do mundo e de sua concretude, deliberando e abstraindo conceitos e experiências, a fim de conhecer a natureza (objetos do conhecimento) e submeter sua parcela corporal aos ditames da razão. Enquanto objeto, percebe-se como parte do mundo dos

⁸⁹ HUMBOLDT, W. **Os Limites da Ação do Estado**. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004, p. 144.

⁹⁰ ELIAS, N. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 67.

⁹¹ *Ibidem*, p. 55-56, itálico original.

⁹² RENAUT, A. **O Indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, p. 78.

fenômenos físicos. Um “duplo papel de observador e observado, conhecedor e conhecido, sujeito e objeto”⁹³.

Não obstante o duplo papel de sujeito e objeto, em termos epistemológicos, há um duplo papel de sujeito e sujeitado, em termos éticos, políticos e jurídicos. A razão moderna, frise-se, possui caráter universal, sendo compartilhada por todos os seres humanos. A racionalidade é necessária, pois universal, de modo que quando exercida de maneira pura, sem a influência de elementos contingentes, deve atingir conclusões aplicáveis a toda a humanidade. O sujeito, portanto, não somente exerce a racionalidade, como também se submete aos postulados da razão, sendo-lhe reservadas tanto a posição de sujeito, como de sujeitado, dado que possui capacidade de deliberação e abstração que lhe permitem atingir conclusões normativas válidas e vinculantes a si e a todos os demais seres humanos racionais com os quais se relacione. A ideia de “sujeito”, portanto, “*não se reduz à de indivíduo, mas, ao contrário, implica uma transcendência, uma ultrapassagem da individualidade, encerra em si a intersubjetividade e, assim, a comunicação em torno de uma esfera comum de princípios e valores*”⁹⁴. O sujeito não possui independência, mas autonomia, exercida em compasso ao exercício da subjetividade dos demais sujeitos com os quais convive.

Assim como o indivíduo não amadurece sem o convívio social, “a subjetividade concreta sempre se desenvolve numa socialidade”⁹⁵. Inexistente uma sociedade na qual o indivíduo se insira, igualmente inexistem as condições para a formação da subjetividade, o que impede que o indivíduo se delimite e compreenda como sujeito⁹⁶. Resta saber como se constitui uma sociedade de indivíduos e sujeitos.

A constituição da sociedade e, por conseguinte, das pessoas e dos sujeitos, tem lugar por meio de normas⁹⁷. Remete-se, aqui, a normativas não necessariamente jurídicas, mas também sociais, que prescrevem a disposição da realidade e a distribuição do sensível de uma maneira específica e determinada. A partir de prescrições normativas, cada indivíduo assume um determinado papel social, a ser desempenhado com base nas expectativas normativas, linguisticamente fundadas, dos demais agentes sociais. Assumido o papel social, o indivíduo se torna

⁹³ ELIAS, N. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 89.

⁹⁴ RENAUT, A. **O Indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, p. 90.

⁹⁵ JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003, p. 14.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 15, 17.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 10.

pessoa, “uma entidade autônoma, capaz de se identificar como autônoma e saber que os demais a identificam como tal”⁹⁸.

A pessoa “constitui o primeiro princípio da sociedade civil. Mas a pessoa particular está, por essência, em relação com a análoga particularidade de outrem, de tal modo que cada uma se afirma e satisfaz por meio da outra”⁹⁹, ou seja, à constituição da pessoa é imprescindível a dimensão relacional e comunicacional, que permite ao sujeito se perceber e posicionar no mundo. No emaranhado de inter-relações sociais, a pessoa é a máscara; o papel que o sujeito desempenha. A pessoa não corresponde à expressão da subjetividade individual, tratando-se da “representação de uma competência socialmente compreensível”¹⁰⁰ assumida pelo indivíduo em sociedade. Na medida em que para cada membro da sociedade obedecer às normas de convívio, muitas vezes, não configura a opção mais aprazível, “o direito imputa às pessoas a tarefa de querer observar as normas como seu dever. Pessoa é aquele que é responsável; a capacidade de observar a norma se imputa à pessoa”¹⁰¹.

Somente enquanto pessoa, portanto, o indivíduo “é capaz de responder pelos seus atos, de prestar contas sobre eles, de se responsabilizar por eles”¹⁰², quando violar as expectativas normativas dos demais agentes sociais. Estas restam frustradas na medida em que se descumpre com algum papel social e, assim, o tecido social reage, responsabilizando o agente, a fim de restaurar a validade e a confiança na norma. A noção de pessoa implica que o indivíduo, não obstante circunscrito e limitado sob diversas formas, não deixa de se reconhecer e ser reconhecido como livre pelos demais e, enquanto pessoa, torna-se destinatário de “direitos e deveres construídos comunicativamente”¹⁰³¹⁰⁴.

⁹⁸ RANCIÈRE, J. Critical question on the theory of recognition. In: HONNETH, A; RANCIÈRE, J. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016, p. 87, tradução livre

⁹⁹ HEGEL, G. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 167-168.

¹⁰⁰ JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003, p. 30.

¹⁰¹ JAKOBS, G. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: GUIRAO, R. (Org.). **El problema de la libertad de acción en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 148, tradução livre e itálico original.

¹⁰² Observação de Jacques Rancière sobre a filosofia hegeliana. In: RANCIÈRE, J. Critical question on the theory of recognition. In: HONNETH, A; RANCIÈRE, J. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016, p. 87, tradução livre.

¹⁰³ JAKOBS, G. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: GUIRAO, R. (Org.). **El problema de la libertad de acción en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 157, tradução livre.

2.2 LIBERDADE EM TERMOS LINGUÍSTICOS

Diante das vicissitudes e condicionantes sociais às quais os indivíduos estão submetidos e tendo em conta os estudos provenientes das ciências psicológicas e neurológicas¹⁰⁵, que progressivamente negam os âmbitos de liberdade humana, torna-se inviável tratar da liberdade humana senão em termos linguísticos, enxergando o indivíduo em sociedade como permanente destinatário da norma e das expectativas normativas dos demais, que lhe atribuem, através de convenções e signos, capacidades e liberdades típicas do sujeito enquanto pessoa.

A filosofia da linguagem, diferentemente das filosofias precedentes, obriga a olhar não para indivíduos isolados autossuficientes, mas para pessoas e interações humanas, analisando intersubjetividades capazes de produzir sistemas complexos de signos e sujeitos que vinculam atitudes, emoções e constroem o tecido social.

A origem linguística da liberdade remonta à modernidade, ainda que à época não tenha a liberdade sido pensada em termos linguísticos. As declarações modernas de direitos construíram repúblicas sob o pretexto de revelá-las ou descrevê-las; erigiram núcleos fundamentais de direitos invioláveis, a maioria dos quais permanecem nos textos constitucionais atuais do ocidente, através de “afirmações performativas disfarçadas de constativas”¹⁰⁶.

Note-se que a liberdade humana, para existir, depende somente de sua própria enunciação pelos sujeitos sociais. Enunciada sua validade e fundamentalidade principiológica, ficam estabelecidas as condições e o modo de agir em conformidade à crença e às expectativas que se criam a partir de atos de enunciação

¹⁰⁴ “[...] é o sujeito uma pessoa. Implica a noção de personalidade que, não obstante eu ser tal indivíduo complementar determinado e de todos os pontos de vista definido (no meu íntimo livre-arbítrio, nos meus instintos, no meu desejo, bem como na minha extrínseca e imediata existência), não deixo de ser uma relação simples comigo mesmo e no finito me conheço como infinitude universal e livre”. In: HEGEL, G. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 39.

¹⁰⁵ Experiências neurológicas, realizadas por Benjamin Libet (1916-2007), na Califórnia, Patrick Haggard e Martin Eimer, no Reino Unido, John Dylan-Haynes, em Berlin, entre outros, foram capazes de, através da ressonância magnética, antecipar a reação do examinado mesmo segundos antes do momento em que ele tomava consciência de sua intenção de agir. A conclusão dos cientistas foi de que “a decisão percebida como consciente não poderia escolher nem iniciar a ação” (BUSATO, P. Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal. In: BUSATO, P. (Org.) **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 51), visto que a consciência da intenção de agir seria ulterior à tomada da decisão de realizar aquela ação pelo organismo, através da atividade cerebral.

¹⁰⁶ DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 106-107.

performativos¹⁰⁷¹⁰⁸. Enunciações performativas, tais como: “somos livres”, “somos iguais” e “somos tolerantes”, são sentenças que “exaurem a sua própria legitimidade em seu ato de enunciação”¹⁰⁹, não possuindo substrato ontológico capaz de possibilitar a verificação de sua veracidade ou falsidade. O critério de verificação dos enunciados performativos é o sucesso ou insucesso da enunciação e esta será bem sucedida quando da prática de atos contemporâneos e subsequentes a ela que se conformem aos seus conteúdos, tomando-os como pressupostos do agir sincero, em cumprimento às expectativas geradas, tais como a de que a pluralidade existe (enunciado constativo) e deve ser conservada a partir da tolerância e de que é possível fazê-lo, uma vez que as pessoas são livres e iguais umas às outras, devendo assim se comportar e tratar respectivamente.

Na modernidade, criou-se o Homem (sujeito universal/natureza humana) por e para o próprio homem, num movimento imprescindível à justificação e racionalização da ampla gama de direitos (hoje considerados fundamentais) que surgia. Em outras palavras, a natureza humana foi “inventada como uma justificativa retroativa para os direitos sem precedentes criados”¹¹⁰, ainda que o que se pretendesse fosse a descrição de uma natureza humana ontológica. Operou-se uma releitura da figura medieval do “homem livre, enquanto imagem e semelhança de Deus”, duplicando-se a figura do homem e subtraindo-se a imagem de Deus. O homem passou a ser livre, enquanto imagem e semelhança do Homem.

¹⁰⁷ John Langshaw Austin “[...] distingue enunciados constataivos de enunciados performativos: os primeiros descrevem estados de coisas e são passíveis do critério de verificabilidade, isto é, ou são verdadeiros ou são falsos; os segundos, por sua vez, não constata nem descrevem. Em verdade, os performativos executam, realizam. Assim, eles não estão submetidos ao critério de verificabilidade, quer dizer, a eles não cabem os termos verdadeiro/falso. Não obstante ele ser inverificável, o enunciado performativo pode ser ou feliz (*happy*) ou infeliz (*unhappy*). Ele é feliz, quando surte efeito e infeliz, quando é sem efeito”. In: FERRAZ, C. Habermas: da análise da *öffentlichkeit* ao projeto de uma “teoria do agir comunicativo”. **Trans/Form/Ação**, Marília, v.33, n.2, 2010, p. 203-204. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v33n2/v33n2a12.pdf>>. Acesso em: 15/10/2017.

¹⁰⁸ “[...] enunciados performativos, que não afirmam nem negam nada, mas que realizam um acto quando são pronunciados, e a respeito dos quais não é possível aplicar o critério da boa ou má adequação aos factos para concluir da sua veracidade ou falsidade. Estes enunciados não descrevem nenhum estado de coisas, mas realizam qualquer coisa ao serem pronunciados e pelo facto de o serem”. In: FLORES, T. **Agir com palavras: a teoria de actos de linguagem de John Austin**. Escola Superior de Comunicação Social da Universidade Nova de Lisboa, 1994, p. 03. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/flores-teresa-agir-com-palavras.pdf>>. Acesso em: 23/05/2017.

¹⁰⁹ DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 109.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 106-107.

A ideia de sujeito livre “estará presente exatamente naquela medida na qual seja transmitida por meio da comunicação”¹¹¹. Assim, a atitude liberal moderna é a expressão subjetiva autofundante e criadora da crença na liberdade objetiva. Não se pode ter liberdade a menos que nela se acredite¹¹² e, a partir dessa crença, seja ela proclamada e intersubjetivamente estabelecida, o que reforça a crença e permite que, uma vez afirmada a liberdade, seres humanos se obriguem, uns aos outros, a serem livres.

Ao criar a si mesmo, enquanto ser livre, o ser humano

[...] linguisticamente, afirma e, politicamente, legisla, sem qualquer fundamento ou autoridade a não ser ele mesmo. A linguagem performa seu poder de fazer o mundo e estabelece um sistema político baseado em uma liberdade sem fundamento autorreferente. Está na natureza dos direitos humanos serem proclamados, pois não há qualquer humanidade histórica externa para garanti-los. No ato da proclamação, o ‘homem’ não apenas reconhece, mas também afirma sua natureza como livre-arbítrio¹¹³.

A partir da experiência moderna, a ideia de liberdade humana sofreu com diversas reformulações, sendo merecedora de destaque a célebre divisão entre a liberdade negativa e positiva.

O conceito de liberdade negativa é aquele segundo o qual um sujeito é livre “na medida em que há certo espaço externo no interior do qual suas ações podem ser praticadas sem qualquer intervenção de outros sujeitos”¹¹⁴. Nesse sentido, “quanto maior a não interferência, maior minha liberdade”¹¹⁵. À liberdade negativa corresponde, portanto, a “ausência de qualquer impedimento e de qualquer obstáculo, dado que o obstáculo [...] deve indicar uma noção positiva”¹¹⁶, ou a “ausência de toda a força necessitante”¹¹⁷. À liberdade negativa corresponde a maioria das liberdades individuais, garantidas no artigo 5º, da CF/88, tais como

¹¹¹ JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003, p. 14.

¹¹² MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 24.

¹¹³ DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 107.

¹¹⁴ HONNETH, A. Of the poverty of our liberty: the greatness and limits of Hegel’s doctrine of ethical life. In: HONNETH, A; RANCIÈRE, J. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016, p. 161, tradução livre.

¹¹⁵ BERLIN, I. Two concepts of liberty. In: BERLIN, I. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997, p. 195, tradução livre.

¹¹⁶ SCHOPENHAUER, A. **O Livre Arbítrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 23.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 28, itálico original.

liberdade de associação (artigo 5º, inciso XVII¹¹⁸) e liberdade de locomoção/ir e vir (artigo 5º, incisos LIV, LXVI e LXVIII¹¹⁹).

A liberdade positiva, ao seu turno, deriva do “desejo, por parte do indivíduo, de ser seu próprio mestre”¹²⁰, dizendo respeito à qualidade daquele “que se move por ato da própria vontade, não agindo senão em conformidade com essa”¹²¹. Trata-se de depender somente de si, não de forças externas, em um sentido que demanda breve reflexão sobre o conceito de livre-arbítrio e se aproxima da ideia de dignidade enquanto autonomia e autonomia propriamente dita, posteriormente analisada.

O livre-arbítrio alude à liberdade de escolha, remetendo não à liberdade de agir, mas à volição prévia ao exercício do agir e que nele expressa seu sentido comunicativo definitivo. Deve-se ter em conta que ao indivíduo, ainda que seja possível desejar coisas distintas e até mesmo opostas, é reservado somente querer uma coisa singular, vontade esta que se expressa através do ato praticado. “A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesma a agir *em conformidade com a representação de certas leis*”¹²². Até o momento da ação, a vontade “é constantemente mutável”¹²³. Entretanto, apenas um desejo será resolvido e passará ao estado de volição, seguido do ato ou omissão correspondente. O livre-arbítrio não encontra correspondência direta para com a liberdade negativa de agir, posto que, em diversas ocasiões, já se observou alguém que, mesmo “não sendo constrangido por obstáculos materiais, era afastado da ação (para a qual a vontade certamente se determinaria em qualquer outra circunstância) devido a motivos fortuitos [...]”¹²⁴, optando por agir de outro modo que lhe era preferível. Ou seja, o indivíduo concretamente capaz de realizar duas ações distintas, pode (e irá) optar por somente uma delas, mesmo que ambas sejam possíveis de serem realizadas.

¹¹⁸ Art. 5º. [...] XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

¹¹⁹ Art. 5º. [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; [...] LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

¹²⁰ BERLIN, I. Two concepts of liberty. In: BERLIN, I. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997, p. 195, tradução livre.

¹²¹ SCHOPENHAUER, A. **O Livro Arbítrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 24.

¹²² KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, LDA., 2007, p. 67, itálico original.

¹²³ SCHOPENHAUER, A. **O Livro Arbítrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 40.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 25.

