



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito

- PROJETO DE PESQUISA -

MARIA AUXILIADORA MINAHIM

**A COMPREENSÃO DA AUTONOMIA NA RACIONALIZAÇÃO
DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL NA SOCIEDADE PÓS-
MODERNA**

Salvador
2016

RESUMO

O direito penal se baseia na suposição de que os seres humanos são indivíduos racionais, livres e autônomos capazes de entender seu comportamento e os resultados dele advindos, bem como em condições de evitar as ações reconhecidas como impróprias. O consentimento do ofendido, tradicionalmente, era a figura, no direito penal que, em homenagem à autonomia, fundamentava a exclusão da ilicitude. Atualmente, com a ênfase emprestada à autonomia, fala-se que sempre haverá exclusão da tipicidade quando o titular do bem jurídico autoriza a conduta do terceiro. Mesmo os bens jurídicos considerados indisponíveis têm sido julgados disponibilizáveis pela vontade do seu portador. Contudo, diversas doutrinas jurídicas contemporâneas usam a autonomia individual como critério de minimização de responsabilidade de um agente quanto a danos causados a outrem, sempre que se possa legitimamente supor que essa pessoa se expôs voluntariamente aos resultados que são censuráveis. Este modo de entender pretende ser apenas um modo de valorização da autonomia pessoal. Tais doutrinas são expostas e criticadas com base nos efeitos potencialmente deletérios sobre a vida real, especialmente para os mais frágeis e desprivilegiados. Indica-se a solidariedade como moldura necessária ao exercício da autonomia. A solidariedade como padrão jurídico de aceitabilidade é discutida com base na natureza social das interações humanas e nas disposições mandatórias da Constituição brasileira.

Palavras chaves: Direito penal – exacerbamento da autonomia – solidariedade como limite

ABSTRACT

Criminal law grounded on the assumption that human beings are rational, free, and autonomous individuals able to understand their behavior and its results and apt as well to refrain from actions they acknowledge as inappropriate. Traditionally, the consent of the victim was the figure that, in criminal law, based the exclusion of the illicit. Currently, with the emphasis granted to autonomy, it is assumed that there will always be the exclusion of typicity (Tatbestand), when the holder of the legal protected interests authorizes the conduct of the third party. Even the legal interests, traditionally considered as unavailable, have been judged available by the will bearer. However, several contemporary juridical doctrines use the individual autonomy as a criterion to minimize an agent's responsibility in damages caused to another person when it was thought legitimate to suppose that such a person willingly exposed himself or herself to the results to blame. This understanding intends to be just a means to value personal autonomy. These doctrines are explained and criticized on grounds of their potentially disturbing effects on real life, especially among feeble unprivileged people. Solidarity is pointed out as a needed frame to exercising autonomy within. The need of solidarity as a juridical framework is discussed on grounds of the social nature of human interactions and of mandate dispositions of Brazilian Constitution.

Key words: Penal Law - autonomy's exacerbation -solidarity as a limit.

RÉSUMÉ

Le droit pénal se base sur la supposition que les êtres humains sont des individus rationnels, libres et autonomes capables de comprendre leur comportement et les résultats qui en adviennent, de même qu'ils sont en condition d'éviter les actions reconnues comme impropres. Le consentement de la victime était traditionnellement la figure qui, en droit pénal, pour respecter l'autonomie, fondait l'exclusion de l'illicéité. Actuellement, alors que l'accent est mis sur l'autonomie, il est dit qu'on exclura toujours la typicité quand le titulaire du bien juridique autorise la conduite du tiers. Même les biens juridiques considérés comme indisponibles ont été considérés susceptibles de disponibilité par la volonté de leur titulaire. Il existe différentes doctrines juridiques contemporaines qui utilisent l'autonomie individuelle comme critère pour minimiser la responsabilité d'un agent quant aux dommages causés à autrui, chaque fois que l'on peut légitimement supposer que cette personne s'est exposée volontairement aux résultats qui sont répréhensibles. Ce mode de compréhension prétend n'être qu'un mode de valorisation de l'autonomie personnelle. De telles doctrines sont exposées et critiquées sur la base des effets potentiellement délétères qu'elles ont sur la vie réelle, notamment pour les plus faibles et défavorisés. On indique la solidarité comme cadre nécessaire à l'exercice de l'autonomie. La solidarité comme norme juridique de l'acceptabilité est discutée sur la base de la nature sociale des interactions humaines et des dispositions impératives de la Constitution brésilienne.

Les mots clé: droit pénal-exacerbation de l'autonomie –solidarité comme limite.

SUMÁRIO

1 TEMA	05
2 PROBLEMA DA PESQUISA	05
3 HIPÓTESE	08
4 JUSTIFICATIVA	09
5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E REVISÃO DE LITERATURA	16
5.1 AUTONOMIA E SOLIDARIEDADE.....	19
5.2 AUTONOMIA, CONSENTIMENTO E SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	27
5.3 A MAXIMIZAÇÃO DA AUTONOMIA E A IMPUTAÇÃO À VÍTIMA.....	33
6 OBJETIVOS GERAL E ESPECÍFICOS	39
6.1 OBJETIVO GERAL	39
6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	39
7 METODOLOGIA.....	40
8 LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO INICIAL	43
9 CRONOGRAMA	47
REFERÊNCIAS	48
ANEXO.....	58
PROJETO DE TRABALHO: O influxo da autonomia na racionalização das construções dogmáticas na teoria do delito.....	58
PROJETO DE TRABALHO: Autonomia e a permissividade penal da relação médica assentida.....	70

1 TEMA

Autonomia e sistema jurídico-penal na sociedade pós-moderna.

2 PROBLEMA DA PESQUISA

O direito penal, em sua evolução, tem procurado desenvolver um bloco de conhecimentos que o capacite a lidar com o crime e suas consequências jurídicas de forma mais apropriada e justa. Por isso, em sua trajetória epistemológica, conheceu o *cientismo*, do positivismo criminológico; o neokantismo e o fim de justiça; o finalismo e o respeito à estrutura lógico objetiva do ser; e o normativismo funcional e a finalidade político criminal. Todas estas correntes buscavam (buscam), que a norma penal, por um ou outro caminho, tenha aptidão para realizar justiça diante da violação da proibição. Ademais, como sistema normativo, tem a pretensão de ver concretizados os ideais que integram seus fins, ou seja, ser efetivo na resolução dos conflitos sociais que se propôs a solucionar.

No caso do direito penal, como se tem repetido, essa finalidade consiste em prevenir ataques a bens jurídicos positivamente valorados como essenciais para um grupo e que decorrem da dignidade humana. Nesse mister, são levados em consideração os valores ético-sociais da ação, de forma que, mesmo abstendo-se da função de modelar personalidades (própria do domínio da moral), o direito criminal quer contribuir para a formação de uma sociedade justa. Assim, a norma penal visa, além da eficácia normativa e da oferta de critérios de racionalidade e segurança sobre o fenômeno jurídico, participar da formação de uma sociedade comprometida com valores, assegurando a convivência entre todos.

Questão complexa, todavia, é aquela que se refere aos espaços de liberdade existentes dentro do próprio direito penal que, nem por ser uma forma de constrição de condutas, deixa de reconhecer como lícitas algumas delas que, entretanto, formalmente, consideram-se como crimes.

Isto ocorre em nome do conflito de interesses igualmente justos entre a ação proibida e a ação praticada, ou porque, nas circunstâncias em que o sujeito praticou a ação, não seria possível se lhe estender o juízo de reprovação, ou, ainda, porque, embora formalmente preenchido o tipo, a incriminação da conduta traria mais desassossego do que concórdia. A escusa da censura ao fato ou ao seu autor tem

em vista alinhar a norma com a ordem de valores vigentes de forma que a adesão das condutas ao seu comando ocorra de forma mais espontânea possível.

Dentre as ilhas de liberdade no sistema criminal (por si mesmo um limitado espaço de ilicitudes) está aquela conferida à autonomia. A ideia de autonomia está associada à de liberdade, tendo desempenhado um papel expressivo nas mudanças políticas ocorridas na modernidade, por meio das quais também se configurou.

A tutela da autonomia pelo direito penal já foi exercida de forma clara, bem delimitada, afastando-se a tipicidade quando o dissenso era elemento do tipo e o titular do bem consentia com a conduta praticada. De outras vezes, tratando-se de bem disponível, a vontade livre do titular de desfazer-se deste bem, excluía a ilicitude.

Atualmente, a importância da contribuição da vítima para a produção do resultado tem sido muito ampliada, com base nessa mesma autonomia, dispensando-se, muitas vezes, a presença do elemento subjetivo no ato que se valora como de assentimento. Trata-se, portanto, de deduzir a liberdade de consentir a partir da interpretação de terceiros, o que não está de acordo com os princípios penais, embora, neste caso, em favor do autor, mas quase sempre em detrimento da vítima.

A compreensão exacerbada de autonomia produz importantes consequências secundárias sobre as quais há que se fazer a reflexão necessária e devida. Um dos efeitos que merece referência diz respeito à quebra da coesão do grupo, ao fortalecimento do puro individualismo, no qual a pessoa centra-se em si mesmo e imerge em solidão. Se o Estado se torna cúmplice, fica eximido de desenvolver políticas sociais que possam resgatar o cidadão de situações de vulnerabilidade e, no âmbito criminal, é conivente no descaso com as vítimas.

O enfraquecimento da solidariedade ou sua completa omissão leva a um estado de alheamento no qual bens jurídicos valiosos são desprezados. De outro lado, a insegurança gerada pela flexibilização dos comandos afeta a certeza da reação penal, reduzindo a eficácia preventiva que deve exercer por meio de suas normas.

O direito penal tem acompanhado o prestígio que se confere à autonomia, inclusive com a criação de novas figuras, em prejuízo da atenção devida à vítima e

da preservação de valores considerados essenciais. Entende-se, todavia que, assim como ocorre em outras esferas normativas, precisa-se encontrar uma medida justa e clara para o exercício da autonomia em seu âmbito, evitando que, em seu nome, o indivíduo seja abandonado em sua solidão sem a presença do Estado e a cooperação do outro.

É nesse sentido que o problema do trabalho se dispõe através da compreensão dos reflexos da autonomia como fenômeno capaz de orientar a concepção e procedimento inerentes ao controle social institucionalizado, exercido pelo sistema jurídico-penal. O conteúdo do problema é formado pela apreensão das circunstâncias que caracterizam as relações que o indivíduo, enquanto parte, mantém com seu grupo social e a sociedade, como todo, matéria que se entende conexa com a ideia de autonomia e a investigação de seus limites.

Pressupõe-se que a autonomia é ínsita ao ser humano que, na sua existência, deve constituir-se como ser singular, impondo-se, para tanto, o respeito a suas escolhas.

Em razão da relação de necessidade com o meio social, o indivíduo vive muitas vezes uma situação de tensão constante entre afirmação individual e integração com o corpo social. Por vezes, esta tensão entre o indivíduo e suas circunstâncias traduz-se em formas de governo que priorizam o grupo e interesses coletivos, vagamente definidos, em detrimento do indivíduo. Discute-se o fato das duas polaridades alternarem-se ao longo da história, podendo-se afirmar que, na contemporaneidade, a ideia de individualismo e de respeito à autonomia vem atrelada à de retraimento do Estado e de ampliação da esfera privada. Hoje, há um individualismo gerado pela globalização que se distancia de suas origens no humanismo renascentista e no iluminismo. Já não se trata mais do valor de que era portador o homem racional e livre, e a alegada ênfase na singularidade de cada ser, o que o tornava insubstituível, descaba para um descompromisso com o outro, vulnerando a tessitura do tecido social.

É nesse sentido, considerando a compreensão ética e as construções dogmáticas, observando o influxo dos ventos da contemporaneidade e das doutrinas liberais, que se destaca a necessidade de aferir os fundamentos, pautados na autonomia, que visam tornar lícitas condutas que vulneram bens jurídicos

tradicionalmente protegidos pelo direito – como vida e saúde – com argumentos nem sempre justificáveis face ao mundo dos valores.

3 HIPÓTESE

No direito penal, um lugar de destaque reservado para o exercício da autonomia é o instituto do consentimento, que faz preponderar a vontade do indivíduo sobre a proibição inscrita em certos tipos, fundamentando, no plano material, a legitimação deste instituto.

A ampliação do consentimento, no entanto, chega a alcançar bens jurídicos indisponíveis que, sob determinadas condições, podem ser disponibilizados por seu titular. Discute-se, em especial, a ênfase dada ao consentimento para a intervenção médica e as leis de proteção à autonomia do paciente, produto do respeito a sua capacidade de escolha.

Num viés dogmático, autores funcionalistas, embora mantenham o consentimento na estrutura do direito penal, propõem outras figuras que ampliam a responsabilidade da vítima pelo dano causado ao seu bem jurídico. Assim procede Roxin, com a teoria da imputação objetiva e a auto e a heterocolocação em perigo, construções que restringem ou afastam a responsabilidade do autor quando o titular do bem, por sua vontade, cria as situações de perigo ou as aceita. Nessa perspectiva, o comportamento da vítima, ao qual se associa a conduta de um terceiro que estimula sua realização, é essencialmente relevante para concluir-se pela imputação ou não do resultado a este último. A vitimodogmática, liderada por Schunemann, presta sua contribuição para estender o espaço da autonomia no direito penal, propugnando que o autor só deve ser punido se a vítima merecia e necessitava de proteção. Meliá, a seu turno, designa seu pensamento como *imputação à vítima*, título que cumpre um papel auto explicativo quanto às consequências do comportamento da vítima na estrutura do tipo penal. Trata-se de mais uma proposta essencialmente normativa e de política criminal que pretende aperfeiçoar, na dogmática, o tratamento que deve ser dispensado à vítima, excluindo o significado delitivo da conduta do autor, em razão do comportamento desta. Essas ideias podem ser incompatíveis com o pensamento desenvolvido a respeito da vítima até então e com a proteção que lhe é devida pelo Estado.

É a partir dessa reflexão que este trabalho tem como hipótese que a exacerbação da autonomia, tal como compreendida em teses contemporâneas de direito penal, desfaz o equilíbrio entre a valorização do interesse individual e do interesse coletivo, frustrando a tutela penal de bens jurídicos, podendo esse equilíbrio ser restaurado pelo recurso ao conceito de solidariedade.

4 JUSTIFICATIVA

No âmbito do direito penal, quer se dar, muitas vezes, o nome de autonomia, deduzida de intrincadas formulações teóricas, ao esquecimento do outro em sua solidão e vulnerabilidade.

Como se pode constatar, há doutrinas, normas de direito e fatos que revelam o florescimento de uma cultura na qual o descarte dos mais vulneráveis termina por ser de algum modo justificável. A perda da solidariedade e o individualismo exacerbado implicam a recusa de empreender esforços de inclusão ou de suporte, o que desvaloriza a vida e banaliza o descarte. Deixa-se para trás, é bem verdade, o encarniçamento terapêutico, a crença no triunfo da técnica (que não significa cuidado). A essa prática, sucede-se outra mais utilitária e alinhada com as preocupações sobre os proveitos próprios na realização ou não de uma conduta¹.

Em que pese o recurso literário, vale dizer com Camus² que “se a morte é parte da natureza do homem, a lei não foi feita para imitar ou reproduzir essa natureza”.

Não é demais lembrar que a vida é muito mais rica e complexa do que a mais perfeita das normas. Quando se trata de liberdade, autonomia, solidariedade, vida e morte, são incontáveis os sentidos que podem ser atribuídos a essas expressões. São também múltiplas e imprevisíveis as consequências resultantes das ações orientadas pelos significados compreendidos, sobretudo quando se considera que há, nesse universo, expressões cujo significado é ainda imperfeito. Há espaços nebulosos, zonas cinzentas, plenas de incertezas quando, por exemplo,

¹ Leia-se a propósito dos limites terapêuticos que devem ser impostos aos idosos enfermos o livro de CALLAHAN, Daniel. *Settinlimits, medical goals in a aging society*. Washington D.C.: Georgetwon University Press, 1995.

² CAMUS, Albert. Réflexionssur la guillotine. Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Micro-soft Word 2008 pour Macintosh. Le 30 mars 2010 à Chicoutimi, Québec, Canada. p.25. Disponível em: < http://classiques.uqac.ca/classiques/camus_albert/reflexions_guillotine/reflexions_guillotine.pdf >. Acesso em: 13 abr..2014.

há referência a estados comatosos, estados vegetativos, comas ultrapassados, estados vegetativos persistentes nos quais ainda se sabe pouco sobre o resíduo de vida humana presente em cada um deles. Por mais elaborado que seja o discurso quanto a construções dogmáticas de alta erudição, as consequências práticas não conduzem a uma valorização da autonomia, mas a uma ofensa à dignidade.

A contemporaneidade, pós-modernidade ou hipermodernidade, expressões com as quais Lipovetsky³ designa a sociedade atual, destrói os limites da tradição – Estado, religião, família –, deixando o homem solitário em busca de seus rumos. A globalização gerou, entre outros produtos, o fortalecimento do individualismo no qual, de acordo com Zizek, “não existem código ou ordem simbólica de ficções aceitas nos orientar”⁴.

Em suas origens, porém, no humanismo renascentista e no iluminismo, o individualismo tinha outro significado, expressando, ora o valor de que era portador o homem racional e livre, ora enfatizando a singularidade de cada ser, o que o tornava insubstituível. Na verdade, o cerne do individualismo, como posição filosófica, é concepção de liberdade que Kant considerou o “primeiro princípio *a priori* da constituição política”⁵:

Ninguém pode me constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade dos outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante, e que pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível. (TP, AA 08: 290).⁶

Em tais concepções, dizem Garcia e Coutinho⁷, a visão de privado e de individual era forjada sobre a utopia igualitária da Revolução Francesa de 1789, da qual Kant foi contemporâneo. Maria Celina Bodin de Moraes⁸ adverte, no entanto, que, apesar dos valores insertos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Código Civil era o mais influente dos sistemas normativos. Nele,

3 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

4 ZIZEK, Slavoj. O superego pós-moderno. *Folha de S. Paulo*, 23 maio 1999. Caderno Mais!, p.5-7.

5 PAVÃO, Aguinaldo. Notas preliminares a uma possível crítica da teoria da justiça como equidade de Rawls a partir da filosofia jurídica de Kant. *Kant e-prints*, Campinas, Série 2, v 8, n, 1, p 24-39, jan./jun 2013. p.32. Disponível em: < ftp://ftp.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/Vol-8-1-2013/2-KanteRawls.pdf >. Acesso em: 15 jul. 2014.

6 Apud PAVÃO, Aguinaldo. Notas preliminares a uma possível crítica da teoria da justiça..., op. cit.

7 GARCIA, Claudia Amorim; COUTINHO, Luciana Gageiro. Os novos rumos do individualismo ..., p. 129

8 MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: < http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf >. Acesso em: 27 mar. 2011. Texto escrito em comemoração ao volume do 60º Aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio.

exaltava-se o indivíduo “livre e igual, submetido apenas a sua vontade”. Todavia essa disposição tinha um sentido eminentemente patrimonial, qual seja, o direito do proprietário de dispor, como bem entendesse, de sua propriedade e, também, de manifestar sua vontade sem restrições nos contratos celebrados. Em razão desse valor econômico, admitia-se mesmo que terceiros fossem intencionalmente lesados conquanto que obtivessem proveito com sua atividade. Essa autonomia para negociar não pode ser traduzida com o sentido de absoluta liberdade de ação que hoje lhe é conferida.

Na verdade, o que subjaz ao problema em discussão é a incapacidade factual que nossa civilização encontrou em abandonar um absoluto como fundamento da orientação para o agir. Mas esse abandono é a essência da modernidade, embora isso não fosse, desde logo, aparente aos coevos de seu surgimento. Com efeito, a similaridade ideológica dos grupos que preponderaram na Revolução Americana e na Revolução Francesa, fez parecer que o modelo de democracia que delas derivou servia apenas para decidir os interesses que predominariam na decisão política quando se tratasse de divergências circunstanciais, mesmo de vulto, mantendo-se certa unidade quanto aos valores essenciais da sociedade. Isso dissimulou o fato, revelado com o advento das sociedades pluralistas, de que o modelo democrático criado deveria ser instrumento para decidir todas as divergências, inclusive as que afetassem as questões fundamentais da sociedade.

Acontece que, sem um absoluto legitimado pela sociedade, desaparecem os “código[s] ou ordem simbólica de ficções aceitas nos orientar”, de que fala Zizek. Permanecem, apenas, os conflitos de interesses, e é o modo pelo qual eles sejam politicamente resolvidos que vai convalidar os valores compatíveis com o resultado, não o oposto, desde que legitimada essa resolução pela sociedade como um todo. Esta, aliás, é a linha de pensamento que transpira da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. Como essa condição nem sempre se realiza na ordem prática, avulta a natureza conflituosa do entrechoque de interesses e, fiéis à tradição do pensamento ocidental, procura-se um absoluto que forneça os códigos ou a ordem simbólica de ficções aceitas que teriam, pela virtude do caráter absoluto da fonte, legitimidade para sobrepor-se ao conflito de interesses, impondo às partes um modo de resolução.