Não obstante estar submetido a constringências, o ser humano capaz mantém sua liberdade de escolha plenamente conservada, ainda que da escolha não resulte, necessariamente, a possibilidade concreta de agir conforme o elegido. Um indivíduo com os braços amarrados pode querer alcançar um objeto próximo com as mãos, esforçando-se para tanto, porém não logrando êxito, tendo em conta a limitação em sua liberdade de agir. Seria possível, neste caso, considerar a existência de “uma influência subjetiva e relativa exercida sobre a pessoa de que em espécie se trata, o que, no final, culminaria” no reconhecimento da “supressão parcial da liberdade”¹²⁵, porém não do livre-arbítrio que expressa a inerência da liberdade humana. Adota-se, aqui, a concepção libertária de que “a liberdade de escolha existe independentemente da situação fática”¹²⁶.

Para que seja possível a tomada de uma decisão livre, as opções devem ser limitadas, sendo inviável uma escolha entre opções infinitas. Tal redução de complexidade se dá através de limites normativos e materiais, reduzindo o âmbito de liberdade dos sujeitos, determinados e contidos pelo contexto particular no qual se inserem e pelas possibilidades de ação e justificação que esses contextos oferecem. Contudo, somente por meio da limitação das opções de escolha que se garante a liberdade de escolha plena, desde que haja ao menos duas opções para escolher. O indivíduo, portanto, tem sua liberdade normativa e concretamente limitada, sendo esta limitação o que lhe garante a possibilidade de fazer escolhas livres.

A liberdade, neste sentido, admitiria distintos níveis, dispostos em círculos concêntricos, em que o centro estaria preenchido pela parcela inafastável da liberdade humana, que diz respeito ao livre-arbítrio, à liberdade de escolha e de vontade, objetos da consciência¹²⁷. Em conformidade a estes círculos, o Direito, em observância à situação concreta, atribuirá deveres correspondentes ao âmbito de liberdade com o qual o agente violador da norma contava, para que, se for o caso, este possa ser responsabilizado por seus atos.

A autonomia, por seu turno, retoma a dimensão da ação livre. Em linhas gerais, autonomia diz respeito ao ato de governar-se a si mesmo e dar a si mesmo as próprias leis de ação. O objeto de análise passa a ser não somente a ausência de

¹²⁵ *Ibidem*, p. 26.

¹²⁶ SOUZA, C.; COSTA, T. Libertarismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, E; SALGADO, E (Coord.). **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 141.

¹²⁷ “A vontade é, pois, o objeto principal, direi mesmo o objeto exclusivo da consciência”. In: SCHOPENHAUER, A. **O Livre Arbítrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 35.

impedimentos à ação (liberdade negativa), nem exclusivamente o elemento volitivo (livre-arbítrio), mas a relação de conformidade entre a ação praticada e a lei de ação formulada pelo agente quando do exercício da vontade livre. Conforme Alain Renaut, “autonomia, que se opõe não à dependência (entendida como submissão a regras), mas à heteronomia [...] consiste em fazer com que o próprio humano seja o fundamento ou a fonte de suas normas e leis”¹²⁸.

A oposição entre autonomia e heteronomia é trazida à baila pela obra do filósofo Immanuel Kant, que se dedicou ao debate sobre a liberdade e moralidade humana. Em duas das principais obras do autor, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes* e *Doutrina do Direito*, encontram-se reflexões sobre a autonomia, permeada por marcas inequívocas da dicotomia cartesiana corpo/alma ou corpo/razão e da pretensão moderna de atingir verdades e conceitos universalmente válidos. O homem é considerado como dotado de corpo e razão. O corpo corresponde à parcela instintiva, submetida às leis da natureza e às determinações do mundo externo. A razão, em contrapartida, corresponde à parcela nobre e autônoma, livre e indeterminada, capaz de guiar suas próprias ações e, desta forma, arcar com as responsabilidades advindas de suas tomadas de decisão. A ideia é mais bem explanada pelo autor, no trecho abaixo:

Se eu fosse um mero membro do mundo inteligível, todas as minhas ações seriam perfeitamente conformes ao princípio da autonomia da vontade pura; mas, como mera parte do mundo sensível, elas teriam de ser tomadas como totalmente conformes à lei natural dos apetites e inclinações, por conseguinte à heteronomia // da natureza. (As primeiras assentariam no princípio supremo da moralidade; as segundas, no da felicidade.). *Mas porque o mundo inteligível contém o fundamento do mundo sensível, e portanto também das suas leis [...] terei, como inteligência, de reconhecer-me submetido à lei do mundo inteligível, isto é à razão, que na ideia de liberdade contém a lei desse mundo, e portanto à autonomia da vontade* ¹²⁹.

A partir da leitura, verifica-se que, caso o ser humano fosse parte somente do mundo inteligível, todas as ações por ele praticadas *seriam* conforme a moralidade e a autonomia da vontade. Contudo, como o ser humano pertence aos mundos sensível e inteligível, simultaneamente, as ações *devem ser* conforme a autonomia da vontade, dependendo o atendimento ou não deste dever do compromisso moral de cada um em praticar ações autônomas.

¹²⁸ RENAUT, A. **O Indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, p. 62.

¹²⁹ KANT, I. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 103.

Alguém submetido a uma lei por interesse, atração, impulso ou coação estaria sujeito a uma vontade forçada (heteronomia), em contraposição à autonomia da vontade, que se autolegisla. A autonomia da vontade é a propriedade graças à qual a vontade humana é para si sua própria lei (independentemente dos objetos do querer)¹³⁰. Assim, quando a vontade busca uma lei que a determine fora de si mesma, produz-se heteronomia. Ao passo em que, quando a busca em si mesma, subsiste a autonomia. A ação realizada com base no dever moral, assim, exclui toda inclinação ao objeto da vontade, restando respeitar a máxima universal que só pode ser encontrada na própria vontade do ser racional.

Referida máxima diz respeito à fórmula universal do agir moral autônomo, ou seja, ao “imperativo categórico”, que determina: “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”¹³¹. Seguir o imperativo categórico significa praticar ações boas em si mesmas e não em função de outro bem a ser adquirido através delas, o que torna irrelevantes os fins para os quais se direcionam as ações.

De todo exposto, retira-se que as ações objetivamente necessárias (conforme o imperativo categórico) são também subjetivamente necessárias, na medida em que se considere uma vontade que siga os ditames da razão. Se a razão, entretanto, por si só, não determina suficientemente a vontade, então as ações objetivamente necessárias são subjetivamente contingentes, consubstanciando-se uma vontade não inteiramente boa, pois determinada, também, por fundamentos alheios à racionalidade.

Autonomia e liberdade ensejam imputabilidade e, por conseguinte, responsabilidade. A possibilidade de imputação e responsabilização “pressupõe um conceito de liberdade como livre arbítrio e constitui o fundamento de toda responsabilidade moral e jurídica”¹³². O sujeito responsável, por seu turno, é aquele capaz de “assumir as consequências por um fato, criando-se um vínculo obrigacional entre o comportamento e o dano causado”¹³³. Exemplo claro do vínculo entre liberdade e responsabilidade pode ser extraído do artigo 5º, inciso IV¹³⁴, da

¹³⁰ KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, LDA., 2007, p. 85.

¹³¹ *Ibidem.*, 2007, p. 59.

¹³² CORRÊA, A. **Consentimento livre e esclarecido**: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 30.

¹³³ MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 151.

¹³⁴ Art. 5º [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

CF/88, em que se assegura a liberdade de manifestação do pensamento, vedando-se, porém, o anonimato, posto que é preciso saber a identidade do manifestante para responsabilizá-lo pelas consequências de sua manifestação.

O trecho abaixo elucida a concepção kantiana de imputabilidade, correspondente ao vínculo estabelecido entre agente e ação, na medida em que o agente é normativamente considerado racional e autônomo, conhecedor de sua obrigação moral universal e, portanto, livre para tomar decisões e arcar com as consequências das ações praticadas.

Um *fato* recebe o nome de ação enquanto está submetido às leis da obrigação, por conseguinte, enquanto o sujeito nele é considerado segundo a liberdade de seu arbítrio. O agente é considerado com relação a esse ato como *autor* de fato material, e este fato e a própria ação podem ser-lhe *imputados*, se previamente se tenha conhecido a lei em virtude da qual ambos entranham uma obrigação moral¹³⁵.

Alude a imputação, portanto, ao “juízo pelo qual se declara alguém como autor (*causa libera*) de uma ação, a qual toma o nome de *fato* (*factum*) e que está submetida às leis”¹³⁶. Vincula-se a imputabilidade à crença de que é possível mudar de ponto de vista, elevando-se do ponto de vista individual ao ponto de vista imparcial¹³⁷. Tal “capacidade de justapor [...] pontos de vista pessoais e impessoais”¹³⁸ remete à racionalização demandada pela ideia de um imperativo moral universal.

O “homem racional kantiano” se encontra vinculado à observância do imperativo categórico como única e exclusiva fórmula a ser seguida para a prática de uma ação moral livre. Kant demonstra “a liberdade por meio do sentimento *a priori* da lei moral, usando do famoso argumento (etimema): ‘Podes, desde que deves’”¹³⁹ e, em razão disso, sofreu inúmeras críticas, principalmente no sentido de que “se somente uma máxima é moralmente possível, não pode haver eleição individual”¹⁴⁰ e, portanto, não haveria autonomia.

Não se pode olvidar, entretanto, que o conceito de imperativo categórico configura uma moldura formal, ou seja, uma fórmula vaga de conteúdo, que

¹³⁵ KANT, I. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 37.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 42.

¹³⁷ RICOEUR, P. **O Justo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2 vols., 2008, II, p. 76.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 73.

¹³⁹ SCHOPENHAUER, A. **O Livre Arbítrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 32.

¹⁴⁰ SIECKMANN, J. El Concepto de Autonomía. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 31, 2008, p. 468, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

preconiza a pretensão de universalidade e a desvinculação para com a perspectiva finalista de ação, mas não estabelece um conteúdo a ser seguido. Não se refere à materialidade da ação, na medida em que “a vontade absolutamente boa, cujo princípio tem que ser um imperativo categórico, indeterminada a respeito de todos os objectos, conterà pois somente *a forma do querer* em geral”¹⁴¹.

Arraigado na crença moderna na razão universal, o imperativo categórico kantiano peca por não considerar a pluralidade valorativa concreta dos seres humanos, capaz de preencher sua fórmula vazia com as mais distintas pretensões de universalidade. A moral kantiana encontra obstáculos na concretude das ações cotidianas e entra em confronto com as circunscrições impostas pelos contextos particulares. Não há razão autônoma *a priori* universal, indeterminada e plenamente livre, capaz de enxergar o mundo de um ponto de vista imparcial e submetida a uma moralidade universal, que não sofra influências do contexto, das particularidades da experiência e das relações de poder nas quais se insere. O ser humano é somente capaz de deliberar em contextos determinados e específicos, sobre as limitadas opções de ação que lhe são disponíveis, podendo escolher entre quais atitudes tomar e como construir a si mesmo, às suas normas e verdades.

O teórico Ernesto Garzón Valdés apresenta três distintos conceitos de autonomia, que, contudo, sob detida leitura, não fogem das concepções de liberdade, livre-arbítrio e autonomia já expostas, não ajudando na solução das críticas apontadas às ideias kantianas. Segundo o autor, haveria (i) *autonomia como oportunidade de o agente exercer sua capacidade de eleição*, (ii) *autonomia como capacidade de eleição* e (iii) *autonomia como conformidade à lei moral*. Tendo em conta o exemplo utilizado pelo autor, que diz respeito ao indivíduo cuja ação se encontra impedida pelo uso de uma camisa de força, entende-se que a primeira concepção, de (i) *autonomia como oportunidade de o agente exercer sua capacidade de eleição*, não foge do que se definiu anteriormente como liberdade negativa. O segundo conceito apresentado, de (ii) *autonomia como capacidade de eleição*, coincide com a ideia de livre-arbítrio, tendo-se como exemplo o sujeito que, utilizando uma camisa de forma, “tem capacidade de eleição, ainda que não possa

¹⁴¹ KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, LDA., 2007, p. 90-91.

exercê-la”¹⁴². Por fim, o conceito terceiro de autonomia apresentado pelo autor remete à exposta concepção kantiana de autonomia, ou seja, (iii) *autonomia como conformidade à lei moral*.

Melhor sorte leva o jusfilósofo Jan-R Sieckmann ao questionar a ideia de autonomia como autolegislação individual, nos seguintes termos: considerando que no ideal da autonomia o sujeito se submete a normas e leis, com a condição de que as aceite livremente¹⁴³, como pode este mesmo sujeito estar vinculado a uma norma cuja validade depende de seu próprio juízo? “Se alguém pode decidir que norma é válida, obviamente esta norma não pode ser vinculante para sua decisão. E como é livre para alterar sua própria visão normativa, tampouco pode estar vinculado por uma decisão prévia [...]”¹⁴⁴, explica. Na tentativa de resolver o referido empasse, o autor estabelece algumas premissas a serem seguidas: (i) não se deve pressupor que as normas existem independentemente de seu reconhecimento pelos agentes autônomos; (ii) agentes autônomos devem apresentar argumentos normativos acerca de que norma deveria ser considerada válida, porém não estabelecer, individualmente, normas vinculantes aos demais agentes autônomos; e (iii) agentes autônomos não podem pressupor a existência de uma norma sem considerar as visões normativas de outros agentes autônomos.

Deve-se ter em conta que os juízos autônomos ensejam “uma exigência ou pretensão de necessidade normativa”¹⁴⁵, ou seja, cada sujeito que escolhe, escolhe por todos os demais sujeitos, uma vez que não existe um ato livre sequer que, ao criar um ser humano concreto, não crie também a imagem do ser humano que o agente julgue ideal¹⁴⁶. Portanto, o sujeito autônomo, através de seus atos, enuncia pretensões normativas aos demais membros do tecido social. Levando em consideração que tais pretensões buscam atribuir papéis sociais às pessoas, a serem cumpridos sob pena de responsabilização, os demais agentes autônomos a serem afetados pela norma pretendida devem com ela anuir, o que torna

¹⁴² VALDÉS, E. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 160, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

¹⁴³ RENAUT, A. **O Indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, p. 63.

¹⁴⁴ SIECKMANN, J. El Concepto de Autonomía. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 31, 2008, p. 469-470, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

¹⁴⁵ *Ibidem* p. 476, tradução livre.

¹⁴⁶ SARTRE, J. **O Existencialismo é um Humanismo**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012, p. 20.

imprescindível a existência prévia de argumentação e aceitação coletiva das normas, para que estas passem a ter validade e caráter vinculante. Os sujeitos participantes do debate devem expor seus “argumentos normativos”, a fim de defender a necessidade de validade de uma norma. Os argumentos normativos deverão ser aceitáveis por todos os demais agentes¹⁴⁷, a fim de que se atinja uma convergência razoável de posições, consubstanciada quando “uma maioria crescente dos agentes afetados aceita a norma como válida sobre a base de um processo de reflexão intersubjetiva”¹⁴⁸.

Somente assim o indivíduo se considerará como destinatário da norma e, portanto, como pessoa; considerará sua decisão livre, visto que não deduzida de normas prévias e que ele (agente) poderia ter decidido de maneira distinta, optando pela vigência de norma diversa. Concomitantemente, entretanto, “sempre que mantiver sua atual visão normativa, deve considerar que sua decisão está normativamente vinculada, e que a norma resultante é válida no sentido de que deve ser aplicada e observada”¹⁴⁹.

A abordagem de Jan-R Sieckmann busca trazer o exercício da autonomia para o campo da intersubjetividade. Trata-se de uma investida relevante, uma vez que “sem processo de comunicação não se geram sujeitos livres”¹⁵⁰. Nesta senda, “não há nada menos intrinsecamente ‘individualista’ do que a perspectiva inerente ao princípio da autonomia, [...] essencialmente de acordo com a prática da subjetividade em contexto de intersubjetividade”¹⁵¹, transcendendo a individualidade e exigindo a abertura e a comunicação.

Referida proposta de autonomia deliberativa, contudo, demanda alguma forma através da qual a ponderação das pretensões normativas possa ser realizada em sociedades com milhões de habitantes, nas quais seria inviável o exercício direto da autonomia individual (tecnologias de comunicação, atualmente, trazem novas possibilidades de participação direta, porém ainda não muito exploradas pelos sistemas políticos). A modernidade que, como visto, por um lado, enunciou e, enunciando, criou a liberdade humana, por outro, ensejou as condições de sua

¹⁴⁷ SIECKMANN, J. El Concepto de Autonomía. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 31, 2008, p. 472, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 478, tradução livre.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 474, tradução livre.

¹⁵⁰ JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003, p. 17.

¹⁵¹ RENAUT, A. **O Indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, p. 63.

limitação política e jurídica, conferindo as bases ao modelo de Estado representativo (artigos 1º, parágrafo único¹⁵²; 34, inciso VII, alínea “a”¹⁵³; 45¹⁵⁴, todos da Constituição Federal), modelo através do qual se tornou possível o exercício indireto do poder de autonormatização, por meio de representantes eleitos.

Os indivíduos modernos, agarrando-se às liberdades conquistadas, “querem ser governados [...] por si mesmos, cada um igual aos demais [...] e todos unidos por um poder geral e universal, que emana de todos, que representa a todos e que é válido *erga omnes*: ou seja, a soberania”¹⁵⁵. Tal soberania emana do “povo”, que, no período revolucionário, atua como parte em um conflito contra a nobreza. Contudo, através da ideia de representação, enuncia-se a totalidade do povo, que se transforma em um universal formal e neutro, base para a origem da cidadania.

A noção de cidadão de Juan Ramón Capella, possui duas principais facetas, atuando, por um lado, como fonte de legitimidade e, por outro, como fonte de poder.

Enquanto legitimado, o cidadão moderno pode “participar da vida pública e usufruir de funções públicas”¹⁵⁶, sendo dotado de direitos e pretensões legítimas, “expectativas de comportamento dos demais e do próprio poder estatal dotadas de *fundamentação discursiva* e de razoabilidade públicas, ante todos”¹⁵⁷. Tais expectativas encontram respaldo nas pessoas, enquanto ocupantes de papéis sociais normativamente vinculados, e na ideia da representatividade estatal da soberania popular, exercida individualmente através do voto (artigos 14¹⁵⁸, *caput*, e 60, §4º, inciso II¹⁵⁹, da Constituição Federal), que garante a validade das normas e expectativas decorrentes.

¹⁵² Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁵³ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

¹⁵⁴ Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

¹⁵⁵ GALLI, C. **El mal estar de la democracia**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 25, tradução livre.

¹⁵⁶ GABARDO, E. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 396f. Curitiba, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível

em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&co_obra=190515>. Acesso em: 29, outubro, 2017, p. 358.

¹⁵⁷ CAPELLA, J. **Os Cidadãos Servos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 143.

¹⁵⁸ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...].

¹⁵⁹ Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

A ideia da representatividade “se concretiza no *governo de leis*: um sistema político no qual, ao obedecer à lei, alguém não faça mais que obedecer-se a si mesmo nas condições que impõe a vida em sociedade”¹⁶⁰. Neste sentido, o exercício da soberania na modernidade reclama a figura do povo enquanto totalidade livre para se autodeterminar. Contudo, uma vez fora da lógica do exercício do poder soberano, “o povo não existe: existem indivíduos, grupos ou interesses”¹⁶¹.

A cidadania como fonte de poder entra em cena quando a “totalidade do povo” não consegue abarcar todos. Em uma determinada ordem posta, a exclusão se dá através da inviabilização da fala de determinados indivíduos ou grupos, o que representa a maior das afrontas à igualdade, na medida em que se retira parte dos sujeitos da comunidade de interlocutores, destituindo suas pretensões normativas de valor. Vêm à tona pretensões de igualdade e reconhecimento de grupos de indivíduos que, descontentes com as expectativas normativas sobre eles depositadas, renunciaram-nas, afastando-se de sua condição de pessoas. Têm, assim, de reunir poder (social e político) para questionar e alterar o tecido social pré-existente. A política, neste sentido, configura-se por reconhecimento, movendo-se em torno do discurso e da fala. Trata-se de uma luta para ser reconhecido como possuidor da capacidade de fala e pelo direito de contestar o discurso dos outros sobre si e as expectativas normativas sobre si depositadas; uma luta por reconhecimento, movida pelo desejo de ser reconhecido e comunicada pela recusa em ser desprezado¹⁶², em vias de “desafiar a ordem existente, na medida em que a política trata de criar uma configuração original do mundo”¹⁶³.

Salta aos olhos a manobra moderna encarregada de justificar o exercício do poder soberano do Estado, através de bases laicas e racionais, sobre pessoas livres e autônomas. A ideia de “representatividade” entra em cena como única forma de legitimar o caráter vinculante das normas estatais diante de sujeitos livres. O exercício da liberdade e autonomia individual, através do voto, garante que os

¹⁶⁰ CAPELLA, J. **Os Cidadãos Servos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 134.

¹⁶¹ GALLI, C. **El mal estar de la democracia**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 30, tradução livre.

¹⁶² FAURE, A; RANCIÈRE, J *apud* DERANTY, J. Between Honneth and Rancière: problems and potentials of a contemporary critical theory of society. In: HONNETH, A; RANCIÈRE, J. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016, p. 38, tradução livre.

¹⁶³ DERANTY, J. Between Honneth and Rancière: problems and potentials of a contemporary critical theory of society. In: HONNETH, A; RANCIÈRE, J. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016, p. 42, tradução livre.

cidadãos escolham, indiretamente, as normas vinculantes de suas ações e, portanto, ainda que obedecendo a outrem, estejam, em última instância, obedecendo a si.

Entretanto, para que normas jurídicas cogentes incidam de maneira efetiva sobre os cidadãos, é preciso ter em conta não somente a autonomia política exercida pelo agente quando da participação do processo democrático, mas igualmente o âmbito de sua liberdade de ação no instante da incidência da norma, urgindo analisar a autonomia jurídica do sujeito e suas consequências nos campos cível e penal, em que pesem os aspectos da capacidade e imputabilidade.

2.3 AUTONOMIA EM TERMOS JURÍDICOS: CAPACIDADE CIVIL E PENAL

Ser pessoa, conforme anteriormente exposto, é ser destinatário de expectativas jurídico-normativas dos demais membros da sociedade em que se vive, bem como poder nutrir expectativas correspondentes em relação aos demais, tendo essas relações recíprocas como base os papéis sociais desempenhados socialmente pelos indivíduos. Em outras palavras, ser pessoa é ser sujeito de direito em plenitude¹⁶⁴, titular de direitos e deveres que podem ser atendidos a partir da prática de ações livres que reconheçam e reafirmem a validade da norma e da liberdade atuante.

Toda pessoa possui personalidade jurídica, valor jurídico alusivo à “possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas”¹⁶⁵ ou à “aptidão para ser titular de direitos e obrigações”¹⁶⁶, constituindo o pressuposto dos direitos e deveres.

O momento de surgimento e extinção da personalidade jurídica é alvo de debate incessante. Enquanto para alguns autores¹⁶⁷, que se apegam à literalidade do texto de lei, a personalidade tem início com o nascimento com vida (artigo 2º do Código Civil) do indivíduo – sendo os nascituros “sujeitos de direito dotados de capacidade civil limitada à sua proteção ou à consecução de seus fins”¹⁶⁸ – e finda com sua morte, para outros¹⁶⁹, a personalidade jurídica da pessoa física surge antes do nascimento – visto que o nascituro não poderia ser titular de direitos sem possuir personalidade, configurando o nascimento somente o momento a partir do qual essa

¹⁶⁴ LOBO, P. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: 2015, p. 93.

¹⁶⁵ AMARAL, F. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 140.

¹⁶⁶ MENDES, G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 174.

¹⁶⁷ LOBO, P. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: 2015, p. 93 e 102.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 96.

¹⁶⁹ AMARAL, F. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 141 e 144.

personalidade se consolida – e se projeta para além da morte – diz-se respeito aos casos de proteção da honra e demais direitos da personalidade do morto.

Independentemente do momento em que surge a personalidade jurídica da pessoa física, deve-se ter em conta que, uma vez originada, encontra-se o sujeito dotado de capacidade jurídica¹⁷⁰, ou capacidade de direito, faculdade estática que não deixará de ter até que cesse sua personalidade. Nem todo o indivíduo dotado de capacidade jurídica, entretanto, é também dotado de capacidade de fato, ou capacidade de exercício, uma vez que para a fruição desta é preciso preencher maiores requisitos do que para a aquisição de personalidade e capacidade jurídica.

A capacidade de fato, ou de exercício, diferentemente da mera titularidade de direitos e deveres, diz respeito à “capacidade de produzir, mediante negócios jurídicos, efeitos jurídicos para si e para os outros”¹⁷¹. Remete às competências de “entendimento, inteligência e vontade da pessoa”¹⁷², bem como à “aptidão para a prática dos atos da vida civil, e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia”¹⁷³. Daqui por diante, quando se tratar de “capacidade”, estar-se-á referindo à capacidade de fato.

A autonomia enquanto capacidade exige da pessoa a consciência “de que deve estabelecer prioridades entre pretensões ou argumentos normativos contrapostos, e que seja capaz de ponderar estes argumentos corretamente”¹⁷⁴.

Tem-se como pré-requisito da capacidade, portanto, a autonomia. Autonomia e liberdade ensejam imputabilidade, por conseguinte, responsabilidade. A possibilidade de imputação e responsabilização “pressupõe um conceito de liberdade como livre arbítrio e constitui o fundamento de toda responsabilidade moral e jurídica”¹⁷⁵. O sujeito responsável é aquele capaz de “assumir as consequências por um fato, criando-se um vínculo obrigacional entre o comportamento e o dano causado”¹⁷⁶. Exemplo claro do vínculo entre liberdade e responsabilidade pode ser

¹⁷⁰ Art. 1º, do CC. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

¹⁷¹ LOBO, P. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: 2015, p. 109.

¹⁷² AMARAL, F. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 146.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 146.

¹⁷⁴ SIECKMANN, J. El Concepto de Autonomía. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 31, 2008, p. 475, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

¹⁷⁵ CORRÊA, A. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 30.

¹⁷⁶ MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 151.

extraído do artigo 5º, inciso IV¹⁷⁷, da CF/88, em que se assegura a liberdade de manifestação do pensamento, vedando-se, porém, o anonimato, visto que é preciso saber a identidade do manifestante para responsabilizá-lo pelas consequências de sua manifestação.

Na concepção kantiana, imputabilidade corresponde ao vínculo estabelecido entre agente e ação, na medida em que o agente é normativamente considerado racional e autônomo, conhecedor de sua obrigação moral universal e, portanto, livre para tomar decisões e arcar com as consequências das ações praticadas. Nesta senda, um fato pode ser considerado uma ação quando submetido às leis da obrigação, da mesma forma que no direito se distingue entre fatos e atos jurídicos. No ato, o sujeito é considerado segundo sua liberdade e livre arbítrio, sendo tratado como autor do ato, o que permite que se lhe impute o ato e suas consequências¹⁷⁸.

Alude-se, portanto, a um juízo de atribuição de responsabilidade “pelo qual se declara alguém como autor (*causa libera*) de uma ação, a qual toma o nome de *fato* (*factum*) e que está submetida às leis”¹⁷⁹. A imputabilidade estaria vinculada à racionalização demandada pelo imperativo categórico, trazendo à tona a crença de que é possível mudar de ponto de vista, elevando-se do ponto de vista individual ao ponto de vista imparcial¹⁸⁰, uma “capacidade de justapor [...] pontos de vista pessoais e impessoais”¹⁸¹, pensando e agindo não enquanto indivíduo circunstancialmente condicionado, mas enquanto ser dotado de uma razão universal.

Revelada a imbricação entre os conceitos de autonomia e imputabilidade, entende-se a razão pela qual, no Direito, a capacidade de fato vem acompanhada da possibilidade do exercício do juízo de imputação. Averiguar se a pessoa detém capacidade, a fim de imputar-lhe uma conduta, exige a verificação de sua capacidade de intelecção e compreensão do comportamento a ser praticado, bem como de sua possibilidade de autocontrole, que lhe permita agir de acordo com sua percepção.

¹⁷⁷ Art. 5º [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

¹⁷⁸ KANT, I. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 37.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 42.

¹⁸⁰ RICOEUR, P. **O Justo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2 vols., 2008, II, p. 76.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 73.

Na legislação civil, em regra, considera-se absolutamente incapaz o sujeito até que complete dezesseis anos de idade¹⁸². Ou seja, até essa data, seus atos são considerados nulos¹⁸³, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos. Diferentemente, atos praticados por pessoas entre dezesseis e dezoito anos de idade são considerados anuláveis, uma vez que o agente é relativamente incapaz¹⁸⁴, produzindo efeitos até que sejam desconstituídos pela vontade assistente legal¹⁸⁵.

Em âmbito penal, a imputabilidade diz respeito a “um conjunto de características pessoais que tornam o sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido”.¹⁸⁶ Comumente, considera-se imputável o sujeito que atinge dezoito anos de idade¹⁸⁷, momento a partir do qual poderá ser responsabilizado penalmente pelos crimes que praticar.

O critério biológico correspondente à faixa etária do agente é adotado em virtude de não se considerar completo o desenvolvimento mental do sujeito até os dezoito anos de idade. Alguns autores¹⁸⁸, entretanto, consideram que seria melhor um sistema penal que estabelecesse “franjas” ou “bandas” psicológicas, marcos entre os quais a aferição da imputabilidade do sujeito fosse realizada casuisticamente, por meio de laudos psicológicos. Na Alemanha¹⁸⁹, por exemplo, consideram-se penalmente inimputáveis os menores de quatorze anos; entre quatorze e dezoito anos de idade, o sujeito é relativamente imputável, devendo ser submetido a exames psicológicos caso venha a praticar um delito; a partir dos dezoito anos são consideradas as pessoas imputáveis.

¹⁸² Art. 3º, do CC. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

¹⁸³ AMARAL, F. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 147.

¹⁸⁴ Art. 4º, do CC. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

¹⁸⁵ LOBO, P. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: 2015, p. 109.

¹⁸⁶ BUSATO, P. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 557.

¹⁸⁷ Art. 228, da CF. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.; Art. 27, do CP. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

¹⁸⁸ BUSATO, P. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 561.

¹⁸⁹ GOMES, L; MARANHÃO, D. Menoridade Penal. **Revista dos Tribunais Online: Ciências Penais** | vol. 7/2007 | Jul - Dez / 2007, p. 11. Disponível em: <[http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015f211ee3a7d47d35df&docguid=l1415b050f25211dfab6f010000000000&hitguid=l1415b050f25211dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=222&context=32&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015f211ee3a7d47d35df&docguid=l1415b050f25211dfab6f01000000000&hitguid=l1415b050f25211dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=222&context=32&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 15/10/2017.

Não obstante o debate envolvendo a política criminal quanto à menoridade penal, outros fatores, para além do desenvolvimento com base na faixa etária, são capazes de afetar a capacidade jurídica dos sujeitos de direito.

No âmbito cível, consideram-se relativamente incapazes os ébrios habituais e viciados em tóxicos (artigo 4º, inciso II, do Código Civil), aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (artigo 4º, inciso III, do Código Civil), bem como os pródigos (artigo 4º, inciso IV, do Código Civil). Conforme consta em parágrafo único do artigo 4º, do Código Civil, a capacidade dos indígenas é regida por lei especial, qual seja, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), que prevê as condições legais da capacidade jurídica do indígena em seu artigo 9º¹⁹⁰.

Não obstante, ainda na esfera cível, cessa a incapacidade aos menores de idade nas seguintes hipóteses, contidas no artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Na seara penal, são inimputáveis, além do menor de idade, “o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (artigo 26, do Código Penal), “o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (artigo 28, §1º, do Código Penal), bem como “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

¹⁹⁰ Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional. Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (artigo 45, da lei nº 11.343/2006).

Há, ainda, a hipótese de semi-imputabilidade, prevista no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal. Alvo de críticas, segundo as quais ou o agente compreende ou não compreende o que faz, o dispositivo legal preconiza que “a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Trata-se, portanto, de diminuição de pena, não se afastando o juízo de imputação.