Tais considerações evidenciam que a autonomia ilimitada não é o que as conquistas da modernidade pretendiam ao gerar a noção moderna de indivíduo. A autonomia que a modernidade proclama e reconhece, vinha, em sua origem, determinada pelos próprios condicionamentos do momento histórico em que surgiu.

Acontece que o desenvolvimento de novas formas de vida, decorrentes dos acontecimentos posteriores, inclusive da irrupção da tecnologia na vida cotidiana em um grau nunca antes ocorrido na história humana, criou as condições de desagregação a que o termo individualismo é frequentemente associado nos dias de hoje.

Os teóricos da Revolução Francesa, conscientes da necessidade de um ponto de equilíbrio, juntaram ao mote da Liberdade e da Igualdade o da Fraternidade. Entretanto, fraternidade é sentimento e, como se sabe, a lei não dispõe acerca de sentimentos, pode apenas fazer uma convocação no sentido desejado.

Atualmente, uma forma de equilíbrio mais adequada juridicamente, porque não reduzida apenas a emoções, surge no princípio da solidariedade.

Admite-se que o direito penal tem um inequívoco fundo ético, sem que com isso possa associar-se a este ramo do direito a ideia de ser um sancionador de normas morais, visando modelar o caráter das pessoas com a crueldade das penas. Como indica Assis Toledo⁹, os critérios do legislador para eleger o objeto de tutela da norma jurídica são específicos. Na contemporaneidade, este tema encontra-se suficientemente esclarecido com apoio nos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, os quais procuram elucidar as situações que merecem a convocação do direito penal.

Isso não significa, porém, que aquelas normas que ingressaram no campo jurídico da proibição, não carreguem consigo, máximas morais presentes nos costumes que, por sua vez, são fontes materiais de direito penal. Ademais, não se pode excluir da lei uma função simbólica que se traduz na pretensão de construir uma sociedade justa e valiosa razão pela qual se deve submeter a princípios éticos. Como diz Romeo Casabona¹⁰, não há problemas em se reconhecer o conteúdo

9 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 6-15.

10 ROMEO CASABONA, Carlos Maria de. *Genética, biotecnologia e ciências penais*. Salvador: Jvspodium, 2012. p.53-54.

ético-social da lei criminal, que se irradia da própria norma na medida em que valora positivamente o bem protegido e, conseqüentemente, censura os comportamentos que podem afetá-lo.

No ordenamento jurídico nacional, o fato é que,

[...] ao imputar, ao Estado e a todos os membros da sociedade, o encargo de construir uma “sociedade solidária”, através da distribuição de justiça social, o texto constitucional agregou um novo valor aos já existentes, ao estabelecer natureza jurídica ao dever de solidariedade, que se tornou passível, portanto, de exigibilidade.¹¹

Da Constituição, o princípio irradiou-se para todos os ramos do direito: no direito civil, por exemplo, impôs uma nova concepção de propriedade que extrapola os interesses dos proprietários para observar a função social exigida pela Constituição. Da mesma forma, o desenho da seguridade constitucional (artigo 195) revela um claro ideal solidarista quando dispõe que toda a sociedade financiará, de forma direta ou indireta, a seguridade social.

O princípio da solidariedade expressa esse compromisso de todos na garantia de uma existência comum digna. Fixado na Constituição brasileira como um dos objetivos fundamentais da República – construir uma sociedade justa, livre e solidária –, registra o compromisso de “assegurar condições mínimas de vida para todos através dos direitos sociais e econômicos”¹².

O sentido ético da solidariedade tem sido objeto, ao lado de tantas outras questões morais, de reflexões de penalistas sobre as relações entre direito moral. A solidariedade postula que todas as pessoas sejam ligadas entre si para reforçar sua própria humanidade e, para tanto, devem ajudar-se mutuamente. Para Raymond Chappuis¹³, o conceito de solidariedade remete a uma noção ética que estimula cada pessoa a ser responsável por si mesma e também pelas outras.

O direito penal não se afasta desse ideal, seja ao criminalizar condutas contra bens jurídicos que representam os direitos de terceira geração, a exemplo do meio ambiente, seja quando cria tribunais internacionais com o fim de reprimir crimes que atentam contra valores comuns aos estados signatários, instituindo um regime em

11 MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*, op. cit.

12 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.115.

13 CHAPPUIS, Raymond. *La solidarité: l'éthique des relations humaines*, Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

que todas as pessoas, não importa a nacionalidade, tenham direitos e deveres em relação à humanidade como um todo, e não apenas umas em relação às outras pela intermediação dos respectivos Estados¹⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵, ao falar em direitos da solidariedade e da fraternidade, destaca sua implicação transindividual, a qual exige esforços, até mesmo em escala mundial, para sua efetivação. A solidariedade representa assim, no campo do direito, a responsabilidade recíproca entre as pessoas e, entre estas, e as instituições como princípio afirmado no artigo 3º da Constituição Federal para superação de problema.

Importante ainda o registro da figura do garantidor em direito penal, sujeito que, em nome de toda a sociedade, tem o dever de evitar resultados proibidos pela lei em razão da relação de proximidade com o titular do bem jurídico, o qual lhe incumbe proteger em situação de perigo. Além desses exemplos, mais próximos no tempo, há outros que são legitimados pelo direito penal clássico e que são representações da solidariedade: o estado de necessidade de terceiro e também a legítima defesa de terceiro. Em ambos os casos, a ação justificada é praticada por um terceiro e não pelo titular do direito, sendo considerada lícita pelo direito penal por representar a responsabilidade demonstrada por outrem em favor do titular do bem.

Podem-se apontar ainda tipos penais cujo comando contido na norma consiste na prestação ao outro de cuidados necessários para sua subsistência, a exemplo do crime de abandono material. Aqui, a solidariedade se traduz numa "responsabilidade-para-os-outros", uma solidariedade de pertença. "O fato de uma pessoa integrar a espécie humana obriga à solidariedade, solidariedade que implica corresponsabilidade em face de toda injustiça, diante de todos os atos praticados, notadamente quando são conhecidos" ¹⁶.

A criação dessas figuras legais tem um significado importante na medida em que resultam da compreensão do legislador de que, embora não seja possível

14 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*: 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 445.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54-61.

16 CHÂTEL, Vivianne. *La solidarité: une exigence de 'responsabilité-pour-autrui'?* In: SOUET, Marc-Henry (Dir.). *La solidarité: exigence morale ou obligation publique?* Fribourg: Academic Press Fribourg, 2004. p. 138-162, p.160: "[...] appartenance à l'humanité contraint à la solidarité, solidarité qui est co-responsabilité face à toute injustice, face à tout acte commis et notamment quand ces actes sont connus".

obrigar alguém a ser solidário, podem ser estabelecidos comandos legais no sentido de que a pessoa atue como se o fosse, no dizer de Maria Celina Bodin¹⁷. A impossibilidade de se transformarem interiormente as pessoas por via da lei, não impede que se almeje uma cultura na qual esse valor, paulatinamente, promova a fraternidade entre todos.

Conforme Konder¹⁸, mesmo no auge do individualismo jurídico, existiam restrições à plena disponibilidade do corpo e da saúde pelo indivíduo. A relação da pessoa com o corpo não deve ser considerada como de propriedade, já que este desempenha um papel importante para a espécie humana, que se reconhece no outro, na forma como ele se mostra. Assim sendo, ainda que se considere a integridade corporal como bem jurídico individual, ela tem uma relevância que ultrapassa a pessoa, a qual, se bem não é obrigada a refletir padrões supérfluos momentaneamente julgados apropriados, deve zelar por sua estrutura física¹⁹.

Nesta linha libertária, que entrega o indivíduo a seu discernimento, ainda que insensato ou apressado, estão os que defendem ser possível ao médico deixar de observar a *lex artis*, não lhe sendo imputada a lesão por ventura resultante porque, neste caso, ele não estaria criando um perigo juridicamente proibido. O contrário, todavia não é tido como verdadeiro, ou seja, o cumprimento da *Lex artis*, por si só, sem autorização do paciente, não legitima a intervenção terapêutica. Beatriz de La Gandara Vallejo²⁰ manifesta essa opinião, a qual revela uma preocupação primordial com a liberdade, independentemente de outros valores, como fazem os chamados libertários, para os quais, o estado mínimo não pode opor obstáculos à vontade livre do indivíduo. Friedman, expoente desse pensamento, chega mesmo a legitimar o exercício da profissão médica por não médicos, desde que sejam livremente contratados pelas pessoas²¹. Alguns códigos penais opõem-se expressamente à

17 MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade...*, op. cit.

18 KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos *wannabes*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.15, p.41-71, jul./set. 2003. p.65.

19 Há modificações corporais que, embora exóticas para normais em certas culturas, como o Kavadi hindu, a circuncisão judaica e as Mulheres-girafa. Há situações que extrapolam qualquer visão multicultural ou libertária, como a de venda ou doação de órgãos que não são geminados, o comércio de órgãos para transplante ou coleção, a disposição do próprio cadáver para uso sexual de outros necrófilos, ou, até mesmo, a morte dada a um criminoso para uso de tecidos e órgãos que podem salvar diversas vidas. Outras se situam em uma zona de grande complexidade, destacando-se os *wannabees* ou apotemnófilos, pessoas com desejo de amputação de um órgão.

85 GANDARA VALLEJO, Beatriz de la. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Colex, 1995. p.228; 255.

21 FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom*. Disponível em: < <http://books.cat-v.org/economics/capitalism-and-freedom/intro> >. Acesso em: 29 jun. 2014.

ideia de fruição tão estendida de liberdade, a exemplo do Código Português no artigo 150, afastando a tipicidade da intervenção médica realizada por médico, desde que segundo as *legis artis*.

É falso o dilema que contrapõe solidariedade à autonomia.

“A responsabilidade recíproca entre as pessoas e entre estas e as instituições”, uma das expressões propostas para o princípio da solidariedade, referida acima, oferece um critério sólido e razoável não para se desconsiderar a autonomia do indivíduo, mas para oferecer a moldura dentro da qual ela pode e deve ser exercida com propriedade.

As especulações europeias, respeitáveis que sejam, expressam vivências históricas que não se reproduzem exatamente entre nós. Mais que isso: o marco jurídico brasileiro é sua Constituição, que é eloquente a esse respeito: ao mesmo tempo em que protege o indivíduo e sua autonomia, prescreve a todos a construção de uma sociedade justa e solidária.