Toda responsabilização jurídica, portanto, depende de juízos de imputabilidade realizados sobre as condutas praticadas por pessoas. Tais juízos dizem respeito às capacidades cognitivas do agente, ou seja, à possibilidade de o agente autônomo reconhecer a regra intersubjetivamente vinculante que veda a prática de determinada conduta e, mesmo assim, praticá-la, sem embasamento em um motivo juridicamente superior àquele que justifica a vedação normativa.

Entende-se, partindo-se da exposição realizada no presente capítulo, que a existência do sujeito capaz e, portanto, livre, autônomo e responsável, depende da dimensão relacional linguística e comunicativa. Somente tendo em conta o substrato significativo das relações humanas e entendendo que a subjetividade se constrói através dessas relações, é que são compreendidos os atos de fala que reiteradamente enunciam o ser humano livre, as crenças nessa liberdade e as expectativas normativas depositadas pelos seres humanos uns sobre os outros, enquanto pessoas ocupantes de papéis sociais.

Conforme verificado, a liberdade enquanto autonomia se distancia da noção de independência, demandando a intersubjetividade entre sujeitos autônomos para a fixação de regras de convivência. Essa autonormatização serve de base ao mito da representatividade política, ferramenta essencial à justificação do caráter coercitivo das leis estatais, normas que os sujeitos, supostamente, a si conferem, na medida em que adquirem capacidade jurídica para participar, de maneira responsável, das inter-relações da sociedade civil.

O poder normativo estatal não pode, por uma questão de lógica, sobrepujar seus próprios fundamentos, ou seja, suplantar a autonomia que justifica sua representatividade. Portanto, a liberdade e autonomia conferem as bases à

sustentação de um poder normativo estatal e limitam-no, uma vez que esse poder não pode ser exercido em via tendencialmente destrutiva de seus fundamentos. Para além de se abster de afetações negativas à autonomia de seus representados, deve o Estado agir de modo a garanti-la e protegê-la de violações arbitrárias dos demais agentes sociais, protegendo, assim, indiretamente, a si mesmo, pois garantindo suas bases democráticas. A representatividade, neste sentido, faz com que todos os imperativos emanados do Estado (que não afrontem a autonomia) tornem-se, em última instância, provenientes dos próprios sujeitos autônomos, que livremente instituíram representantes e regras a si aplicáveis.

Trata-se de conclusão que enseja reflexões essenciais ao prosseguimento desta pesquisa, principalmente no que tange aos riscos trazidos pelo reconhecimento da dimensão coletiva na qual se desenvolve o exercício dos principais aspectos da liberdade como autonomia. Operar sem estabelecer limites a essa lógica de autonormatização coletiva que baseia a ideia de representatividade, aumenta exponencialmente o risco de que a balança “Coletividade vs. Individualidade” penda exageradamente àquele lado. A representatividade, aliada ao dever estatal de promoção da autonomia, configura um primeiro passo à busca de uma suposta “liberdade final/objetiva”, entendida em termos hegelianos; uma liberdade que somente se realizaria através das instituições sociais - materializações do Espírito da racionalidade -, a despeito da vivência e independência individual e singular, que somente serviria de instrumento à realização maior e coletiva.

Deve-se entender que, não obstante a dimensão intrinsecamente relacional da autonomia e o dever estatal em garanti-la, o indivíduo possui um núcleo particular de liberdade e dignidade que somente a ele diz respeito, a partir e dentro dos limites do qual, diante de seus ímpetos e desejos, pode optar por não se submeter às normativas coletivamente fundadas, ainda que estas, supostamente, sejam fundadas na busca de seu próprio bem. Reciprocamente, “o indivíduo não deve impor a sua vontade à comunidade, nem a comunidade deve intervir nos assuntos privados dos indivíduos”¹⁹¹.

¹⁹¹ SANTANO, A; TRINDADE JUNIOR, W. O direito de decidir, entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. In: HACHEM, D; SALGADO, E (Coord.). **Direito, liberdade e justiça**. Curitiba: Íthala, 2017, p. 15.

3 O PATERNALISMO JURÍDICO ESTATAL E SEUS LIMITES FRENTE À LIBERDADE INDIVIDUAL

A figura do Estado pode ser pensada e estruturada de acordo com perspectivas que admitam mais ou menos intervenção estatal na vida e relações travadas entre particulares.

Adotando como critério de análise a busca pela felicidade e bem-estar dos sujeitos, pode-se afirmar que Estados frugais e libertários enxergam no exercício da liberdade (negativa e positiva) dos cidadãos a origem de suas respectivas felicidades individuais, conformadas às particularidades de cada sujeito. Cada particular, portanto, seria o melhor juiz para definir aquilo que lhe agrada e apraz, “visto que, provavelmente, o mais próximo de estar correto para tomar uma decisão sobre o indivíduo seria ele mesmo e não o Estado”¹⁹².

Noutra senda, Estados interventivos e paternalistas consideram que os cidadãos, individualmente considerados, muitas vezes não possuem discernimento para decidir o que lhes fará bem e buscar seu próprio bem-estar, necessitando da proteção estatal contra males advindos inclusive de suas próprias condutas. Não raras vezes, defensores de posturas estatais interventivas se valem do argumento da representatividade política para justificar toda e qualquer prática estatal que, alegando almejar o bem-estar e até mesmo garantir a autonomia de determinado indivíduo, entra em choque com suas vontades singulares.

Interessa, aqui, compreender o paternalismo estatal e suas distintas características, a fim de que, posteriormente, seja possível traçar os limites aplicáveis a suas medidas de caráter protetivo.

3.1 PATERNALISMO JURÍDICO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

As medidas protetivas de caráter paternalista podem ser executadas de diversas formas, seja no caso do pai que protege o filho, ou no caso do Estado que proíbe condutas lesivas ou potencialmente lesivas, a despeito do consentimento do (potencial) lesado. Neste último caso, quando o paternalismo se associa ao Direito, assumindo a forma de paternalismo jurídico, passa a ser exercido através da

¹⁹² SANTANO, A; TRINDADE JUNIOR, W. O direito de decidir, entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. In: HACHEM, D; SALGADO, E (Coord.). **Direito, liberdade e justiça**. Curitiba: Íthala, 2017, p. 13.

coerção oficial daqueles que, juridicamente, possuem competência para regular certo tipo de comportamento.

O paternalismo jurídico, apesar de admitir diferentes versões, deve se amoldar a algumas características essenciais, sem as quais sua feição paternal resta descaracterizada.

Para Ronald Dworkin, o paternalismo se define como “a interferência sobre a liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões concernentes exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coercionada”¹⁹³. A medida paternalista, portanto, possuiria dois elementos essenciais: a interferência coerciva sobre a liberdade de ação de uma pessoa, que resulta em prescindir do consentimento do destinatário da medida, e o fim alusivo ao bem-estar, felicidade, necessidades, interesses ou valores do coercionado.

Na mesma linha, Manuel Atienza sustenta que para que uma medida possa ser considerada paternalista, deve ter por fim a obtenção de um bem para uma pessoa ou grupo de pessoas e fazê-lo independentemente da aceitação da pessoa(s) afetada(s)¹⁹⁴.

Com um adendo relativo à capacidade do destinatário da medida paternal, e se aproximando do que seria um conceito de “paternalismo justificável” (como se verá adiante), João Paulo Orsini Martinelli define paternalismo “como a interferência na liberdade de escolha de uma pessoa, presumidamente incapaz, contra sua vontade, com o objetivo de promover-lhe um bem (a promoção de um bem pode abranger a evitação de um mal)”¹⁹⁵.

Ernesto Garzón Valdés, por seu turno, ressalva que não é preciso e nem mesmo desejável que a medida vise assegurar um bem, mas, sim, que almeje evitar um dano, ressaltando que “o intuito de assegurar um bem ou de beneficiar os destinatários das medidas paternalistas pode conduzir à aceitação de bens absolutos ou objetivos, que levem à proibição”¹⁹⁶ de todas as ações que os

¹⁹³ DWORKIN, R. Paternalism. **The Monist**, v. 56, n. 1, p. 64-84, 1972, p. 66, tradução livre.

¹⁹⁴ ATIENZA, M. Discutamos sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 203, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

¹⁹⁵ MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 88.

¹⁹⁶ VALDES, Sigamos discutiendo sobre ele paternalismo. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, nº 5, 1998, p. 219, tradução livre Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.,=

coloquem em perigo. Busca-se impedir interferências ilegítimas na individualidade de alguém sob o argumento de proteger outros interesses envolvidos¹⁹⁷, estabelecendo uma lista objetiva de interesses a serem tutelados de maneira ideal e objetiva¹⁹⁸, independentemente das vontades do sujeito concreto e de seu apreço pelos mesmos valores.

O risco da proteção de um bem *per se* pode ser entendido através das ideias de Isaiah Berlin que, adotando um olhar pessimista, afirma remeter o paternalismo à postura daquele que trata os indivíduos como se não fossem livres, mas objetos da ação de um reformador benevolente, a serem modelados de acordo com os propósitos livremente adotados por este reformador. Tratam-se os sujeitos como meios para a consecução dos fins paternalistas, não dos fins eleitos pelos próprios sujeitos, considerados menos importantes¹⁹⁹.

A medida paternal, nesta linha, manteria seu caráter interventivo e coercitivo. Porém, seu intuito não poderia ser assegurar um bem, mas evitar um dano, uma vez que no primeiro objetivo haveria a tendência a um paternalismo autoritário, alheio à relevância do consentimento e vinculado à proteção de objetos absolutos, indisponíveis e inegociáveis, independentemente da vontade da vítima, seu titular.

A despeito da indispensável crítica que se faz às perspectivas autoritárias, acredita-se haver certo preciosismo terminológico em substituir a “busca de um bem” pela “evitação de um dano”, uma vez que a fronteira entre ambas as formulações é tênue. Ademais, é até mesmo ingênuo pensar que a mera alteração terminológica seria suficiente para impedir a criação de um rol de bens objetivos a serem almejados a todo custo. O que se deve fazer é, num exercício permanente e consciente, comprometido com a diversidade, o conflito e o dissenso que caracteriza a vivência democrática, tomar o devido cuidado para que não sejam estabelecidos, *a priori*, referidos róis valorativos absolutos.

¹⁹⁷ MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 19.

¹⁹⁸ BROCK, D; BUCHANAN, A. **Decidir por outros: ética de la toma de decisiones sub-rogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fónido de Cultura Económica, 2009, p. 44.

¹⁹⁹ “Paternalism is ‘the greatst despotism imaginable’. This is so because it is to treat men as if they were not free, but human material for me, the benevolent reformer, to mould in accordance with my own, not their, freely adopted purpose. [...] to use them as means for my, not their own, independently conceived ends, even if it is for their own benefit, is, in effect, to treat them as subhuman, to behave as if their ends are less ultimate and sacred than my own”. In: BERLIN, I. Two concepts of liberty. In: BERLIN, I. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997, p. 209.

Partindo das breves reflexões acima, entende-se que ao paternalismo jurídico há sempre uma boa razão “em favor de uma proibição ou de um mandado jurídico, imposto também contra a vontade do destinatário desta proibição ou mandado, quando este for necessário para evitar um dano (físico, psíquico ou econômico) à pessoa a quem se impõe essa medida”²⁰⁰. Um conceito que envolve a supressão de posições jurídicas subjetivas de liberdade de um indivíduo ou grupo, visando garantir-lhes um bem ou proteger-lhes de um dano, independentemente de seu consentimento para com o bem que se busca garantir ou o dano que se busca prevenir²⁰¹.

Note-se que o intuito da busca por um bem/evitar um dano não seria aversivo, não fosse por prescindir da verificação da autonomia/capacidade concreta do destinatário da medida protetiva. O desdém para com a capacidade do indivíduo independente implica em aumentar o risco de intervenções indevidas sobre a esfera de liberdade de um sujeito plenamente consciente daquilo que voluntariamente realiza e dos danos que corre.

Em virtude da generalidade do conceito exposto e de inúmeras discussões que dele emanam, costuma-se classificar o paternalismo de acordo com diferentes critérios, a fim de facilitar a análise das medidas paternas.

Em relação à capacidade dos destinatários da proteção, distingue-se entre o paternalismo fraco ou moderado (*soft*), que incide somente sobre indivíduos ou grupos cuja capacidade não seja aferível de maneira plena, e o paternalismo forte ou rígido (*hard*), que admite intervenções paternalistas mesmo em casos de sujeitos hábeis e capazes para tomar decisões esclarecidas e assumir os riscos de suas condutas²⁰².

Também se distingue o paternalismo puro do impuro. O primeiro visa proteger o próprio sujeito cuja liberdade é limitada, ou seja, evitam-se autolesões, ao passo

²⁰⁰ VALDÉS, E. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 156, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017

²⁰¹ MARTEL, L. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 07, novembro, 2016, p. 124-125.

²⁰² *Ibidem*, p. 129.

em que o segundo, também denominado indireto, busca evitar heterolesões, restringindo a liberdade de terceiros distintos daquele que é protegido²⁰³.

A terceira e última classificação relevante diz respeito ao paternalismo de bem-estar e paternalismo moral. Ao passo em que este cerceia a liberdade do destinatário da medida no intuito de proteger preceitos morais, entendendo que a sociedade está autorizada a recorrer ao direito “para coibir comportamentos autorreferentes que possam impactar moralmente o grupo social”²⁰⁴, aquele sugere que somente pode haver “a proibição de condutas que prejudiquem o exercício do poder sobre o bem jurídico tutelado [...] e consequentes frustrações ao seu titular”²⁰⁵.

Essas breves classificações irão auxiliar na identificação de medidas paternalistas justificáveis em um Estado de Direito democrático. Contudo, antes de estabelecer quando o paternalismo se justifica, é preciso se debruçar sobre os principais embates argumentativos que permeiam a temática, a fim de obter um posicionamento teórico adequado, mediante consideração das arguições pró e contra a intervenção paternal.

3.2 DISPUTAS SOBRE O PATERNALISMO: ARGUMENTOS, CONTRA ARGUMENTOS E SOLUÇÕES

A transformação de sujeitos em meios à obtenção de um fim e/ou a proteção de um bem em sua dimensão objetiva e absoluta afrontam a autonomia do ser humano enquanto fim em si mesmo, reforçando a ideia de dignidade da pessoa humana como heteronomia²⁰⁶ e aproximando o paternalismo do autoritarismo do “moralismo jurídico”, segundo o qual o Direito pode voltar sua ordem normativa não somente para prevenir danos, mas também para proibir condutas intrinsecamente imorais e socialmente indesejáveis, contrárias a bens e valores objetivos, ainda que não repercutam em danos ou riscos sobre a esfera jurídica de ninguém, nem sequer do autor.

²⁰³ *Ibidem*, p. 101.

²⁰⁴ BARROSO, L; MARTEL, L. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010, p. 23. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 19/10/2017.

²⁰⁵ MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 102.

²⁰⁶ BARROSO, L; MARTEL, L. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010, p. 26. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 19/10/2017.

No intuito de proteger a capacidade e independência individual, é que se vale, contra as intervenções paternalistas sobre indivíduos, da máxima latina *volenti non fit injuria*, que implica a inexistência de lesão àquele que consente²⁰⁷. Não há lesividade quando um fato não gera dano ou perigo, nem quando há consentimento em relação a ações que podem ser danosas ou perigosas ao ente consenciente²⁰⁸. Dentre os principais argumentos capazes de justificar tal mantra do consentimento, encontram-se: (i) o argumento utilitarista, (ii) o argumento da lesividade (*harm principle*), (iii) o argumento da autonomia, (iv) o argumento da violação ao princípio da igualdade e (v) o argumento da tendência extintiva da pluralidade.

O (i) argumento utilitarista afirma que ninguém é melhor juiz do que o próprio indivíduo, no que diz respeito ao que causa dano ou não aos seus próprios interesses. Uma vez que cada um é quem melhor conhece suas preferências e intenções, todos são livres para guiar suas práticas de acordo com suas vontades. A interferência na liberdade da pessoa diminuiria tanto o seu bem-estar, como o bem-estar da sociedade, entendido esse como “a maximização da satisfação de certos desejos hierarquizados pela própria pessoa segundo sua importância”²⁰⁹. A única razão para a limitação do âmbito de liberdade de um sujeito, portanto, seria evitar a causação de danos a terceiros não consencientes, visto que tanto na autolesão, quanto na heterolesão consentida, prevaleceria a vontade do lesado.

Os contra argumentos costumam ressaltar que há hipóteses em que o próprio John Stuart Mill, um dos principais expoentes do pensamento utilitarista, reconhece como válidas proibições de atos que atentem contra o próprio interesse do agente, como nos casos dos sujeitos não detentores de plena capacidade e dos contratos de escravidão²¹⁰ e outros atos análogos, que impliquem na renúncia da liberdade futura. Conforme afirma o autor, uma pessoa que vende a si mesma “abdica de sua liberdade, anulando qualquer uso dela no futuro através de um simples ato. Ela portanto derrota, em seu próprio caso, o real propósito que é a justificativa para deixá-la dispor de si mesma”²¹¹. O filósofo inglês termina pontuando que “o princípio

²⁰⁷ ZAFARONI, E. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 475, tradução livre.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 476, tradução livre.

²⁰⁹ DIERTELEN, P. Paternalismo y Estado de Bienestar. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 179, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

²¹⁰ “[...] um acordo pelo qual uma pessoa possa vender a si mesma, ou se deixe vender, como escrava, deve ser tido como nulo e vazio [...]”. MILL, J. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010, p. 183.

²¹¹ MILL, J. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010, p. 184.

da liberdade não pode exigir que ela deva ser livre para não ser livre”²¹², em uma autêntica mitigação da ideia de que o indivíduo é soberano quanto aos seus interesses.

Ainda sobre a perspectiva utilitarista, pode-se questionar a ideia de que se deve buscar a realização da felicidade do maior número de pessoas. Conforme sustenta Ernesto Garzon Valdés, “se não conhecemos bem os interesses de cada um, torna-se muito difícil, para não dizer impossível, um cálculo do bem-estar geral, tal como proposto pelo utilitarismo”²¹³, padecendo a teoria utilitarista de certa inconsistência lógica.

A questão utilitarista, portanto, gira em torno de dois pontos centrais: a supremacia do juízo individual sobre aquilo que diga respeito aos seus interesses, considerando ser ele quem melhor os conhece (englobando a questão dos incapazes e dos “contratos de escravidão”), e a incongruência entre a aceitação concomitante de tal supremacia e da concepção pragmática utilitária de que o bem-estar social se obtém a partir da maximização da satisfação dos interesses da maioria dos indivíduos.

O primeiro ponto tange àquilo que, no capítulo passado, referiu-se sob a alcunha de “independência” individual. A independência do indivíduo remete ao núcleo particular de liberdade e dignidade que somente a ele diz respeito, a partir e dentro dos limites do qual, diante de seus ímpetos e desejos, pode optar por não se submeter às normativas coletivamente fundadas. Nesta senda, não há empecilho ao indivíduo que, após auxiliar na tomada de uma decisão coletiva, “decida viver a partir de seus recursos e oportunidades. Não há como se defender que a maioria tome para si o pleno direito de decidir e imponha visões de mundo e valores a todos”²¹⁴.

Quando age de modo independente, o indivíduo se afasta da interdependência que possui enquanto sujeito e das expectativas sociais sobre ele depositadas enquanto pessoa. Mesmo em uma sociedade baseada na exposição e autopromoção, em que sujeitos se oferecem uns aos outros como mercadorias, os integrantes do tecido social possuem (por incrível que talvez possa parecer) âmbitos

²¹² *Ibidem*, 2010, p. 184.

²¹³ VALDÉS, E. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 159, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017

²¹⁴ SANTANO, A; TRINDADE JUNIOR, W. O direito de decidir, entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. In: HACHEM, D; SALGADO, E (Coord.). **Direito, liberdade e justiça**. Curitiba: Íthala, 2017, p. 47.

de privacidade, os quais poderão abrir à interferência de esferas particulares ou públicas conforme suas vontades. Assim, ainda que, através do exercício de sua autonomia intersubjetiva, tenha contribuído para fundar normas coletivamente vinculantes, o aspecto coercitivo se esvai quando o âmbito de ação do destinatário da norma se circunscreve à sua particularidade.

Possuindo capacidade plena, o indivíduo devidamente informado e consciente do contexto no qual se insere (composto, inclusive, pelas deliberações valorativas da autonomia e expectativas normativas) tem plena capacidade para buscar seus interesses de modo absolutamente independente dos demais, quanto àquilo que somente a si importe (“opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros”²¹⁵) ou, quando importante a outros, o seja em proporção ínfima e sem lhes gerar riscos proibidos, danos ou expectativas significativas e justificáveis de danos. Merecem ressalvas, todavia, casos em que, tratando-se daqueles que não detêm capacidade jurídica e autonomia plena, ou seja, dos incapazes (relativa ou totalmente), certas medidas protetivas, de caráter paternalista, justificam-se. Este tema, porém, será mais bem aprofundado à frente.

Quanto aos “contratos de escravidão”, a doutrina majoritária considera a impossibilidade de eliminação da liberdade futura pela liberdade presente. Costuma-se sustentar que a liberdade seria um bem jurídico indisponível – argumento que já se provou insustentável em capítulos anteriores – e que o direito não admite negócios jurídicos de caráter perpétuo. Ainda que a postura mais razoável corrobore a impossibilidade da eliminação da liberdade futura pela liberdade presente, construir-se-á um raciocínio de base distinta dos argumentos citados, sendo inclusive cabíveis ressalvas quanto a esses.

Inicialmente, vale frisar que se está tratando da relação de disponibilidade que configura o bem jurídico “liberdade”. Conforme registrado anteriormente, aqueles que consideram um bem jurídico como indisponível, desvirtuam a figura do bem jurídico, baseada na disponibilidade entre sujeito e objeto, supervalorizando a dimensão objetiva da relação, em detrimento do sujeito. A liberdade, assim como qualquer outro objeto juridicamente valorado, não pode ser considerada objetivamente “indisponível”. Não bastasse ser disponível, a liberdade é negociável,

²¹⁵ BARROSO, L; MARTEL, L. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010, p. 19. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 19/10/2017.

vide as possibilidades legais de transação penal e os contratos de leniência firmados no âmbito das práticas de delações premiadas.

Pertinente também esclarecer que a distinção entre “limitação” e “eliminação” é uma questão de graduação, condizendo à eliminação o grau máximo de limitação de algo, que implica a inexistência do fator eliminado, suplantado, em sua totalidade, pelo eliminador. Concomitantemente, ressalta-se que todo ato e toda decisão livre implica em uma limitação da liberdade futura, circunscrevendo as ulteriores escolhas às possibilidades do novo contexto formado através das escolhas anteriores.

Poder-se-ia arguir, contrariamente, que não basta, à refutação da inadmissão de negócios jurídicos de caráter perpétuo, afirmar-se a eliminação/destruição enquanto mera limitação qualificada, uma vez que isso não resolve o problema da irreversibilidade do negócio jurídico que envolve a eliminação. Contudo, qualquer ato de limitação e disposição (parcial ou total) de algo é irreversível. Ainda que se possa regredir no âmbito da limitação (regressão que também se admite na maioria dos casos de eliminação, devido à diferença gradual entre os institutos), tratar-se-á de uma nova situação/um novo contexto, no qual o sujeito encontrará um leque maior de possibilidades de ação do que havia em momentos prévios. As situações anteriores, porém, não retornarão, havendo somente a criação de novos contextos cujos *status quo* podem se aproximar mais ou menos dos *status quo* de contextos já experimentados.

Entende-se, de maneira diversa aos defensores dos argumentos acima rebatidos, que a decisão presente que elimina a autonomia e a liberdade (negativa e positiva) futura se revela, paradoxalmente, como a mais alta demonstração de liberdade do agente, denotando o ser humano enquanto ser inexoravelmente livre. Isto, pois em uma decisão dessa natureza, como a que ocorreria em um “contrato de escravidão”, tanto o fator eliminado, quanto o eliminador, são a liberdade. Noutros termos, a liberdade cede espaço à liberdade.

Explica-se: ao tratar a liberdade como camadas concêntricas sobrepostas, o núcleo ocupado pelo livre-arbítrio e liberdade de escolha, objetos da consciência humana, mostra-se indestrutível e não eliminável, não somente por uma opção jurídico-normativa, mas pela própria característica do ser humano, em que se reconhece, social e linguisticamente, a centelha inata da liberdade e indeterminação. Torna-se impossível pensar na disposição do núcleo duro da liberdade, composto de livre-arbítrio e liberdade de escolha, uma vez que o ato de dispor implica o exercício

dessas faculdades. Dispor da liberdade em sua totalidade constitui uma contradição performativa, pois a decisão e o ato de dispor comunicam ser o agente possuidor de liberdade. Esse paradoxo da liberdade é o que impede admitir a celebração válida de contratos de escravidão e instrumentos afins, não o caráter indisponível do bem jurídico em questão, ou a perpetuidade dos efeitos da decisão tomada.

Não bastasse a inconsistência lógica da figura ora em exame, outro fator relevante a ser considerado é a necessidade de que a decisão tomada pelo indivíduo, quando consente com violações a seus direitos e lesões a bens jurídicos, deve ser certa e estrita. O ato de disposição de posições jurídicas, por se tratar de um ato complexo, que muitas vezes envolve bens jurídicos caros ao ordenamento e a possível responsabilização de outros agentes sociais, exige o maior grau de especificidade possível. Assim, até mesmo diante da complexidade das relações interpessoais, não se admite a celebração de “contratos de escravidão” em razão do receio de que uma decisão tão genérica e incerta do contratante possa legitimar práticas abusivas e, até mesmo, não previstas, pelo contratado.

Por fim, o entendimento de que o indivíduo é quem melhor conhece seus próprios interesses e aquilo que lhe é desejável não é incompatível com a perspectiva utilitarista de que o bem-estar social coincide com a satisfação dos interesses da maioria dos indivíduos. A arguição de que “se não se conhece os interesses de um indivíduo tão bem quanto ele, igualmente não se conhece o interesse da maioria, composto de interesses individuais” não se sustenta, uma vez que o indivíduo especificamente considerado pode não compor a maioria. A noção geral de qual seja o desejo majoritário não implica no conhecimento individualizado dos interesses das partes, ou, em termos formais, considerando C um conjunto qualquer; x um indivíduo qualquer pertencente ao conjunto C ; y uma maioria de indivíduos pertencente a C ; e I um interesse, o fato de conhecer y/I não implica em conhecer x/I , na medida em que não se sabe se x pertence a y .

Não obstante a ausência de contradição, o bem-estar social, sob o prisma do Estado Liberal, contexto no qual se inseria John Stuart Mill e seu pensamento, resultaria “da concorrência das decisões das vontades individuais, ou seja, seria uma consequência do pleno exercício das liberdades individuais”²¹⁶. Pela premissa

²¹⁶ GABARDO, E; HACHEM, D. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, R; HACHEM, D

utilitarista da realização dos interesses da maioria, deve-se entender a ausência de empecilhos quanto à procura livre dos interesses individuais, caracterizados pela busca do prazer e aversão à dor²¹⁷. A frugalidade do Estado implicaria na inevitável concretização do interesse da maioria, seja qual fosse, concretizado a partir do logro dos distintos interesses individuais. O bem comum “estaria no livre desenvolvimento das vontades individuais, limitadas às fronteiras estabelecidas pela lei”²¹⁸, inexistindo incompatibilidade entre a supremacia do interesse individual quanto a si e a busca pela maximização do interesse da maioria.

Hodiernamente, contudo, o Estado não se pode furtar de proteger e garantir interesses e direitos individuais contra majoritários, mesmo que isso inviabilize a concretização imediata do bem-estar coletivo²¹⁹. Deve o Estado, ainda, garantir aos cidadãos as condições básicas ao exercício da autonomia e à capacidade de escolha, porém não impor uma escolha específica²²⁰, sendo defeso até mesmo impor condições tais que não compatibilizem com o conteúdo da decisão autônoma do garantido. Neste caso particular, somente se admite a intervenção estatal após terem as condições básicas do exercício da autonomia se esvaído (independentemente da causa do esmorecimento) e com o intuito de recuperá-las.

Diretamente vinculado às ideias utilitaristas, o (ii) princípio da lesividade (*harm principle*), ou princípio liberal do dano²²¹, sustenta que “a interferência do Estado no comportamento dos cidadãos apenas é moralmente justificável quando se mostra razoavelmente necessária para prevenir lesões ou graves riscos de lesões às

(Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 169.

²¹⁷ ARAÚJO, E; MARIN, B. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, E; SALGADO, E (Coord.). **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 31.

²¹⁸ GABARDO, E; HACHEM, D. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, R; HACHEM, D (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 173.

²¹⁹ ARAÚJO, E; MARIN, B Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, E; SALGADO, E (Coord.). **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 34.

²²⁰ SANTANO, A; TRINDADE JUNIOR, W. O direito de decidir, entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. In: HACHEM, D; SALGADO, E (Coord.). **Direito, liberdade e justiça**. Curitiba: Íthala, 2017, p. 48.

²²¹ MARTEL, L. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 07, novembro, 2016, p. 116.

peças que não sejam o próprio sujeito que sofre a intervenção”²²². Na mesma linha, afirma John Stuart Mill que “o único propósito pelo qual o poder pode ser constantemente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade, contra a vontade deste, é o de prevenir danos para os outros membros. O próprio bem dele, seja físico ou moral, não é causa suficiente”²²³.

O *harm principle* retoma o debate suscitado por Ernesto Garzón Valdés, no sentido de não ser preciso que a medida paternal promova um bem, mas que evite um dano ou perigo de dano concreto. Adotando-se tal princípio, limita-se a atuação estatal, que não poderá se justificar através da pretensa promoção de um bem, mas somente da concreta evitação de um dano ou perigo de dano.

O *harm principle* se encontra intimamente relacionado ao Estado Democrático de Direito e sua herança laica, liberal e pluralista, em detrimento de “Modelos de Estados autoritários, erigidos na persecução de objetivos éticos, na punição de inclinações anti-sociais e na mera infração ao dever”²²⁴. No ordenamento jurídico brasileiro, que tanto na seara cível²²⁵, quanto penal²²⁶, presa pelo desvalor de resultado das condutas, em detrimento do mero desvalor de ação, predomina o princípio da lesividade enquanto “um segundo e fundamental nível de valoração que, ao expressar o primeiro momento de desvalor do fato, assume-se como elemento de fundação do ilícito”²²⁷. Em outras palavras, não basta à justificação da intervenção estatal, no Direito pátrio, que a conduta do agente sobre o qual a medida interventiva recai apenas expresse sua consciente disposição de afronta à norma positivada (desvalor de ação), mas, também, que dessa postura conflitiva para com a norma posta resulte dano ou perigo de dano ao bem jurídico (desvalor de resultado) da vítima não consenciente, objeto de proteção da norma.

²²² MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 106.

²²³ MILL, J. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010, p. 49.

²²⁴ D’AVILA, F. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 51.

²²⁵ Código civil: Art. 186, do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.; Art. 927, do Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²²⁶ Código penal: Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. [...]; Art. 14 - Diz-se o crime: [...] II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.; Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

²²⁷ D’AVILA, F. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 77.

Ainda que haja inúmeros e pertinentes debates sobre a abrangência do *harm principle* diante de práticas que expressem elevado desvalor de ação, mas nenhum desvalor de resultado, para esta pesquisa tais discussões não possuem relevância, na medida em que se tem por objetivo a investigação de práticas de autolesão e heterolesão consentida, o que, pelos próprios nomes, trazem à tona o necessário aspecto lesivo dos comportamentos e, com isso, seu desvalor de resultado.

Importante, contudo, breves ressalvas quanto ao aspecto heterônomo do dano justificador da intervenção estatal, apregoado pelo *harm principle*. Busca-se restringir a interferência do Estado somente aos casos em que dos atos a serem cerceados possam advir danos a terceiros. O aspecto heterônomo do dano, no entanto, não é nem imprescindível, nem suficiente à justificação da medida interventiva. Respectivamente: mostra-se prescindível o caráter heterônomo do dano em casos nos quais se entenda cabível a restrição do comportamento autolesivo do particular não plenamente capaz (paternalismo puro); evidencia-se a insuficiência do aspecto externo do dano nos casos em que, apesar de heterônomo, há consentimento válido por parte daquele que o sofre o dano (caso em que o paternalismo impuro não se justifica).