Não se trata, então, apenas, de uma escolha pessoal de padrões adequados para a doutrina jurídica. Trata-se da necessidade de filtrar os desenvolvimentos recentes da doutrina europeia pelas exigências constitucionais expressas do caso brasileiro. É, portanto, indispensável, acolher-se um ponto de equilíbrio que compatibilize os ideais libertários com “a responsabilidade recíproca entre as pessoas e entre estas e as instituições”. Se isso impõe reticências à adoção acrítica de desenvolvimentos doutrinários externos, por mais respeitáveis que sejam, essa contenção se justifica, seja por considerações relativas ao nosso próprio percurso civilizacional, seja pelo compromisso puro e simples com o desenho de sociedade que o povo brasileiro escolheu pela voz do seu legislador constitucional.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E REVISÃO DE LITERATURA

É inegável o valor que tem a autonomia para a pessoa humana, podendo-se considerá-la como ingrediente indispensável de qualquer teoria dos direitos humanos e como suporte das normas jurídicas. Reconhece-se também que em sociedades heterogêneas e complexas é difícil o estabelecimento de um padrão que consensualmente sirva como marco preciso e definitivo entre liberdade individual e

respeito ao interesse coletivo. Tal limite pode ser sempre rearrumado em favor do indivíduo e da espécie, sendo pouco provável a fixação de uma fronteira absoluta de interdição, uma vez que, em sociedades plurais, deve-se conviver com a tolerância e aceitação possíveis.

No direito penal, o regresso ao indivíduo e o foco em sua autonomia, serve de fundamento para responsabilizá-lo, ou ao menos para não responsabilizar o autor da ação pelo resultado de condutas ilícitas das quais, ele, esse indivíduo, tradicionalmente seria vítima.

Esse liberalismo no âmbito jurídico penal tem engendrado situações nas quais a fraternidade e o exercício da solidariedade são desprezados, mas justificados e até aplaudíveis se bastasse para tanto apenas o eco das palavras que lhes encobrem, por vezes, o verdadeiro significado.

Nunca se falou tanto em pluralismo, tolerância e respeito à diferença, mas, ao mesmo tempo, em autonomia para morrer, mutilar-se ou permanecer drogado pelas ruas em nome da liberdade individual. A dogmática penal jamais exaltou tanto a autonomia da vítima até mesmo para pôr-se ou ser posta em perigo, lesionar a saúde ou perder a vida, sem consequências para o autor que revelem a censura do direito pelo fato.

A quebra da solidariedade, da responsabilidade pelo outro tem o significado de produzir uma ruptura expressiva na forma gregária e cooperativa de existir da espécie humana. Há uma óbvia relação de interdependência entre os seres que, em níveis diversos, vivem uma experiência de troca e partilha. Assim, é possível afirmar que há uma relação de necessidade entre os indivíduos, os quais, a partir de sua singularidade contribuem para a tessitura da existência comum. O indivíduo autônomo relaciona-se com os demais e se constrói com base nas relações significativas estabelecidas. Por isto mesmo, embora sejamos únicos, não somos isoladas almas errantes. Disto extrai-se, como consequência, que se deve considerar a vida do outro como um prolongamento da própria vida, não com o sentido de manipulação autoritária, mas de compassiva solidariedade.

O ser autônomo, livre, é obrigado a sucessivas escolhas, daí que o direito de liberdade seja essencial para condição humana. Esse direito só pode ser exercido em sua plenitude quando são dadas à pessoa as condições para tanto, o que

pressupõe um Estado atento para a criação de iguais oportunidades para todos. A solidariedade no âmbito público pressupõe políticas de inclusão, de erradicação da pobreza e desigualdades e de promoção de uma sociedade livre, justa e solidária. Tem-se estendido esses deveres aos particulares, comprometendo-os com a concretização dos objetivos constitucionais cuja consecução depende do envolvimento de todos.

A contemporaneidade parece haver exacerbado o sentido de autonomia, confundindo-a com a livre e descomprometida disposição das coisas e pessoas. Os filósofos da hipermodernidade têm apontado, como traços da sociedade atual, uma recusa aos controles exercidos pela tradição e a existência de uma verdadeira impulsão para o prazer que, paradoxalmente, não se concretiza em plenitude e felicidade. É possível pensar também em um culto ao individualismo que enfraquece os laços sociais e o compromisso com o outro.

O valor da solidariedade tem sido esmaecido pela urgência das sociedades atuais. A solidariedade, no entanto, tem o poder de atar indivíduos livres num compromisso de partilha da vida, servindo como limite ético ao individualismo trêfego, em certa medida confundido com autonomia.

No direito, a autonomia é um pressuposto essencial de validade, na medida em que os seres regidos apenas pela causalidade não podem ser submetidos a preceitos de qualquer natureza. O direito penal só se legitima com a ideia de seres livres capazes de atender aos comandos normativos e que, ao não fazê-lo, sofrem a imposição de uma pena.

A exacerbação da autonomia para postular a livre disposição de qualquer bem, presta diversos desfavores à humanidade. O estímulo dado para que a pessoa revogue ou demande a revogação da própria vida quando dela já não pode participar ativamente cria uma verdadeira cultura do descarte de idosos, doentes e frágeis, vivos ou mantidos vivos com um custo julgado excessivo por muitos. Não é sem propósito que doutrinadores espanhóis referem-se aos custosos e escassos instrumentos de reanimação como elemento que deve ser avaliado na suspensão ou recusa de tratamento por conta do prestador de serviço.

Da mesma forma manifestam-se os autores líderes das doutrinas que pregam a liberdade absoluta e propugnam uma forma de Estado que garanta apenas a

liberdade dos indivíduos. Este pensamento parece ignorar a frequência com que os mais frágeis têm sido abatidos, no curso da história, na ocupação de espaços de sobrevivência, os quais são sempre apropriados pelos os mais bem aquinhoados.

A complexidade da sociedade contemporânea dificulta que se encontrem soluções justas com caráter universal (se é que jamais existiram) para todas as situações tratadas nesse trabalho, opondo-se a autora à criação de fórmulas jurídicas vagas que não podem, a não ser pela perda da coerência, solucionar os problemas apontados.

5.1 AUTONOMIA E SOLIDARIEDADE

Ser autônomo, dirigir o próprio ser rumo às metas desejadas, tem sido uma ambição do homem desde a modernidade, no mundo ocidental. Essa aspiração manifesta-se amplamente nas esferas política e interpessoal. Nesta concepção do ser humano, a consciência de si como ser dotado de capacidade de determinar-se conforme as próprias normas de conduta integra a autocompreensão da humanidade.

As recentes possibilidades abertas pela biogenética, porém, têm posto sob questão essa liberdade, ao revelar a decisiva parcela de influência que os genes têm sobre a vida. Ainda que sem a dimensão conferida por Dawkins ao *gene egoísta* (organismo que cria o corpo humano com o único objetivo de sua autorreplacação)²², a ideia pode ser perturbadora.

Nesse sentido, Zizek²³, afirma que, mesmo diante desse fato, fazer uma leitura mais otimista da humanidade e de sua capacidade de organização, na medida em que, mediante as intervenções proporcionadas pela biotecnologia, a espécie se tornou apta a redefinir-se e a emancipar-se de si mesma. De outro lado, Habermas²⁴ alerta para os efeitos perturbadores da compreensão de “um modo de vida autônomo e um entendimento universalista da moral” que podem ser

22 DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Passim.

23 Filósofo que defende a transformação da ética a partir da biologia. (ZIZEK, Slavoj. A falha da Bio-Ética. *Folha de S. Paulo*, 22 jun. 2003. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u9421.shtml> >. Acesso em: 25 maio 2004.

24 Palestra proferida em Marburg, citada por Thorsten Jantschek, no Jornal *Die Zeit* de 5 de julho de 2001(apud ZIZEK, S. A falha da Bio-Ética,op cit.).

provocados pelas intervenções genéticas sobre o legado humano. Suas indagações sobre a possibilidade de sobrevivência da espécie sem os conceitos de liberdade e autonomia e consequente responsabilidade ética permanecem inconclusas. A questão da existência de uma verdadeira autonomia ou da resignação à autonomia possível é ainda irrespondível.

A concepção mais radical de indivíduo é a de um ser irreduzível em sua singularidade, capaz de conduzir sua vida, fazer escolhas e afirmar sua identidade diante da sociedade e do Estado. Dela deriva a ideia de autonomia, equivalente grego ao étimo *liberdade*, de origem latina, palavra-força que propeliu as alterações políticas conformadas na modernidade e, por sua vez, dela conformadoras. Ser autônomo é ser capaz de determinar seu modo de organização e as regras às quais o indivíduo se submete. Não há dúvida de que há relações que o indivíduo – enquanto parte – mantém com o todo, e as reflexões sobre a autonomia do indivíduo devem abrangê-las.

É no âmbito dessa consideração que Edgar Morin²⁵, alerta para a inter-relação que existe entre unidade e totalidade, afirmando a existência de uma conexão mais íntima, quando assevera que as partes estão inscritas no todo que, por sua vez, manifesta-se nas partes. Superam-se, deste modo, as posições dicotômicas que estabelecem uma profunda separação entre os fenômenos sociais e os individuais.

O respeito ao indivíduo e a sua autonomia não significam, portanto, a ratificação de uma cultura de ensimesmamento e desinteresse pelo outro. O indivíduo, por ser autônomo, não se converte em solipsista: é sempre um ser em circunstância, e sua circunstância envolve necessariamente sua relação com outros indivíduos que, semelhantes a ele, também reivindicam a condição de autonomia como traço essencial.

Afirma Hans Jonas que a substância viva, ao iniciar o processo de isolamento e desprender-se do todo, cria também o fardo da necessidade: ela depende da realidade externa para sua afirmação. O esforço para preservação da própria identidade revela também a precariedade da vida própria, a qualquer tempo revogável²⁶. Destacado do fundo, onde não tinha forma, o ser carrega, em si

25 Referido por ALVES, Míriam Cristiane; SEMINOTT, Nedio. em: Pequeno grupo e o paradigma da complexidade em Edgar Morin. *Psicologia USP*, v.17, n.2, 113-133, 2006. p 117.

26 JONAS, Hans. *O princípio da vida...*, op. cit. p. 14-15.

mesmo, esse mundo original, para o qual será um dia devolvido, como explicam os fenomenologistas²⁷.

Importante observar que Freud²⁸ destacou que o ser humano é, inexoravelmente, movido por desejos de prazer, mas também possui uma pulsão de morte, isto é, uma tendência para recuperar aquele estado do qual surgira, qual seja, um estado de indiferenciação. Miranda de Almeida²⁹ pretende demonstrar que o fundador da psicanálise ter-se-ia apoiado em pensamento semelhante de Schopenhauer quanto ao papel fundamentalmente ambivalente que representam as pulsões de morte na sua luta, nunca acabada, para restabelecer a situação anterior à instauração da vida.

O mesmo pensamento pode ser encontrado em Darwin, quando diz que, no processo de seleção natural, a sobrevivência de uma espécie depende, em grande parte, de suas relações complexas com os outros seres vivos e o meio ambiente. A luta para manter a singularidade, pode-se concluir então, envolve a um só tempo a oposição e também a comunhão e harmonia com o ambiente externo³⁰.

Os estudos de Jean Piaget³¹ indicam claramente o caráter construtivo do conhecimento em um processo de interação social, dando fundamento à ideia de que, embora a pessoa tenha uma consciência individual e interior, ela também é o grupo na medida em que só se constrói com base em relações significativas com outros seres humanos. Seus atos repercutem além da sua esfera pessoal na construção do meio, o qual, por sua vez, participa de sua constituição.

O comportamento, expressão da personalidade, é resultado de complexa interdependência entre a potencialidade genética do indivíduo e o meio social que o cerca. Isso proporciona bases para que se destaquem os aspectos da sociedade atual que interferem na relação entre as polaridades que afetam a vida³², ou seja, ao papel que se tem dado à autonomia como forma de liberdade e as restrições que lhe podem ser impostas em razão dos interesses da coletividade.

27 MERLEAU-PONTY, Maurice. *Vie et individuation*. Ediz. italiana, francesa e inglesa. Chiasmi International: Mimesis Edizioni, 2005. v.5, p. 129 a 132.

28 FREUD, S. Além do princípio do prazer. In:_____. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v.III.

29 ALMEIDA, R. M. de. *Eros e Tânatos: a vida, a morte, o desejo*. São Paulo:Loyola, 2007. p.301.

30 DARWIN, Charles Robert . *Origin of Species*. Chapter III. Struggle for Existence (The Harvard Classics). Disponível em:< <http://www.bartleby.com/11/3006.html> >. Acesso em: 1º fev. 2011.

31 PIAGET, Jean. *Epistemologia genética*. Petrópolis: Vozes, 1970.

32 Vale lembrar que Jung compreendia que toda a vida humana se expressa sob forma de polos opostos: consciente e inconsciente, persona e sombra, *animus* e *anima*, cuja integração seria necessária para a revelação do Si-Mesmo (*Self/Selbst*).

Não há que se estranhar, portanto, a tensão constante entre afirmação individual e integração com o corpo social, projetando-se na relação que se estabelece entre o singular e o coletivo, entre a liberdade e os limites, entre o cidadão e o Estado em suas diversas formas de organização, para que se configure a realidade social.

Silva Sanchez³³ observa que essa relação, na contemporaneidade, se dá em uma sociedade de alta complexidade, na qual a divisão funcional acarreta um nível maior de dependência entre as esferas individuais que se tornam, por isso mesmo, cada vez menos autônomas. Assim, pode-se dizer que se está diante de uma sociedade na qual a segurança dos próprios bens jurídicos depende do atuar de terceiros a quem incumbe agir de forma a evitar lesões aos interesses de outra pessoa.

A afirmação de Zizek³⁴ de que, “não existem código ou ordem simbólica de ficções aceitas para nos orientar”, não corresponde, com certeza, ao que idealizaram os pensadores que deram forma à modernidade. Entretanto, é a consequência natural da supressão da autoridade supra-humana que caracterizou a ordem medieval. O século XX procurou suprir essa falta instituindo “religiões profanas”, em que ideologias e líderes supremos carismáticos conferiam a pessoas ou grupos restritos de pessoas a capacidade de decidir infalivelmente (pelo menos enquanto no poder) a orientação a seguir.

Hoje, a ideia de individualismo vem atrelada a diversas outras – a do retraimento do Estado, da ampliação da esfera privada – distantes da original e que têm em comum a natureza narcisista da cultura contemporânea. A nova versão de individualismo, segundo Garcia e Coutinho³⁵, produz um mal-estar, tal como outras épocas produziram, sendo o atual ligado ao desenraizamento do indivíduo, produzido pela perda de referências, o que gera a caminhada sem destino ou *errância*.

Tem-se, repetidamente, afirmado que a sociedade atual caracteriza-se, também, pela permissividade, hedonismo e consumismo. Os motivos apontados são

33 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales. *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1999. p 23.

34 ZIZEK, Slavoj. O superego pós-moderno. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 30 dez. 1999. Caderno Especial, p.20-21.

35 GARCIA, Cláudia Amorim; COUTINHO, Luciana Gageiro. Os novos rumos do individualismo e o desamparo do sujeito contemporâneo. *Psyche*, São Paulo, v.8, n.13, p.125-140, jun.2004.p.126.

diversos (até porque diferentes os pontos de vista que inspiram as diferentes análises), entre eles, a globalização, as novas tecnologias de comunicação, ou a frustração diante de formas tradicionais de coesão social. Zizek diz que essa impulsão para o prazer é uma forma de ordem emanada pelo que chama de poder totalitário (o superego pós-moderno), para a transgressão³⁶. Em uma cultura assim, o imperativo kantiano “você pode cumprir o próprio dever porque tem de cumpri-lo” assume nova formulação pelo superego pós-moderno: “você deve porque pode”. Garcia e Coutinho referem o pensamento do sociólogo francês Alain Ehrenberg, que se posiciona no mesmo sentido, descrevendo esta sociedade como sendo uma devota da liberdade do indivíduo³⁷, que a situa acima de qualquer outro valor, “estimulando a busca de prazer constante, o que com frequência, e paradoxalmente, resulta em uma experiência de insuficiência e fracasso”³⁸.

De outro lado e até como um contraponto necessário, estimula-se também a cidadania como incluindo a defesa de bens jurídicos coletivos e até mesmo a proteção do ambiente para as gerações futuras. Criam-se ações próprias para a garantia dos direitos difusos, individuais homogêneos, cuja importância é ressaltada. Conforme Lipovetsky³⁹, a aparente contradição é compatível com a situação paradoxal em que vive a sociedade contemporânea, dividida entre pensamentos extremos.

Outra derivação dessa tensão entre o indivíduo e sua circunstância no meio social é o coletivismo, do qual há inúmeras vertentes. O cerne comum a todas elas é a priorização do grupo em detrimento do indivíduo. Pode-se lembrar os exemplos históricos do nazismo e a raça como orientação suprema, do marxismo e a classe como valor primaz e dos nacionalismos a projetarem os interesses das nações específicas antes de quaisquer outros. O indivíduo, regra geral, deve ajustar-se a esses objetivos, para que sua existência não seja uma vista como ameaça ao bem maior, identificado como o bem comum. O coletivismo, além relativizar o sujeito com relação ao todo, enfatiza sua dependência em relação ao grupo de pertença.

36 SLAVOJ, Zizek. O superego pós-moderno..., op. cit., p. 21.

37 Na verdade, liberdade de ação. Não é incomum a confusão, na literatura, entre liberdade individual – direito de ir e vir e reconhecimento da vida privada – e liberdade de ação – a possibilidade de se fazer o que se queira.

38 GARCIA, Claudia Amorim; COUTINHO, Luciana Gageiro. Os novos rumos do individualismo e o desamparo do sujeito contemporâneo, op. cit., p. 126.

39 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad: Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. Passim.

Manoel da Costa Andrade⁴⁰ destaca a ênfase que a contramodernidade empresta à autonomia e à privacidade, em contraposição à modernidade "objetivadora e generalizante" o que robustece os conflitos entre comunidade e indivíduo, em sua singularidade, única e irrepetível.

De acordo com Noberto Bobbio⁴¹, todo pensamento político está dominado por duas ideias contrárias: organicismo (holismo) e individualismo (atomismo). O Estado assume diferentes papéis em cada concepção, ora ocupando um espaço importante na organização da vida social, justificado pelo objetivo de promoção do bem-estar coletivo, asseguramento de direitos trabalhistas, educacionais e políticos, por exemplo, ora se retrai, rendendo-se à liberdade do indivíduo.

Daniel Sarmiento⁴², valendo-se de construções da filosofia constitucional, trata de esquemas conciliatórios que pretendem equilibrar os dois níveis de interesses, a exemplo do comunitarismo de Michel Sandel, Michael Walzer e Alasdair Macintyre ou do personalismo comunitário. Afirmam os defensores desse pensamento, que o fato de se considerar a pessoa como um ser radicado numa dada comunidade, que nela forja sua identidade, não significa transferir, para o Estado, a tarefa de escolher os planos de vida que considere objetivamente melhores para cada qual. Ao contrário, este é compreendido como instituição que tem o dever de reforçar os liames já existentes no grupo.

Esse pensamento traduz um desejo de conciliação entre interesse público e interesse privado capaz de preservar a pessoa "como reserva de solidão perante as totalidades sistemáticas"⁴³ e de permitir a existência de um espaço comum de realização pessoal.

Na verdade, Direito e Estado podem ser compreendidos também como polaridades já que significam, de um lado, a garantia de espaço para exercício da liberdade, e de outro, a restrição da liberdade do indivíduo para que todos possam exercer igualmente sua singularidade e partilhar recursos limitados. Como o superego, a norma jurídica estabelece regras de convivência que implicam limites

40 ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 14. Passim.

41 BOBBIO, Noberto. Individualismo e organicismo. In: _____. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. p 45-48. p.45.

42 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs Interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional. In: _____. *Interesses públicos versus Interesses privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 23-116. p. 76.

43 Batista Pereira apud ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 14.

aos impulsos e ambições individuais e, além de preservar a liberdade do cidadão em face dos demais e do próprio Estado, estimula a solidariedade entre esses.

Miguel Kottow⁴⁴ adverte que há uma multiplicidade de sentidos que são atribuídos à expressão autonomia como resultado de elaborações da teologia, da política, da ética, da sociologia e da psicologia, as quais, entre outras, atribuem-lhe a acepção tanto de liberdade, como também de livre arbítrio. A estes, Deni Berthiau⁴⁵ acrescenta outros significados consequentes, a exemplo de independência e capacidade (poder) de tomar decisões.

O sentido geral da palavra autonomia indica, portanto, a capacidade humana em dar-se suas próprias leis e compartilhá-las com seus semelhantes ou "a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter" ⁴⁶.

Esse pensamento é acompanhado por Kant⁴⁷ para quem o homem, ser livre – portanto dotado de livre arbítrio –, escolhe agir conforme o dever. Tal escolha é independente de qualquer vontade que não seja a lei moral. A lei moral seria, assim, autoimposta, razão pela qual os homens não apenas são capazes de cumpri-la, mas devem fazê-lo já que se trata de autoimposição. A autonomia consiste nessa escolha de agir conforme o dever. Nas palavras do filósofo: “A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei – independentemente de como foram constituídos os objetos do querer”.