O (iii) argumento da autonomia, por sua vez, sustenta que a intervenção paternalista do Estado destrói a autonomia individual e conduz à servidão. Poder-se-ia dizer que quando se atua paternalisticamente não se permite ao indivíduo que eleja seus próprios objetivos/fins, visto que a escolha é feita por outro, havendo afronta a sua liberdade positiva. Neste sentido, o sujeito deixaria de ser autônomo, não obedecendo às leis que ele mesmo se impõe²²⁸. O raciocínio é reforçado através da formulação kantiana, segundo a qual “nunca se deve tratar as pessoas exclusivamente como meios, senão como fins em si mesmas”²²⁹. Haveria o desestímulo das práticas de enriquecimento (econômico e pessoal) e aperfeiçoamento individual, em razão de diversas atitudes interventivas e, inclusive, provedoras, por parte do Estado.

Os argumentos acima contrariam o moralismo jurídico e o monismo-estatal (“[...] para a qual todos os bens jurídicos serão reflexo de um interesse do Estado ou

²²⁸ VALDÉS, E. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 161, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017

²²⁹ DIERTELEN, P. Paternalismo y Estado de Bienestar. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 180, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

da coletividade”²³⁰), bem como Estados de perfil social acentuado, visto que nem mesmo os fins mais benevolentes do agente paternal autorizariam a instrumentalização dos cidadãos, em prol de concretização de bens/valores absolutos, pois culminariam na criação de cidadãos passivos.

Deve-se analisar, conjuntamente às questões acima expostas, o (iv) argumento segundo o qual o paternalismo pressupõe uma relação de hierarquia e subordinação entre o agente e o destinatário da medida protetiva, relação essa inadmissível quando da consideração de um sujeito autônomo. Não se trata de uma afronta à autonomia, mas de uma afronta à igualdade entre entes, que se dá a partir do momento em que se age partindo do pressuposto de que o destinatário da ação não possui discernimento e necessita da proteção de uma liderança que guie suas atitudes. O agente paternal se colocaria em uma posição superior, detentora do saber e do poder de determinar as condutas de seus inferiores²³¹.

Ainda que na maioria das vezes em que há um comportamento paternalista, a autonomia e ímpeto do destinatário estejam em risco e a proteção seja exercida por uma entidade hierarquicamente superior, diversas medidas paternalistas têm como razão de sua existência uma justa busca pela compensação de uma relação fática desigual. Quer dizer, o Estado, prezando pela concretização de fins jurídicos constitucionais e intersubjetivamente vinculantes, diante de uma relação desigual entre particulares, atua de modo a reequilibrar a situação, impedindo com que a parte hipossuficiente e desfavorecida pratique atos sem as necessárias condições de reflexão e ponderação. Adotando uma postura eminentemente social, faz-se valer a igualdade material em detrimento da igualdade formal e é somente em razão de compensações desse gênero (compensatórias de um déficit do sujeito consenciente) é que as práticas paternalistas são aceitáveis. Por óbvio, medidas dessa natureza devem ser necessárias e razoáveis face às situações concretas em que são praticadas, implicando o menor nível de restrição aos direitos das partes envolvidas. Contudo, é preciso ter ciência de que a dificuldade de equilibrar “intervenção estatal”

²³⁰ GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 86.

²³¹ MARTEL, L. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 07, novembro, 2016, p. 137.

e “manutenção da autonomia e incentivo às práticas individuais” não é motivo suficiente para se concluir pela inadequação de toda e qualquer medida paternal.

Não se pode olvidar, para além da justa pretensão compensatória das práticas paternas, de dois núdulos de debate sobre o tema: as hipóteses de paternalismo recíproco e os chamados “contratos Ulisses”. O paternalismo recíproco e os “contratos Ulisses” permitem uma relação na qual um sujeito, valendo-se de sua autonomia, consente com o controle exercido ou com o impedimento instaurado por outrem, uma vez que reconhece suas tentações de praticar atos que trariam consequências indesejadas para si.

Nos casos de paternalismo recíprocos, dois sujeitos, cientes de seus desejos e ímpetos, porém convencidos de que devem se manter distantes deles, combinam que um cuidará do outro, a fim de que juntos, impeçam-se mutuamente de cair em tentação. Como exemplo, pode-se imaginar o caso de um casal que, insatisfeito com sua condição física, combina que um não irá deixar o outro comer alimentos engordativos ou pouco saudáveis. A fim de seguir o combinado, ambos terão de cercear a liberdade um do outro. Contudo, tal limitação encontrará respaldo legitimador no trato anterior, ciente e voluntariamente firmado.

Na hipótese do “contrato Ulisses”, o cidadão recorre a outro ente, seja outro sujeito, seja o Estado, e solicita sua intervenção para evitar danos futuros a si. O exemplo, clássico na literatura especializada remete à Odisseia, em que Ulisses, ciente de que seria muito difícil resistir ao canto das sereias, pede aos demais tripulantes da embarcação que o amarrem no mastro e tapem seus ouvidos. Amarrado e sob o efeito do canto das sereias, Ulisses tem sua liberdade negativa e positiva restringida, na medida em que não consegue agir conforme sua atual vontade, que o guiaria ao encontro das sereias. Porém, a medida restritiva se sustenta como um ato de auto restrição²³², baseada na autorização prévia do próprio Ulisses que estava lúcido e fruindo de sua autonomia quando demandou fosse amarrado, ciente dos riscos que correria.

Tanto no paternalismo recíproco, quanto nos “contratos Ulisses”, portanto, não há perda de autonomia ou subordinação, uma vez que a intervenção é solicitada prévia e estritamente pelo destinatário da medida. São hipóteses nas quais o ato paternal é plenamente aceitável.

²³² ELSTER, J. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 127.

Ressalte-se, entretanto, que somente consentimentos expressos e prévios têm o condão de justificar intervenções na liberdade do consenciente, sendo indesejável trabalhar com a ideia de consentimento futuro, que apresenta dois graves inconvenientes: por um lado, incentivar-se-ia a “fabricação” do consentimento posterior, potencializando o caráter autoritário do poder paternal; por outro, pode ocorrer que, após a prática do ato paternalista, descubra-se que seu destinatário não consentiria com sua realização e, para justificar e legitimar o ato, diga-se que o fato de o sujeito não reconhecer a imprescindibilidade da medida é prova de que deve permanecer sob os cuidados alheios, já que permanece sem aptidão para guiar suas próprias ações²³³.

Além de prévio, o consentimento, para que justifique de prontidão uma prática paternal, deve ser certo e estrito, tal como sustentado quando do rechaço aos contratos de escravidão, sob pena de abusos do poder paternal. Caso contrário, o raciocínio poderia avançar a ponto de, por exemplo, afirmar que o exercício do poder legislativo e/ou executivo estatal, amparados na representatividade, contam com o consentimento prévio dos cidadãos representados, que lhes conferiram poderes para a prática de atos normativos protetivos amplos. Assim, em todas as medidas editadas por tais poderes, haveria consentimento e não se poderia falar em paternalismo injustificado, o que não se admite.

O raciocínio acima configura uma extensão desmedida da auto restrição individual ao plano social e coletivo, ensejando diversos problemas e inconsistências envolvendo a necessidade de salvaguardar os direitos e interesses das minorias, as motivações dos agentes estatais (que podem não estar de acordo com os interesses individuais dos governados) e a questão das gerações futuras que nascerão subordinadas a limitações instituídas quando sequer poderiam participar dos procedimentos de deliberação coletivos²³⁴.

Finalmente, o (v) argumento da tendência extintiva da pluralidade apregoa que diversas “medidas paternalistas são tomadas tendo em contra certos *padrões*, comportamentais e culturais, ou conhecimentos científicos”²³⁵, afetando

²³³ VALDÉS, E. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017

²³⁴ ELSTER, J. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 213-220.

²³⁵ MARTEL, L. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010.

negativamente o pluralismo e a tolerância, princípios de hierarquia constitucional da ordem jurídica brasileira, e conduzindo à padronização e homogeneização de estilos de vida e visões de mundo, repercutindo de modo contraproducente ao perene conflito de ideias que garante a vitalidade de um modelo político-democrático.

Noutra senda, argui-se que o compromisso exagerado para com a pluralidade e o multiculturalismo possibilita a difusão de ideias e práticas antiliberais, não comprometidas com a tolerância e os ideais democráticos. Nesse sentido, “a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância”²³⁶, pois através da tolerância sem limites, abrir-se-ia margem para que pensamentos intolerantes ganhem espaço e suprimam a tolerância. Não obstante, o multiculturalismo extremo traria à tona o risco de que, em seu nome, perca-se a própria identidade individual. Sustenta-se que “ninguém que valorize a diversidade humana (supostamente) desejará que os costumes e as tradições se interpenetrem de tal maneira que acabem por tornar impossível a distinção de qualquer costume e tradição”²³⁷.

Ainda que os parâmetros da pluralidade e os riscos do multiculturalismo ilimitado sejam temas de relevante e séria discussão, quando se trata de paternalismo, o risco a ser evitado é o de legitimar intervenções paternas indevidas sobre as vivências particulares de indivíduos capazes que, em seus âmbitos privados, possuam plena liberdade de se deixarem levar por seus desejos e práticas habituais. O paternalismo de bem-estar, limitado pelo *harm principle* e pela primazia da autonomia intersubjetiva e independência individual, é, portanto, o patamar mais elevado de intervenção que se deve ter em um ordenamento jurídico democrático, comprometido com a pluralidade e tolerância, em detrimento de moralismos jurídicos.

Retomando a ideia de paternalismo - ao qual há sempre uma boa razão “em favor de uma proibição ou de um mandado jurídico, imposto também contra a vontade do destinatário desta proibição ou mandado, quando este for necessário para evitar um dano (físico, psíquico ou econômico) à pessoa a quem se impõe essa

Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 07, novembro, 2016, p. 134.

²³⁶ POPPER, K. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2 vols., 1987, I, p. 289.

²³⁷ DALRYMPLE, T. **Qualquer coisa serve**. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 53.

medida”²³⁸ – e tendo em conta o conteúdo dos itens anteriores, a síntese à qual se chega após as reflexões expostas é de que: (i) a vontade do indivíduo capaz e conhecedor das circunstâncias que envolvem sua tomada de decisão é soberana nos assuntos que dizem respeito ao seu âmbito de independência; (ii) nenhum ser humano é capaz de celebrar um “contrato de escravidão” válido, eliminando sua liberdade futura, através do exercício da liberdade presente, uma vez que o ato de celebrar um negócio jurídico e tomar a decisão que o caracteriza comunica ser o agente um ser essencial e inexoravelmente livre, o que torna o “contrato de escravidão” uma contradição performativa; (iii) o consentimento para com uma prática lesiva deve ser prévio, certo e estrito, a fim de evitar o cometimento de lesões genericamente autorizadas pelo consenciente, porém sequer por ele previstas, conferindo-se poderes demasiadamente amplos ao lesador; (iv) o consentimento, para que seja justificante de uma prática paternal interventiva, deve ser prévio, certo e estrito, a fim de evitar a fabricação do consentimento ou a justificação *ad eternum* de intervenções, baseada em uma autorização genérica e ampla, tal qual a concedida através da ideia de representatividade política; (v) não há paternalismo moral justificável; (vi) o paternalismo justificável é o de bem-estar e de caráter moderado, não rígido; (vii) tratando-se de sujeitos não autônomos, o paternalismo, em regra, é aceitável, até mesmo em se tratando de casos de paternalismo puro, nos quais não há danos a terceiros, mas autolesão.

A despeito dos argumentos explorados, é preciso delimitar de maneira mais precisa os requisitos do paternalismo justificável e do consentimento válido, temas do item que segue.

3.3 SITUAÇÕES EM QUE O PATERNALISMO É JUSTIFICÁVEL E TÉCNICAS PARA CASOS DUVIDOSOS

Verificou-se no item precedente que a capacidade de fato, aliada ao consentimento válido e genuíno do agente, podem tanto figurar como fator de proibição de medidas interventivas paternalistas - como nos casos de autolesão (em que basta a capacidade plena e independência do indivíduo) e heterolesão consentida (nos quais é preciso, concomitantemente, capacidade e consentimento

²³⁸ VALDÉS, E. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 156, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017

válido para com o dano a ser causado ao consenciente) -, quanto como circunstância legitimadora e justificadora de práticas paternas – a exemplo dos casos de “contratos Ulisses” e paternalismos recíprocos. Mostra-se necessário, contudo, retomar a ideia de capacidade, agora voltada ao seu papel de elemento do consentimento válido, a fim de apurar as condições e requisitos do paternalismo justificável.

Seguindo a doutrina do consentimento informado, para a prática de uma ação livre e responsável, o autor deve possuir capacidade juridicamente reconhecida, bem como estar devidamente informado sobre as elementares da situação em que se encontra. Como exemplo, podem-se mencionar os casos de pacientes capazes que expressam seu consentimento livre e informado, autorizando a realização de tratamentos médicos cirúrgicos²³⁹. O consentimento, em linhas gerais, diz respeito a um ato unilateral e individual. Sua revogação, quando houver, deve ser expressa. Para que seja efetivo, é imprescindível que quem o presta possua total disponibilidade sobre o bem objeto do consentimento. Deve se dar, em regra, antes do início do ato danoso, evitando-se os já mencionados riscos de fabricação e incessante justificação da medida interventiva. A vontade do consenciente não pode padecer de vício, ou seja, requer-se a completa capacidade de compreensão da situação e a inexistência de engano, coação ou erro²⁴⁰.

A capacidade, como já dito, diz respeito ao “entendimento, inteligência e vontade da pessoa”²⁴¹, bem como à “aptidão para a prática dos atos da vida civil, e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia”²⁴². Remete, portanto, à aptidão para tomar decisões autônomas e adequadas, não se exigindo que sejam racionalmente perfeitas. O sujeito capaz é aquele capaz de entender as diferentes opções à sua disposição, bem como entender e avaliar as consequências advindas de cada uma delas²⁴³.

O filósofo John Stuart Mill já apontava para a imprescindibilidade da capacidade do agente, sob pena de cerceamento de sua liberdade. Nesta senda,

²³⁹ BROCK, D; BUCHANAN, A. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones sub-rogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fónido de Cultura Económica, 2009, p. 37.

²⁴⁰ ZAFARONI, E. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 478, tradução livre.

²⁴¹ AMARAL, F. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 146.

²⁴² *Ibidem*, 2003, p. 146.

²⁴³ BROCK, D; BUCHANAN, A. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones sub-rogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fónido de Cultura Económica, 2009, p. 91, tradução livre.

quando a capacidade do sujeito se encontrar reduzida, como no exemplo do incapaz, justifica-se a intervenção em sua liberdade, a fim de promover seu próprio bem ou impedir que cause dano a si, da mesma forma que se pode interferir na conduta arriscada de um indivíduo, durante o tempo que seja necessário para determinar se é capaz²⁴⁴, algo semelhante ao que, atualmente, denomina-se a “princípio da beneficência”²⁴⁵, ou a “estratégia do melhor interesse”²⁴⁶.

A capacidade, ou, como denomina Ernesto Garzón Valdés, competência, diz respeito à aptidão “de uma pessoa para fazer frente, racionalmente ou com uma alta probabilidade de êxito, aos desafios e problemas diante dos quais se encontra”. Em virtude da variabilidade de situações e papéis assumidos por pessoas em sociedade, dos menos aos mais complexos, trabalha-se com dois níveis de competência: a competência básica e a competência especial.

Competências especiais dizem respeito às exigências normativas de que o agente detenha um conhecimento específico para a prática de determinado ato. Trata-se, por exemplo, da capacidade postulatória do advogado (à exceção da justiça trabalhista); dos requisitos a serem preenchidos por um médico, quando do exercício de sua profissão; dentre outros casos.

Ernesto Garzón Valdés sustenta que o paternalismo justificável de incidir somente sobre aqueles que não detêm competências básicas, não podendo ser estendido aos despossuídos de competências especiais. Afirma que, assim, exigem-se apenas aptidões triviais para a prática de uma ação autônoma e responsável, evitando a construção de “uma sociedade regida somente pelos membros mais talentosos ou informados”²⁴⁷.