Já Figueiredo Dias refere-se à liberdade pessoal (ético-existencial) que, sem desprezar os aspectos psicológicos e antropológicos da liberdade, assenta-se, sobretudo, na noção de que o ser humano “dá-se a si mesmo como livre, é ele mesmo a execução de sua própria essência, do seu pessoal modo de ser” ⁴⁸. A essa ideia, pode-se acrescentar a de Habermas⁴⁹ sobre a autocompreensão que a espécie tem a seu respeito, como sendo integrada por seres livres e moralmente iguais. Com vistas a evitar a perda dessa compreensão, essencial para a noção que

44 KOTTOW, Miguel. *Participación informada en clínica e investigación biomédica...*, op. cit.

45 BERTHIAU, Deni. *Le principe d'autonomie em Droit*. Centre de Documentation Multimedia en Droit Médical. Disponível em: < <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/index.php> >. Acesso em: 3 mar. 2011.

46 SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27-37, 1998.

47 KANT, Emmanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: TecnoPrint, [s/d]. p.92-95.

48 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade Culpa Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 142-143.

49 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.57.

a espécie tem de si mesma, o filósofo alemão chegou a recomendar a interrupção das intervenções genéticas no legado humano que podem alterar “as condições necessárias de um modo de vida autônomo...”⁵⁰. Sua visão de liberdade, porém, tem uma conotação dialógica, não se tratando de atributo pessoal, na medida em que acredita que ela só existe quanto todas as demais pessoas puderem dela usufruir⁵¹.

O princípio da solidariedade, convocado com frequência na contemporaneidade, pode e deve ser tomado como recurso capaz de gerar o equilíbrio entre as duas polaridades: a valorização do interesse individual e a do interesse coletivo. Para ser solidário, o ser humano precisa ser livre e gozar de autonomia.

É importante que se inscreva aqui a posição de Louis Jolin,⁵² para quem o termo é quase um modismo, a ele se atribuindo a capacidade de resolver numerosas questões sociais. Essa tendência, segundo entende, resulta do fato de o Estado intervencionista haver perdido espaço no discurso político diante da ascensão do neoliberalismo e da mundialização do mercado. À solidariedade incumbiria, assim, o papel de apresentar uma resposta capaz de mitigar os efeitos negativos desse fenômeno, representando uma terceira via entre a economia pública e a economia capitalista. Louis Jolin distingue os múltiplos sentidos da expressão, os quais variam de acordo com o contexto no qual é aplicada, privilegiando-se ora a dimensão jurídica, ora a dimensão moral e também a filosófica, política e sociológica. Importa discutir, na perspectiva deste trabalho, o viés ético e o viés jurídico.

Habermas⁵³ dá mais um sentido à solidariedade, destacando que a cidadania pode criar uma nova solidariedade com maior aptidão para ocupar espaços de poder. Em suas palavras:

Uma participação democrática que se impõe passo a passo cria com o status da cidadania uma nova dimensão da solidariedade mediada

50 Vide ZIZEK, Slavoj. A falha da Bio-Ética. Trad. de Luiz Roberto Mendes Gonçalves. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 22 jun. 2003. Caderno Mais!, p.4-8. p.4.

51 FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. p. 72.

52 JOLIN, Louis. *Une éthique de la solidarité et de la responsabilité*, Disponível em: < <http://teoros.revues.org/598> >. Acesso em: 25 out 2013.

53 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.127.

juridicamente; ao mesmo tempo, ela revela para o Estado uma fonte secularizada de legitimação [...].

Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁴, a partir do reconhecimento de que a espécie humana não apenas existe, mas coexiste, “porque sua relação com os semelhantes passou a ser avaliada como constitutiva de sua existência, uma condição fundadora”, reconhece, no princípio da solidariedade, também, um fato social, uma virtude, um vício, mero pragmatismo e norma jurídica. Da mesma forma, ela observa que há solidariedades baseadas em valores escusos, como as que mantêm ligadas as organizações criminosas, cujos interesses têm um matiz eminentemente individualista e que, por isso mesmo, ao defender o interesse de sua comunidade, defendem, na verdade a si próprios. Nestes casos, mais apropriadamente seria falar-se em cumplicidade, associação para práticas sociais e legalmente reprovadas, por isso que o termo solidariedade carrega consigo uma conotação de respeito e responsabilidade recíproca.

5.2 AUTONOMIA, CONSENTIMENTO E SISTEMA JURÍDICO-PENAL

Em razão da finalidade do direito penal – a tutela de interesses essenciais públicos – a possibilidade de flexibilizar a norma que proíbe uma conduta encontra barreiras que se podem afigurar como frustrantes ao exercício da liberdade individual. A regra geral da ação penal pública, promovida pelo Ministério Público, é a marca da natureza dos bens protegidos: aqueles que transpõem o interesse individual. Stratenwert, ao tratar do tema, afirma que, no direito penal, é na autonomia que se fundamentam todas as causas de justificação, embora com peso desigual. A própria ilicitude consiste em “uma manifestação de desrespeito pelo outro como personalidade autônoma”⁵⁵.

Nesse âmbito, é essencial observar o contexto social que orienta a necessidade de respeito à autonomia e os seus limites. Em tal âmbito, a relação entre autonomia, interesse social e controle jurídico penal é analisada a partir da

54 MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: < <http://idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf> >. Acesso em: 15 mar. 2010.

55 STRATENWERTH, Gunter. *Strafrecht, allgemeinerteil* [1956, p. 44]. Apud ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 162.

possibilidade de recuo da tutela penal em face do comportamento do titular do bem jurídico. O consentimento do titular do bem jurídico para que outrem lesione ou ponha em perigo este bem, pode ser considerado, no plano teórico, como a mais perfeita manifestação de liberdade no espaço do direito penal em razão de seu significado: o respeito à autonomia do indivíduo, fazendo-se preponderar sua vontade sobre a proibição inscrita em certos tipos.

A autonomia pessoal é o fundamento material da legitimação do consentimento e, conforme Manoel da Costa Andrade, “medida de sua validade e eficácia”⁵⁶. Então, como alerta Jakobs⁵⁷, considerando-se a natureza jurídica deste ramo do direito, é preciso que se esclareça a razão pela qual a reafirmação de um injusto típico depende da vontade do lesionado.

Jakobs⁵⁸, destaca que, com o exacerbamento emprestado à autodeterminação, frustra-se a expectativa de que os bens intangíveis alheios efetivamente o sejam. Mais ainda, a função de prevenção geral da pena fica debilitada com comandos que são flexibilizados pela vontade do sujeito passivo. Haveria, sem dúvida, um enfraquecimento do efeito dissuasório e confirmador da consciência jurídica da comunidade, no que diz respeito à função de prevenção geral da pena, na medida em que se admitisse uma variedade de expectativas pessoais diante do mesmo fato.

Habermas afirma, a propósito de intervenções genéticas, que estas podem modificar “nossa compreensão genético-ético”, perturbando “as condições necessárias de um modo de vida autônomo [...]”⁵⁹. Este não é o único exemplo de intervenção, nos conceitos e valores fundamentais para a vida moderna, dos avanços científicos e tecnológicos que plasmam a forma de vida que se pratica cotidianamente. Também recentes descobertas das neurociências, especialmente as de Benjamim Libet⁶⁰, pretendem negar a liberdade humana, cujas escolhas ocorreriam em nível pré-consciente. As repercussões dessa constatação são inquietantes se confirmadas, uma vez que não apenas o direito penal seria afetado,

56 ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal...*, op. cit., p. 517.

57 JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal: Parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo. 2.ed. Madrid: Marcial Pons Ed., 1997. p. 523.

58 JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal: Parte general...*, op. cit., p. 524-525.

59 A referência é feita por ZIZEK, Slavoj. A falha da bioética. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 22 jun.2003. Caderno Mais. p.4-8.

60 LIBET, Benjamin. Do we have Free Will? *Journal of Consciousness Studies*, 1999. Disponível em: <www.imprint-academic.com/jcs>. Acesso em: 28 jul. 2013.

mas todo o mundo relacional, baseado que é na ideia de pessoas livres e conscientes.

Na análise da flexibilização dos comandos e proibições pelo exercício da autonomia no Direito Penal, deve se considerar que, apesar de sua natureza eminentemente pública, o que significa que todo bem por ele protegido é um bem que interessa à comunidade como um todo, o direito penal abre espaços importantes para que o indivíduo exerça sua autonomia em face dos imperativos da norma, quando está em jogo um interesse que, apesar de tocar à sociedade como um todo, tem importante significado pessoal.

Manoel da Costa Andrade⁶¹ pondera que, nesses casos, o valor protegido é a própria liberdade, razão por que se poderia, como quer Roxin⁶², considerar a ação do agente ao realizar o tipo como forma de apoio ao titular do bem no exercício de tal liberdade.

O papel do bem jurídico no âmbito do direito penal é essencial à fixação do objeto da proibição, cumprindo, como consequência, a função de restringir o cerceamento – desnecessário, no dizer de Schünemann⁶³ – das liberdades civis. Desse modo, destaca que, apesar das críticas feitas à ideia de bem jurídico e de sua anunciada morte, ela constitui ainda um obstáculo para que o conceito de crime não fique inteiramente nas mãos do legislador.

Na lição de Luiz Regis Prado⁶⁴,

[...] o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade.

Há os quem entendem, porém, como Roxin,⁶⁵ que bens jurídicos são “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis ao indivíduo e ao seu livre desenvolvimento no marco de um sistema estruturado sobre essa concepção de

61 ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.14, p.117-147, 2004. p.123.

62 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Ed. Civitas, 1997. v.1, p 56.

63 SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação de tipos. In: _____. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 49; 78.

64 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

65 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., v.1, p 56.

fins, ou para o funcionamento do próprio sistema”. De tal perspectiva, poder-se-ia mais facilmente concluir que o indivíduo, no exercício de sua autonomia, ao considerar que determinado bem não lhe é mais útil, pudesse destruí-lo ou autorizar que um terceiro proceda dessa forma.

De outra forma, mas chegando à mesma conclusão quanto à repercussão na ordem jurídica do consentimento do titular do bem, Schmidhauser⁶⁶ entende que a lesão ao bem jurídico deve ser interpretada à luz da necessidade de pena. Assim, é possível que, numa análise material, se possa concluir que ocorreu uma lesão ao bem jurídico e, no entanto, tal lesão pode ser aparente quando apreciada sob o aspecto de política criminal, se não existem os fundamentos necessários para aplicar-se uma pena àquele que realizou a conduta proibida.

Dworkin⁶⁷ distingue o valor instrumental das coisas do valor que lhes é inerente. No primeiro caso, considera que algo é instrumentalmente importante na medida em que possui atributos capazes de ajudar as pessoas a obter o que desejam. No segundo caso, o valor independe da utilidade que o objeto possa ter, da vontade e da necessidade dos indivíduos, e do que é bom para elas. Nesse universo, estão inseridas obras de arte, certos quadros e outros produtos da cultura humana que, talvez, jamais venham a ser contemplados pelo sujeito, mas representam algo que se deseja ter preservado, protegido e honrado. Algo é sagrado porque é, por si mesmo valioso, tornando-se inviolável pelo que representa ou encarna, atentando, sua deliberada destruição, contra o que deve ser honrado⁶⁸. No caso da vida humana, ela é intrinsecamente importante.

Enrique Gimbernat Ordeig⁶⁹, por seu turno, tomando outra direção, pretende ampliar a doutrina do consentimento para extrair consequências semelhantes não só para todas as hipóteses de eutanásia, mas também para ocorrências nas quais o prognóstico do paciente ou do acidentado é terminal. Ou seja, uma clara situação na qual a solução tem natureza heterônoma, representando um transbordamento do consentimento, manifestação eminentemente subjetiva de vontade.

66 Apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*, op. cit., p.186.

67 DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ed. Ariel, 1998. p.97. O filósofo americano, ao longo da obra, refere-se a situações de vidas mantidas artificialmente e da mera proteção da morte (inversão da vida como se refere), casos em que se estaria mais propriamente diante de um ataque à sacralidade da vida do que de respeito a esse valor. Não defende a disponibilidade irrestrita do bem.

68 Id., *ibid.*, p. 100.

69 ORDEIG, Gimbernat. Eutanásia e Direito Penal. In: _____. *Vida e morte no Direito Penal*. São Paulo: Manole, 2004 p.4-7 (Coleção Estudos de Direito Penal).

Para Schunemann⁷⁰, expoente do direito penal liberal, não paternalista, o indivíduo, enquanto não afete a outra pessoa, tem a mais ampla liberdade de disposição de bens jurídicos que lhe digam respeito. Merece ponderação, porém, essa posição na medida em que traz a lume o problema da preservação de direitos e garantias cuja estabilidade não pode ser afetada por ações contingenciais de cada qual, devendo ser resguardados enquanto expressão de valor coletivo.

José Joaquim Gomes Canotilho⁷¹, a propósito da privatização dos direitos fundamentais, ou seja, da irradiação de normas constitucionais para outros ramos do Direito, afirma que, da mesma forma que o direito privado deve considerar os direitos fundamentais, também estes devem reconhecer um espaço de autorregulação civil, evitando transformar-se em direito de não liberdade do direito privado.

No mesmo afã de Noll⁷², além de distinguir o conteúdo material e a função da aquiescência em suas formas, entende-se que é preciso conhecê-la no plano dogmático-conceitual, além de sua relação com o bem jurídico, com o fim de estabelecer a eficácia do consentimento na exclusão do injusto.

Por isso mesmo, Alejandro Alagia⁷³ sustenta que qualquer abordagem que se deseje fazer do tema do consentimento passa, necessariamente, por uma reflexão sobre o debate filosófico contemporâneo. Este debate, segundo Alagia, repudia a retórica do dever e da austeridade, próprios da retórica idealista. Disto resulta um retorno, uma convocação para os direitos que enfatizam a autonomia pessoal. Nesse cenário, o consentimento ganha importante dimensão, como se verá.

Claudio Brandão⁷⁴ lembra que, no direito romano, reconhecia-se a plena eficácia do consentimento como causa para exclusão da ilicitude, mesmo que a vida e a integridade física fossem os bens jurídicos violados. Ao longo dos anos, porém, por influência do jusnaturalismo, a eficácia do instituto foi mitigada, sofrendo, no decorrer da história, restrições. Tais limitações estavam quase sempre articuladas

70 SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Organização de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 91-111.

71 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.109-115. Passim.

72 Apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal...*, op cit., p. 148.

73 ALAGIA, Alejandro. El consentimiento en la dogmática penal. In: _____. *Nueva doctrina penal*. 1999. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/>>. Acesso em: 2 jan. 2011.

74 BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.219.

com a faculdade de disposição do particular, a qual não tinha validade quando o ato consentido atentava contra a vontade objetiva comum, conforme os hegelianos e os autores inspirados pela doutrina do direito natural. A escola de Honig refutava também a possibilidade de validade irrestrita da máxima com base no fato de que o direito penal, como forma de manifestação estatal, não poderia estar submetido à disposição do indivíduo⁷⁵.

Os dualistas⁷⁶, desde Geerds, conferem uma dupla natureza ao consentimento no direito penal e acentuam a distinção entre as duas formas de anuência, designando-as de maneira diversa, quais sejam: acordo e consentimento. No primeiro caso, a anuência do titular do bem jurídico exclui a tipicidade do fato e, no segundo, funciona como justificante da conduta típica.

Essa diversidade resulta, no entendimento de Costa Andrade, não só dos elementos lógico-formais, mas também da “autonomia pessoal e heteronomia das exigências sistêmico-sociais”⁷⁷. Quando se pode perceber que a lesão consentida esgota-se nos limites da relação entre o autor e o titular do bem jurídico, haveria atipicidade, até porque, como esclarece Luiz Regis Prado,⁷⁸ – também dualista – a liberdade de disposição do bem é tutelada pelo direito penal tanto quanto o é o mesmo bem.

Manoel da Costa Andrade⁷⁹ recorta do próprio ordenamento jurídico alemão um exemplo que ilustra com perfeição o significado duplo da aquiescência no direito penal e que diz respeito ao homicídio a pedido da vítima, que não encontra apoio na cláusula do consentimento porque atenta contra os bons costumes. O dispositivo é criticado por Schunemann⁸⁰, que entende haver, no caso, tão só uma tentativa do legislador de impor, sem parâmetros determinados, formas específicas de viver no âmbito da integridade física. Em síntese, é possível sistematizar as duas posições que o consentimento pode ocupar na estrutura do crime com a seguinte proposição:

75 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 511-512.

76 Conforme Manoel da Costa Andrade que se refere também a Noll, Stratenwerth, Mezger e Sauer como partidários de um sistema dualista. (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal...*, op. cit., p. 137).

77 ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal...*, op. cit., p. 17.

78 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte geral* – art. 1º a 120. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.457.

79 Id., *ibid.*, p. 259-260.

80 SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* de proteção a bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.53, p 9-37, 2005. p.33.

esgotando-se o ataque do agente na esfera de interesse do titular do bem, cuidar-se-á de consentimento que exclui o tipo, mas, quando é necessário fazer uma ponderação de interesses entre autonomia e valor do bem jurídico – já que a conduta autorizada pode afetar também interesses gerais –, cuida-se de exclusão de ilicitude justificada.

Jakobs⁸¹, também um dualista, considera que a lesão praticada por um terceiro ao interesse do titular, mesmo com seu consentimento, afeta sempre as expectativas da comunidade, na medida em que o lesionado, ao consentir, afasta-se dos padrões comuns. Por isso mesmo, nesses casos, entende que há, tão só, uma diminuição do injusto, ao passo que, quando se trata de bens jurídicos postos à disposição do seu titular, disponibilizados ou abandonados pela manifestação de sua vontade legítima, trata-se de exclusão de tipo.

Roxin, contestando os dualistas, pondera que estes promovem uma ruptura entre bem jurídico e a decisão livre de seu titular porque confundiriam objeto da lesão com o próprio bem jurídico. Com base na doutrina liberal do bem jurídico, cujo conceito foi exposto supra, entende que não pode haver lesão quando o sujeito consente, na medida em que o bem só existe como tal para atender a “finalidades úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento”.⁸² Assim, não há dano algum quando alguém atua fundado no consentimento do titular do bem: neste caso, o terceiro presta sua colaboração para a realização da liberdade de ação, que é assegurada ao cidadão no artigo segundo da Constituição da Alemanha⁸³. Por isso mesmo, conclui que a ordem jurídica não tem legitimidade para intrometer-se nessa esfera, já que apenas o portador do bem jurídico pode saber o que pode lhe proporcionar bem-estar; daí seu consentimento ter o poder de excluir o desvalor que o tipo delitivo pressupõe⁸⁴.

5.3 A MAXIMIZAÇÃO DA AUTONOMIA E A IMPUTAÇÃO À VÍTIMA

81 JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal: Parte general...*, op. cit., p. 292-293; p. 524-525.

82 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 517-518.

83 Id., *ibid.*, p. 518.

84 ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, op. cit., p. 520.

Além do consentimento do titular do bem jurídico, a dogmática penal tem tomado em consideração o comportamento da vítima com o fim de avaliar sua contribuição para a produção do resultado por meio de outras construções, tais como: a compensação de culpas, a vitimodogmática, a auto e a heterocolocação em perigo, a autorresponsabilidade e a imputação à vítima. Essas construções têm, em comum, a introdução da figura do ofendido no sistema do fato punível, para ponderar sua colaboração na afetação de seu próprio bem jurídico, ainda que, para tanto, se tenha associado um terceiro.

É no âmbito da problemática do alcance do tipo que Roxin⁸⁵ insere a questão da auto e da heterocolocação em perigo consentida, ou seja, de situações nas quais o sujeito coloca a si mesmo, voluntariamente, em uma situação de perigo criada por ele ou por terceiro. Em tais situações, a participação do terceiro poderá ser impune, a depender das estipulações.

Numa apresentação simplificada, pode-se falar em participação em autocolocação impune quando o sujeito estimula outro a realizar uma ação especialmente perigosa, consciente e querida pelo portador do bem jurídico, o qual vem a realizá-la, sofrendo, então, uma lesão. Tem-se dado, como exemplo típico, o de alguém que estimula outrem a esquiar em um lago com gelo frágil, quebradiço, sendo que o esquiador morre.

Na heterocolocação, a ação perigosa não é realizada pelo sujeito, mas por um terceiro. A essa ação adere o sujeito consciente dos perigos da conduta executada pelo outro. A pessoa deixa-se, portanto, conscientemente colocar em perigo. Deve-se ressaltar, porém, que não há um consenso sobre ser ou não esta uma distinção do próprio Roxin, bem como sua validade para demarcar, com precisão, uma espécie da outra, como se discutirá em seguida.

Desse modo, segundo Stratenwerth⁸⁶, a orientação dos tribunais alemães segue o pensamento de Roxin para quem, aquele que consente com o perigo criado por um terceiro, está mais a mercê dos acontecimentos do que aquele que expõe a si mesmo a perigo.

85 Id., *ibid.*, p.386-398.

86 STRATENWERTH, Gunter. Heteropuesta em peligro consentida em conductas imprudentes. *Indret*, n.4, 2013. Disponível em: < http://www.indret.com/ca/dret_penal/8/?&sa=10&fc=158&sn=8 >. Acesso em: 1º out. 2013. Passim.