Entende-se que o propósito do autor é inferir que o Estado não pode exigir que todos possuam capacidades especiais para praticar atos da vida cotidiana. Isto resta evidente, uma vez que à capacidade especial corresponde um conhecimento extraordinário, somente exigível quando da prática de atos especializados e

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 14, tradução livre.

²⁴⁵ CORRÊA, A. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 101.

²⁴⁶ MARTEL, L. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 07, novembro, 2016, p. 223.

²⁴⁷ VALDÉS, E. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 167, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017

tecnicamente refinados. Esquece o autor, entretanto, de pontuar que as exigências normativas de competência especial, consolidadas no ordenamento jurídico, podem se revelar medidas de caráter paternalista, quando não voltadas à proteção da coletividade contra aquele que viola o exercício regular da profissão, mas à proteção do indivíduo que, ciente do nível de formação de um determinado sujeito, procura-o para que preste serviços, uma vez que confia em suas habilidades e competências, a despeito da falta de formação profissional do contratado na área de atuação.

Pode-se analisar, a título de exemplo, a regulamentação do exercício da advocacia. Exigir que a pessoa seja advogada registrada no órgão de classe, com procuração devidamente assinada, para representar os interesses de outrem em um processo judicial, configura uma imposição que, em geral, busca tutelar o exercício regular da profissão de advocacia, um múnus público que exige conhecimento específico para ser desempenhado. Até aqui, nada de paternalismo, havendo somente previsão normativa destinada a evitar que terceiros desconhecedores da incompetência técnica de determinada pessoa sejam lesados, em virtude do desempenho irregular e desqualificado dessa no ofício de advogado. Contudo, deve-se ter em conta que os atos judiciais praticados por patrono que não possuir competência especial (formação jurídica e inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil [OAB]) serão considerados inválidos, independentemente da anuência do representado, que pode estar ciente, por exemplo, da falta de formação profissional do patrono na área jurídica e, mesmo assim, querê-lo como seu defensor em juízo. Evidencia-se, aqui, o caráter protecionista e paternalista da medida, prescindindo-se da anuência do destinatário concreto da norma, a fim de evitar-lhe um dano.

No que tange à competência básica, detém-na todo indivíduo capaz de praticar os atos ordinários da vida em sociedade e, por eles, responsabilizar-se. Remete-se a atos pouco complexos, para a prática válida dos quais, comumente, o sujeito adquire competência quando atinge suficiente desenvolvimento mental, o que, em geral, dá-se aos 18 anos de idade²⁴⁸. Entretanto, faltará ao indivíduo competência básica, não havendo, por conseguinte, consentimento válido de sua parte, em casos nos quais: (i) ignorar elementos relevantes da situação em que tem de atuar; (ii) sua autodeterminação estiver reduzida a ponto de não poder leva a cabo suas próprias

²⁴⁸ Art. 5º, do Código Civil - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.; Art. 27, do Código Penal - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

decisões; (iii) suas faculdades mentais estiverem temporal ou permanentemente reduzidas; (iv) atuar de maneira compulsória ou sob coação.

Ernesto Garzón Valdés, ainda, adiciona uma quinta situação ao rol exposto, segundo a qual não possui capacidade básica o indivíduo que, ao mesmo tempo, reconhece a importância de um determinado bem e não deseja pô-lo em perigo, porém se nega a utilizar dos meios necessários para salvaguardá-lo, ainda que deles disponha facilmente. Alega-se que seria uma demonstração de irracionalidade por parte do agente e se vale do exemplo do motorista de automóvel que, mesmo valorizando sua própria vida, opta por não utilizar cinto de segurança.

Discorda-se, tendo em conta que não se pode presumir a incapacidade básica do sujeito que pratica um ato cujo sentido comunicado soa contraditório. No exemplo do motorista, um sujeito que reconheça o valor da própria vida conta com inúmeros motivos para, simultaneamente, não se valer do uso de cinto de segurança. Pode-se imaginar alguém que sente prazer em correr riscos e, ademais, para tanto, resta imprescindível que reconheça o valor de sua própria vida, uma vez que não haveria emoção alguma em arriscar algo que não se valoriza. Ernesto Garzón Valdés, inclusive, na mesma obra, elenca como uma das hipóteses de não admissão da intervenção paternalista o caso do “amante do risco”²⁴⁹, sujeito que possui competência básica, mas prefere correr o risco de um dano certo ou altamente provável em benefício de seu prazer ou felicidade²⁵⁰. Outra hipótese cogitável envolve o sujeito que, ainda que valorize sua própria vida e saiba que dirigir no trânsito é uma atividade de risco, acredita fielmente que nada de ruim irá ocorrer, seja em virtude do baixo fluxo de veículos, seja por confiar em suas habilidades como condutor, considerando, portanto, prescindível o uso de cinto de segurança. Enfim, são essas duas dentre outras tantas razões que poderiam ser levantadas a fim de dispensar a quinta situação de incompetência básica aventada pelo autor.

Retomando as quatro situações anteriormente elencadas, não se pode olvidar que uma ação paternalista justificável, para além de se dirigir a sujeitos circunstancialmente não possuidores de capacidades básicas, deve ter por objetivo a concretização de um interesse benevolente, “visando superar os inconvenientes

²⁴⁹ VALDES, E. Sigamos discutiendo sobre ele paternalismo. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, nº 5, 1998, p. 217, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

²⁵⁰ VALDÉS, E. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, nº 5, 1998, p. 169, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017

trazidos pela incompetência básica ao próprio incompetente, ou seja, procurar que não cause dano a si mesmo”²⁵¹ e que não sofra danos causados por outrem, em razão de seu consentimento inválido.

O paternalismo jurídico não seria justificável, para Ernesto Garzón Valdés, em três hipóteses: do suicida, do amante do risco e do herói. O suicida alude ao sujeito que, detentor de competência básica, “quer causar dano a si e até mesmo privar-se da vida, para se castigar, ou porque considera que a vida carece de sentido e a morte é uma libertação”²⁵². O amante do risco, como anteriormente explicitado, remonta ao sujeito que, detentor de competência básica, prefere correr o risco de um dano certo ou altamente provável em benefício de seu prazer ou felicidade²⁵³. Por fim, o herói é alguém com competência básica que “arrisca sua vida em prol dos demais”²⁵⁴.

De acordo com Manuel Atienza, medidas paternalistas justificáveis devem (i) ser direcionadas à consecução do bem objetivo de uma pessoa ou coletividade; (ii) os indivíduos ou coletividade sobre os quais se aplica a medida não podem prestar seu consentimento, por possuírem alguma incapacidade básica (transitória ou não); e (iii) deve ser possível presumir que os destinatários da medida com ela consentiriam caso não estivesse em situação de incapacidade²⁵⁵.

Paulette Diertelen, por seu turno, sustenta que para práticas paternalistas justificáveis, é necessário levar em consideração os danos, os riscos e as metas perseguidas pela comunidade da qual o alvo da medida protetiva pertence. Assim, uma análise adequada teria de considerar: (i) o grau de probabilidade do dano; (ii) a gravidade do dano comparada com o risco proveniente da realização da ação paternalista; (iii) a alta confiabilidade no fato de que o objetivo que se persegue com a ação paternalista é importante/relevante para a comunidade; e (iv) que a ação paternalista seja a única ou melhor opção para atingir meta pretendida²⁵⁶.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 167, tradução livre.

²⁵² *Ibidem*, p. 168, tradução livre.

²⁵³ *Ibidem*, p. 169, tradução livre.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 169, tradução livre.

²⁵⁵ ATIENZA, M. Discutamos sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 209, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

²⁵⁶ DIERTELEN, P. Paternalismo y Estado de Bienestar. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 189, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

Na doutrina brasileira, conforme citado no primeiro capítulo, afirma-se que para que se justifique uma medida limitante das liberdades individuais, deve-se ter em conta três principais aspectos: (i) a fundamentalidade do bem jurídico atingido (“os bens jurídicos devem ser fundamentais à preservação da autonomia individual”²⁵⁷); (ii) o potencial dano aos sujeitos de direito; e (iii) o grau de consenso social sobre a matéria, lembrando-se de resguardar as liberdades básicas do sujeito, ainda que exercidas em sentido contra majoritário²⁵⁸.

A partir da leitura da literatura citada, extraem-se alguns padrões.

Primeiramente, do sujeito capaz e competente, exige-se autonomia e responsabilidade, assim como a detenção dos conhecimentos básicos e necessários sobre seu contexto, o que lhe confere aptidão para a tomada de decisões válidas, tanto no sentido de afastar, quanto de autorizar lesões e práticas paternas sobre si. Relativamente a essa pessoa, não poderão antes diversos praticar ações lesivas ou protetoras, quanto menos interventivas em seu âmbito de liberdade, a não ser sob seu consentimento ou caso rompa com expectativas normativas diretamente vinculadas aos demais membros do tecido social, devendo haver previsão normativa de responsabilização.

Em contraposição, o indivíduo incapaz e incompetente, não possuidor de autonomia e faculdades básicas à prática de atos jurídicos e plenamente válidos, não será deixado a sofrer danos respaldados em sua vontade. Caso nunca tenha possuído capacidade básica, deverá incidir a doutrina do melhor interesse, baseada nos valores nutridos pelo seu círculo social e familiar, sopesados com parâmetros intersubjetivamente estabelecidos em sociedade. Contudo, caso já tenha tido capacidade de fato, porém a tenha perdido, dever-se-á, antes de apelar ao princípio do melhor interesse, buscar a realização do julgamento por substituição, seja através de instruções prévias (testamentos vitais, por exemplo), seja por meio de algum afeto que possa tomar a decisão com base nas preferências e concepções conhecidas do indivíduo, da época em que ainda possuía capacidade plena.

Ainda, no caso do sujeito capaz, porém não conhecedor de todas as variantes relevantes de seu contexto e daquilo que está envolvido em sua futura decisão, existem três alternativas: informá-lo, suprimindo sua carência de informação,

²⁵⁷ MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 223.

²⁵⁸ BARROSO, L. “Aqui, lá e em todo lugar”; A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: **Revista dos Tribunais**, RT 919, 2012, p. 179-180.

podendo inclusive haver uma tentativa de convencimento sobre a tomada de uma decisão, em detrimento de outra (o que, como será explanado adiante, sequer configura paternalismo); caso o sujeito já tenha tomado a decisão desinformada e não esteja mais em condições de alterar seus termos (exemplo, um paciente já anestesiado), adotar o julgamento por substituição, buscando-se, de acordo com seu histórico de vida conhecido, presumir no que a informação faltante afetaria sua decisão, alterando-a, caso necessário; ou, na mesma situação anterior, caso não haja informações sobre seu histórico, preferências e concepções de vida, adotar a doutrina do melhor interesse.

A medida paternalista deve ser adotada como *ultima ratio*, em casos específicos de indivíduos incapazes ou sujeitos desinformados. Caso o destinatário da medida seja capaz e esteja devidamente informado das circunstâncias relevantes que envolvem sua decisão, não se pode destituir sua decisão de validade, independentemente do bem jurídico que se busque proteger. Quando admissível, o intuito benevolente do ato paternalista deve ser claro e evidente, sendo necessário que busque superar o déficit provocado pela incompetência básica do destinatário da medida, em prol de sua autonomia e liberdade, e buscando contribuir à formação da igualdade material.

Por fim, não se pode deixar de tratar, ainda que de maneira breve, de dois fenômenos peculiares, capazes de ensejar muita discussão.

O primeiro deles remete aos já mencionados casos de convencimento em relação à prática de um ato. Devem-se distinguir duas situações. Suponham-se dois sujeitos (A e B) com concepções de vida diferentes, o que faz com que B não concorde com todas as ações de A, mesmo que essas lhe sejam benéficas. Na primeira situação, um sujeito A, em um primeiro momento (T1), pratica um ato contrário à vontade de outro B e, posteriormente, o convence de que o ato praticado estava correto, de modo que, num segundo momento (T2), o sujeito B passa a concordar com as razões do sujeito A, com as quais não concordava quando a ação foi praticada. Neste caso, tem-se uma ação paternalista praticada por A no tempo T1, seguida de um processo de justificação e fabricação do consentimento, em T2. A segunda situação remete ao sujeito A que, num primeiro momento (T1), persuade/convence o sujeito B quanto a algo. O sujeito B tem suas preferências revistas e alteradas, passando a concordar com as razões de A. Então, num segundo momento (T2), A realiza a ação que teria sido contrária à vontade de B em

T1, porém não mais o é. Neste caso, não se pode considerar ter havido uma prática paternalista, visto que B, o destinatário da ação, concordava com ela no momento em que foi praticada. Conforme ressalta Manuel Atienza, atribuir a esse tipo de relação o caráter paternalista “seria confundir o paternalismo com qualquer processo educativo”²⁵⁹.

O segundo são os casos de “paternalismo de contenção”. O termo “paternalismo de contenção” alude à principal característica das medidas por ele abarcadas, qual seja: o ímpeto de evitar que o consentimento e a disposição de posições jurídicas subjetivas por parte de um sujeito, levem os demais membros do tecido social, para não sofrerem maiores danos, a também abrir mãos de suas garantias jurídicas, gerando um gradual e progressivo aumento das afetações negativas sobre as esferas de direitos fundamentais dos cidadãos. Diz-se respeito, portanto, a uma classe de normas paternalistas que buscam se justificar a partir de uma racionalidade ampla do direito, que não considera somente o caso concreto e imediato regulado, mas igualmente as consequências coletivas e em longo prazo geradas pela regulamentação. O maior exemplo de medidas desta natureza são as limitações à jornada de trabalho impostas aos trabalhadores. Há dois argumentos, para além da índole benevolente da medida, correntemente utilizados para justificar a limitação de quarenta e quatro horas semanais da jornada de trabalho²⁶⁰.

Primeiramente, sustenta-se que muitas (senão todas) leis trabalhistas são resultados de muita luta por parte da classe trabalhadora. Seriam grandes triunfos dos trabalhadores, historicamente almejados por eles. Considerar, assim, a limitação da carga horária de trabalho como uma medida de caráter paternalista, seria inverter a ordem dos fatores e olvidar que, comumente, não se trata de uma limitação imposta, mas reivindicada pelos trabalhadores. Referido argumento não se sustenta, visto que a luta por direitos não se trata de algo que somente diz respeito aos direitos de caráter social, mas a todos os direitos hodiernamente reconhecidos. Historicamente, todos os direitos (individuais, sociais e transindividuais) foram ou são produtos de reformas baseadas em lutas e no exercício da cidadania enquanto

²⁵⁹ ATIENZA, M. Discutamos sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 207, tradução livre. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

²⁶⁰ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

fonte de poder. Quando essa potencialidade se consubstancia em direito positivo, constitucionalizado ou codificado, passa a ser o Estado, e não mais os agrupamentos sociais, o encarregado de zelar pela proteção dos direitos emergidos da conflitualidade social. De acordo com a lógica do argumento ora combatido, portanto, nenhum direito reconhecido pela ordem jurídica poderia ser alvo de disposição por parte de seu titular, visto que seriam produtos de lutas e reivindicações históricas e o ato de disposição seria, assim, um contrassenso. Tal conclusão é inadmissível, uma vez que torna os direitos absolutos, transformando-os em autênticos ônus e deveres.

O segundo argumento, contudo, mostra-se mais razoável, expressando a racionalidade supracitada. O limite imposto à carga horária dos trabalhadores não se trata de um “benefício” de ordem exclusivamente individual, mas também coletivo. Caso se admita que um indivíduo disponha de seu direito ao limite de horas de trabalho, exercendo sua profissão para além das quarenta e quatro horas semanais, este sujeito irá se beneficiar em detrimento dos demais trabalhadores, que irão respeitar os limites legais. Não obstante, o descumprimento desta regra por um sujeito, gera prejuízos aos demais, uma vez que a concorrência entre trabalhadores se torna desigual, pois, na medida em que um trabalhador aceita laborar cinquenta horas semanais, por exemplo, os demais trabalhadores se verão obrigados a fazer o mesmo, a fim de se manter em seus postos de trabalho, visto que o patrão irá preferir manter empregados aqueles dispostos a trabalhar mais.

Vê-se, portanto, que apesar de as consequências individuais do ato de disposição não serem tão nocivas, os resultados coletivos são nefastos. Não se trata de analisar o caso concreto do trabalhador individual, visto que este poderia, perfeitamente, aceitar trabalhar acima do limite legal, desde que constatadas sua capacidade e autonomia para decidi-lo. Contudo, admitir que um trabalhador o faça, implica que, em longo prazo e sob a perspectiva da garantia dos direitos fundamentais, surja um ambiente concorrencial insustentável no mercado de trabalho, em que todos os trabalhadores se veriam obrigados trabalhar além do limite legal da jornada de trabalho, a fim de competir com os trabalhadores que primeiramente o fizeram. Trata-se de uma modalidade de paternalismo justificável, uma vez que busca evitar o constrangimento e afetação de direitos de terceiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em conta a exposição realizada, seguem as considerações finais, organizadas em aforismos pertinentes aos fundamentos teóricos do paternalismo estatal e da liberdade individual para a autolesão e heterolesão consentida:

1. A dignidade humana é o elemento intrínseco à humanidade, que define o ser humano como tal. Estrutura-se em distintos níveis concêntricos. Quanto mais próximo do centro, mais rígido seu conteúdo. O núcleo corresponde à liberdade humana, único bem indestrutível pela vontade de seu titular. A liberdade, quando restringe a si, dá lugar a mais liberdade, sendo o ser humano inexoravelmente livre.

2. Divide-se a dignidade humana enquanto autonomia e heteronomia. Como autonomia remete à capacidade de autodeterminação e às condições para o exercício dessa capacidade. Como heteronomia, traduz valores compartilhados pela comunidade. A dimensão heterônoma possui caráter supletivo à autônoma, somente podendo incidir quando imprescindível à garantia da dignidade enquanto autonomia e compensação da falta de capacidade de um sujeito.

3. Costuma-se aferir que intervenções baseadas na noção de dignidade como heteronomia devem levar em conta, dentre outros fatores, a fundamentalidade do bem jurídico atingido. O bem jurídico se define como a “*relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto*”²⁶¹; “sua essência consiste na relação de disponibilidade do sujeito com estes objetos e não nos objetos em si mesmos”²⁶². Nesse sentido, não se pode falar em bens jurídicos indisponíveis.

4. A dignidade humana configura a base da criação de normas garantidoras de direitos fundamentais. Tais direitos asseguram aos sujeitos de direito a legítima pretensão subjetiva de proteção jurídico-normativa de seus bens jurídicos, objetos de proteção da norma. Os bens jurídicos, por seu turno, remetem à relação de disponibilidade entre sujeito e objeto, que será protegida nos limites dos interesses do sujeito da relação, garantida a manutenção de bens jurídicos alheios.

5. Em um Estado de Direito, a normatividade deve seguir a lógica acima, baseada na noção de dignidade humana e na proteção/promoção de bens jurídicos. Tratando-se também de um Estado Democrático, é preciso atender, ademais, à pluralidade e tolerância, bem como liberdade e igualdade.

²⁶¹ ZAFARONI, E. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 466, tradução livre.

²⁶² ZAFARONI, E. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 466, tradução livre.

6. Sendo tolerante e plural, a política democrática não necessita de um consenso final. O dissenso não pode, em hipótese alguma, ser enxergado como um obstáculo temporário, visto que acreditar que uma solução final do conflito é eventualmente possível, é colocar o projeto democrático pluralista em risco.

7. A liberdade, essencial à formação de um ambiente plural, origina-se através de atos de fala performativos, praticados em dimensões relacionais e intersubjetivas. Tais atos enunciam o ser humano livre e vinculam expectativas sobre normativas, possibilitando a imputação de ações a agentes.

8. Agentes podem ser indivíduos, sujeitos e pessoas.

9. O indivíduo enquadra-se na lógica da independência e da autossuficiência. A independência do indivíduo remete ao núcleo particular de liberdade e dignidade que somente a ele diz respeito.

10. O sujeito possui autonomia, exercida em compasso com o exercício da subjetividade dos demais sujeitos com os quais convive. A autonomia remete ao ato de governar-se a si mesmo.

11. Inexistente uma sociedade na qual o indivíduo se insira, igualmente inexistem as condições para a formação da subjetividade, o que impede que o indivíduo se delimite e compreenda como sujeito.

12. A constituição da sociedade se dá por meio de normas. Cada indivíduo em sociedade assume um papel social, a ser desempenhado com base nas expectativas normativas. Assumido o papel social, o indivíduo se torna pessoa. Nas inter-relações sociais, a pessoa é a máscara, o que não corresponde à expressão da subjetividade individual, mas ao papel que o sujeito desempenha.

13. Frustradas as expectativas sociais, o tecido social reage, responsabilizando a pessoa, a fim de restaurar a validade e a confiança na norma.

14. A força cogente da norma frustrada depende de que o sujeito autônomo que se submete a ela a reconheça como válida. Do contrário não haveria autonomia.

15. Assim, a autonomia se distancia da independência, demandando a intersubjetividade entre sujeitos autônomos para a fixação de regras de convivência.

16. O sujeito, através de seus atos, enuncia pretensões normativas aos demais. Esses devem com elas anuir para que passem a ter validade e caráter vinculante, o que torna imprescindível a existência prévia de argumentação e aceitação coletiva das normas. Trata-se da “autonomia deliberativa”.

17. Exerce-se a autonomia deliberativa através da cidadania, advento moderno legitimador dos governos representativos. A cidadania, contudo, também figura como fonte de poder e autonomia política, embasando lutas por reconhecimento e participação da esfera pública de debate e deliberação.

18. O poder estatal não pode, porém, suplantar a autonomia dos sujeitos e as condições de deliberação, que justificam sua representatividade. Portanto, a liberdade e autonomia conferem as bases à sustentação de um poder normativo estatal, ao mesmo tempo em que o limitam.

19. O indivíduo, entretanto, mesmo que enquanto sujeito participe do processo deliberativo, é independente, e, a partir e nos limites dessa independência, pode optar por não se submeter às normativas coletivamente fundadas. Possuindo capacidade plena, o indivíduo devidamente informado e consciente do contexto no qual se insere, pode buscar seus interesses de modo absolutamente independente dos demais, quanto àquilo que somente a si importe ou, quando importante a outros, o seja em proporção ínfima e sem lhes gerar riscos proibidos, danos ou expectativas significativas e justificáveis de danos.

20. O Estado, por sua vez, amparado pelo lastro normativo jurídico, irá intervir na vida e relações travadas entre indivíduos particulares.

21. Aliado às perspectivas mais interventivas, o paternalismo jurídico busca cercear a liberdade de um indivíduo ou grupo, visando garantir-lhes um bem ou proteger-lhes de um dano, independentemente de seu consentimento para com o bem que se busca garantir ou o dano que se busca prevenir.

22. Contra intervenções paternalistas, levanta-se a máxima latina *volenti non fit injuria*, que implica a inexistência de lesão àquele que consente. Não há lesividade quando um fato não gera dano ou perigo, nem quando há consentimento em relação a ações que podem ser danosas ou perigosas ao ente consenciente.

23. Os principais argumentos capazes de justificar tal mantra do consentimento são: (i) o argumento utilitarista, (ii) o argumento da lesividade (*harm principle*), (iii) o argumento da autonomia, (iv) o argumento da violação ao princípio da igualdade e (v) o argumento da tendência extintiva da pluralidade.

24. O (i) argumento utilitarista afirma que ninguém é melhor juiz do que o próprio indivíduo, no que diz respeito ao que causa dano ou não aos seus próprios interesses.

25. É soberana nos assuntos que dizem respeito ao seu âmbito de independência, a vontade do indivíduo capaz e conhecedor das circunstâncias que envolvem sua tomada de decisão.

26. Nenhum ser humano é capaz de celebrar um “contrato de escravidão” válido, eliminando sua liberdade futura, através do exercício da liberdade presente, uma vez que o ato de celebrar um negócio jurídico e tomar a decisão que o caracteriza comunica ser o agente um ser essencial e inexoravelmente livre, o que torna o “contrato de escravidão” uma contradição performativa.

27. O (ii) princípio da lesividade (*harm principle*) limita a atuação estatal, que não poderá se justificar através da pretensa promoção de um bem, mas somente da concreta evitação de um dano ou perigo de dano.

28. O (iii) argumento da autonomia sustenta que a intervenção paternalista do Estado destrói a autonomia individual e conduz à servidão.

29. O (iv) argumento da violação ao princípio da igualdade afirma que o paternalismo pressupõe uma relação de hierarquia e subordinação inadmissível entre o agente e o destinatário da medida protetiva.

30. As hipóteses de paternalismo recíproco e de “contratos Ulisses”, bem como a justa pretensão compensatória das práticas paternas, contraditam os argumentos da autonomia da violação ao princípio da igualdade.

31. Somente consentimentos expressos e prévios têm o condão de justificar intervenções na liberdade do consenciente, sendo indesejável trabalhar com a ideia de consentimento futuro, em razão dos riscos de abusos.

32. Além de expressos e prévios, devem ser certos e estritos, a fim de evitar o cometimento de lesões genericamente autorizadas pelo consenciente, porém sequer por ele previstas, conferindo-se poderes demasiadamente amplos ao lesador.

33. O (v) argumento da tendência extintiva da pluralidade apregoa que medidas paternalistas apregoam *padrões*, comportamentais e culturais, ou conhecimentos científicos, afetando negativamente o pluralismo e a tolerância.

34. Exigências normativas que estabelecem competências especiais podem se revelar medidas de caráter paternalista.

35. Não há paternalismo moral justificável.

36. O paternalismo justificável é o de bem-estar e de caráter moderado. Enquanto *ultima ratio*, recai sobre incapazes ou desinformados.

37. Medidas paternalistas não poderão incidir sobre pessoas capazes e detentoras de conhecimentos suficientes sobre seu contexto.

38. Tratando-se de sujeitos não autônomos, o paternalismo, em regra, é aceitável. Caso o destinatário nunca tenha possuído capacidade básica, deverá incidir a doutrina do melhor interesse. Caso já tenha tido capacidade de fato, porém a tenha perdido, dever-se-á, antes de apelar ao princípio do melhor interesse, buscar a realização do julgamento por substituição.

39. No caso do sujeito capaz, porém não conhecedor de todas as variantes relevantes de seu contexto e daquilo que está envolvido em sua futura decisão, existem três alternativas: informá-lo, suprimindo sua carência de informação; caso o sujeito já tenha tomado a decisão desinformada e não esteja mais em condições de alterar seus termos, caberá adotar o julgamento por substituição; ou, na mesma situação, caso não haja informações sobre seu histórico, preferências e concepções de vida, adotar a doutrina do melhor interesse.

40. O convencimento não pode ser entendido como uma prática paternal.

41. O “paternalismo de contenção” configura uma prática paternal específica e justificável por sua racionalidade peculiar. Busca-se evitar que o consentimento e a disposição de posições jurídicas subjetivas por parte de um sujeito levem os demais membros do tecido social, para não sofrerem maiores danos, a também abrir mão de suas garantias jurídicas, gerando um gradual e progressivo aumento das afetações negativas sobre as esferas de direitos fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS.

AMARAL, F. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

ATIENZA, M. Discutamos sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

ARAÚJO, E; MARIN, B. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, E; SALGADO, E (Coord.). **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

AURÉLIO, D. **Um fio de nada**: ensaio sobre a tolerância. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

BARROSO, L. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. “Aqui, lá e em todo lugar”; A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, RT 919, 2012, p. 127-195.

BARROSO, L; MARTEL, L. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 19/10/2017.

BERLIN, I. Two concepts of liberty. In: BERLIN, I. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997.

BROCK, D; BUCHANAN, A. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones sub-rogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fónodo de Cultura Económica, 2009.

BUSATO, P. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal. In: BUSATO, P. (Org.) **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CAMUS, A. **O Homem Revoltado**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CAPELLA, J. **Os Cidadãos Servos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

- COMTE, A. **Discurso preliminar sobre o espírito positivo**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/comte.pdf>>. Acesso em: 17/07/2017.
- CORRÊA, A. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- D'AVILA, F. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- DALRYMPLE, T. **Qualquer coisa serve**. São Paulo: É Realizações, 2016.
- DERANTY, J. Between Honneth and Rancière: problems and potentials of a contemporary critical theory of society. In: HONNETH, A; RANCIÈRE, J. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016.
- DIERTELEN, P. Paternalismo y Estado de Bienestar. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.
- DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DWORKIN, R. Paternalism. **The Monist**, v. 56, n. 1, p. 64-84, 1972.
- ELIAS, N. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- ELSTER, J. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. São Paulo: Editora Unesp, 2009.
- FERRAZ, C. Habermas: da análise da *öffentlichkeit* ao projeto de uma “teoria do agir comunicativo”. **Trans/Form/Ação**, Marília, v.33, n.2, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v33n2/v33n2a12.pdf>>. Acesso em: 15/10/2017.
- FLORES, T. **Agir com palavras: a teoria de actos de linguagem de John Austin**. Escola Superior de Comunicação Social da Universidade Nova de Lisboa, 1994. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/flores-teresa-agir-com-palavras.pdf>>. Acesso em: 23/05/2017.
- FONSECA, A; RODRIGUES, L; FONSECA, R. Democracia e heterotopia: uma análise do espaço democrático. **Cadernos do programa de pós-graduação da faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 9, nº. 2, 2014.
- FRANKENBERG, G. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

GABARDO, E. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: *uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social***. 396f. Curitiba, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=190515>. Acesso em: 29, outubro, 2017.

GABARDO, E; HACHEM, D. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, R; HACHEM, D (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

GALLI, C. **El mal estar de la democracia**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

GENEL, K. Jacques Rancière and Axel Honneth: two critical approaches to the political. In: HONNETH, A; RANCIÈRE, J. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016.

GOMES, L; MARANHÃO, D. Menoridade Penal. **Revista dos Tribunais Online: Ciências Penais** | vol. 7/2007 | Jul - Dez / 2007. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015f211ee3a7d47d35df&docguid=I1415b050f25211dfab6f010000000000&hitguid=I1415b050f25211dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=222&context=32&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15/10/2017.

GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEGEL, G. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HONNETH, A. Of the poverty of our liberty: the greatness and limits of Hegel's doctrine of ethical life. In: HONNETH, A; RANCIÈRE, J. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016.

HUMBOLDT, W. **Os Limites da Ação do Estado**. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004.

JAKOBS, G. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: GUIRAO, R. (Org.). **El problema de la libertad de acción en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003.

KANT, I. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, LDA., 2007.

LEIBNIZ, G. **Monadologia**. Oviedo: Pentalfa Ediciones, 1981.

LOBO, P. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: 2015.

MAIHOFER, W. **Estado de derecho y dignidade humana**. Montevideo: B e F Ltda., 2008.

MARTEL, L. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 07, novembro, 2016.

MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015.

MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. C. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

MENDES, G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, J. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

MOUFFE, C. Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy. In: MOUFFE, C. (Org.). **Deconstruction and Pragmatism**. Taylor & Francis e-Library, 2005.

_____. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000.

POPPER, K. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2 vols., 1987.

RANCIÈRE, J. Critical question on the theory of recognition. In: HONNETH, A; RANCIÈRE, J. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016.

- RENAUT, A. **O Indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.
- RICOEUR, P. **O Justo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2 vols., 2008.
- RORTY, R. **Uma ética laica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.
- SANTANO, A; TRINDADE JUNIOR, W. O direito de decidir, entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. In: HACHEM, D; SALGADO, E (Coord.). **Direito, liberdade e justiça**. Curitiba: Íthala, 2017.
- SARLET, I. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARTRE, J. **O Existencialismo é um Humanismo**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.
- SCHOPENHAUER, A. **O Livre Arbítrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.
- SIECKMANN, J. El Concepto de Autonomía. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 31, 2008. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.
- SLOTERDIJK, Peter. **No Mesmo Barco: ensaio sobre a Hiperpolítica**. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.
- SOUZA, C.; COSTA, T. Libertarismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, E; SALGADO, E (Coord.). **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SOUZA, J. (Org.). **Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996.
- ULLMANN, R. Indivíduo. **Teocomunicação**, Porto Alegre, v. 39, n. 2, maio/ago. 2009. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/download/6834/4977>. Acesso em: 15/10/2017.
- VALDÉS, E. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.
- _____. Sigamos discutiendo sobre ele paternalismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/>. Acesso em: 15/10/2017.

ZAFARONI, E. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000.