Da mesma forma, Cancio Meliá expõe que o critério que recorre à distinção entre autoria e participação para discriminar casos de auto e de heterocolocação (impreciso no seu entender), foi apresentado por Roxin.⁸⁷ Já Manoel da Costa Andrade⁸⁸ coloca entre aspas expressões *roxinianas* que, apesar de não se referirem expressamente ao domínio do fato, autoria ou participação, permitem que se conclua, no mínimo, pela tomada em consideração de um princípio aproximado, como se pode ler: a heterocolocação em perigo consentida diz respeito a:

[...] situações em que uma pessoa não empreende acções com as quais se coloca a si mesmo em perigo, nem enfrenta um risco já existente, mas se expõe, com plena consciência do risco a uma situação de perigo que é obra exclusiva de terceiro.

A ideia tal como expressa pode, de fato, levar o leitor a pensar na teoria do domínio do fato como marco distintivo das duas categorias. O que diz Roxin, porém, é que haverá heterocolocação sempre que uma pessoa se expuser de forma consciente ao perigo criado por terceiro, o que a deixa desprotegida diante do desenrolar dos fatos. Admite, todavia que, em regra, aquele que se expôs a perigo criado por outrem tem menor poder para evitar o resultado, não se devendo ignorar seu déficit de controle e de conhecimento. Com essa formulação, afirma deixar aberta a possibilidade de avaliação sobre a punibilidade ou não do autor diante de cada situação concreta em que ocorreu a heterocolocação. Segundo o próprio Claus Roxin⁸⁹, a ideia central da jurisprudência e de um setor da doutrina é a de que aquele que se expõe a risco criado por terceiro está mais indefeso durante o desenrolar da ação por este desenvolvida, haja vista não ter domínio do fato.

Luzón Peña⁹⁰ é um dos autores que se opõem à construção, sobretudo em razão de entender que o princípio da autorresponsabilidade não passa de mera *petitio principii*, uma vez que não justifica as razões pelas quais a vítima pode ficar desprotegida em certos casos de heterocolocação consentida enquanto o autor da lesão resta impune.

87 Apud CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, n.19, p.55-56, 1998.

88 ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal...*, op. cit, p 272

89 ROXIN, Claus. La polémica en torno a la hetero puesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. *Indret*, n.4, 2013. Disponível em: < http://www.indret.com/ca/dret_penal/8/?&sa=10&fc=158&sn=8 >. Acesso em: 1º out. 2013.

90 Apud ROXIN, Claus. La polémica en torno a la hetero puesta en peligro consentida..., op.cit., p. 7.

Schünemann⁹¹ persegue, ao contrário, uma solução de impunidade estendida à heterocolocação consentida, apesar de, segundo Costa Andrade, reconhecer uma distinção conceitual entre as duas situações. Destaca, porém, que para que a equiparação subsista, são necessárias algumas circunstâncias, muito próximas, aliás, daquelas estabelecidas por Roxin: imputabilidade e liberdade da vítima, sua plena representação dos riscos assumidos (razão pela qual discorda de Firsich quando concede igualdade às figuras baseado apenas na cognoscibilidade), afastado qualquer excesso do agente. Dispensa, porém, o domínio do fato como critério distintivo, pois afirma que, em casos de interrupção do nexo de imputação, não há uma função para esta figura. Não se refere, todavia ao princípio vitimológico, de sua autoria, segundo o qual, o autor só deve ser punido se a vítima merecia proteção e dela necessitava. Em face da equivalência entre os casos de heterocolocação e os de autocolocação, acredita ser imperativo que o direito se decida da mesma forma, ou seja, a favor da impunidade.

Cancio Meliá⁹² comenta que, em verdade, a distinção entre autocolocação e heterocolocação em perigo proposta por Roxin não pode servir como ponto de partida para a construção dogmática sobre a participação da vítima no delito, uma vez que estes são pontos aos quais se deve chegar após estudos aprofundados. A base fenomenológica à qual recorreu o segundo autor referido, vinculada à execução material da conduta (na heterocolocação, o agente executa a conduta núcleo e a vítima é partícipe, enquanto, na autocolocação, esta é quem executa a ação principal – segundo sua pessoal compreensão), não poderia servir como instrumento adequado para concretizar a distinção. Cancio Meliá afirma que, em muitos casos, embora seja a vítima quem execute a ação, o resultado deve ser atribuído ao autor, assim como há outros nos quais a execução da conduta arriscada é a do autor, mas o resultado deve ser imputado à vítima, razão pela qual propugna soluções normativas. Roxin admitiria, de acordo com a mesma fonte, essa particularidade. A proposta de Cancio Meliá – imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima – será discutida oportunamente.

91 Apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*, op. cit., p 285-286.

92 CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima*, op. cit., p. 40-43.

Cancio Meliá⁹³ ressalta que as tendências que se agrupam sob a designação de vitimodogmática, introduzem uma nova perspectiva na discussão doutrinária a respeito do comportamento da vítima, uma vez que não se resumem a dar tratamento legal aos conhecimentos anteriores disponibilizados pela Criminologia. Elas pretendem oferecer uma resposta à questão do comportamento da vítima no âmbito da Teoria do Delito, como já referido, propondo seus líderes⁹⁴ a criação de uma dogmática a partir da figura da vítima. É possível que a Vitimologia tenha contribuído, também, de certa forma, para que se chegasse a essa conclusão quando afirma que a vítima não é sempre um sujeito inerte sobre o qual recai a ação do autor, mas, ao contrário, muitas vezes contribui expressivamente para a lesão do seu próprio bem jurídico. Sua perspectiva é, todavia, distinta.

Entendem os autores da vitimodogmática, dos quais se destaca Schünemann⁹⁵ que, segundo o princípio vitimológico, o direito penal não deve intervir quando a tarefa de prevenir a lesão ao bem jurídico estava nas mãos de seu titular e este podia, nas circunstâncias, tê-lo protegido sem maiores esforços. Tal princípio cumpre funções distintas na estrutura do tipo: numa perspectiva metodológica, constitui um recurso indispensável para a interpretação teleológica restritiva dos tipos enquanto, numa perspectiva material, consubstancia-se na tese de que a pena, como *ultima ratio* do Estado, não é apropriada em situações nas quais a vítima não merece e não necessita de [proteção](#).

Não é novidade, no direito penal, a tomada em consideração do comportamento da vítima, uma vez que assim já se procede, mas apenas, para fins de modulação da pena, com vistas a evitar a desproporcionalidade da sanção em face de vítimas provocadoras, descuidadas ou desinteressadas na preservação do bem jurídico. A proposta da vitimodogmática amplia em muito esta ideia, introduzindo a noção de corresponsabilidade da vítima, a qual é deduzida do princípio da dignidade. Este princípio, pela visão dos seus doutrinadores, é o que, mais adequadamente, insere no âmbito do tipo a auto responsabilidade da vítima,

93 CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la Teoría del Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 25, p. 23-57, 1999.p.28.

94 A doutrina destaca Schünemann, Amelung, Schultz, Raimund Hassemmer, Artz, Fiedler, e outros mais moderados, a exemplo de Hillenkamp. (Vide SILVA SANCHEZ, Jesús María. La vitimodogmática en el derecho extranjero. *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, v.12, n. 40, p.117-131, ene./abr. 1990).

95 SCHÜNEMANN Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid:Tecnos Ed., 2002. Passim.

ideia que não é suficientemente desenvolvida, mas que presta, sem dúvida, um desfavor à vítima autônoma quando a priva da atenção do Estado.

Deve-se recusar a premissa simplificada de que o indivíduo tudo pode e, se não o faz, está apenas exercitando uma autonomia que tem de ser respeitada independentemente das consequências. Não se pode entender essas atitudes como de respeito à autonomia, ou, no polo contrário, como expressão de solidariedade, mas tão somente como a entrega do outro a sua própria indignação.

Apesar dos méritos reconhecidos, introduzindo no direito penal uma nova forma de valorar a relação autor/vítima para fins de imputação de responsabilidade, tal doutrina recebeu muitas críticas, algumas versando sobre a vagueza de expressões como intervenção ou interação da vítima com o autor ou pela falta de adequada justificação normativa de alguns de seus pressupostos como o merecimento de pena, por exemplo.

Os funcionalistas convidam o Estado a ser mero espectador de conflitos e, com isto, ampliam a insegurança dos cidadãos diante dos antigos e novos riscos, quando é dever do Estado protegê-los dos diversos perigos que os ameaçam. Esse papel não tem que ser exercido de forma paternalista, podendo e devendo tomar em consideração as circunstâncias do fato, inclusive o comportamento do titular do bem jurídico, mas não ao ponto de excluí-lo de sua tutela porque, afinal, a solidariedade do Estado é um dever a ser cumprido e legitima sua existência. Será mais difícil manter a sociedade contemporânea agrupada, coesa, quando o ente a quem incumbe, em âmbito institucional, cumprir esse papel seleciona a quem proteger em situações de vulnerabilidade.

Desta forma, reitera-se a importância que tem a participação da vítima para a produção do resultado lesivo e sua consideração pelo direito penal que, de outra forma, estimularia comportamentos provocadores ou desleixados dos titular do bem jurídico. Seria, ademais, injusto deixar de apreciar aspecto tão relevante no cometimento de um crime e no conseqüente julgamento da pena necessária. Isto não significa, porém a inércia do Estado e indiferença da sociedade quanto à situação de quem é vítima de um crime.

Ocorre que o Estado tem o a função de proteger seus cidadãos, sobretudo quando em situação de maior vulnerabilidade. A ética da proteção aos mais débeis

e, por isso mesmo sujeitos a maiores iniquidades, deve sustentar as instituições públicas, o direito penal e as relações sociais, evitando-se a transposição pura e simples de sofisticadas construções doutrinárias incompatíveis com a sociedade que se quer construir.

Em particular, no caso brasileiro, o perfil dessa sociedade está positivado no texto da Constituição Federal. A defesa da autonomia, não é estranha ao texto constitucional, mas essa mesma Constituição torna mandatório que se observe o princípio da solidariedade.

Este não se deve considerar como desvalorização da autonomia, mas como instrumento para que se delineie, especialmente no direito, a concepção de que essa autonomia superlativamente valiosa, não é, nem pode ser ilimitada.

O princípio da solidariedade, encampado pela Constituição brasileira, é o ponto de equilíbrio entre a autonomia e a obrigação recíproca do Estado e da sociedade, bem como dos cidadãos entre si e para com suas instituições. É esse equilíbrio que nos possibilitará a todos construir uma sociedade melhor e dela usufruir.

6 OBJETIVOS GERAL E ESPECÍFICOS

6.1 OBJETIVO GERAL

A intenção do trabalho, então, é procurar exibir como a solidariedade não amesquinha o exercício amplo da autonomia, mas recupera, para ela, a moldura de exercitação sem a qual ela perde o valor que lhe foi atribuído, no advento da modernidade, como elemento de valorização do indivíduo e base para a construção de um panorama ético e jurídico que prefigurasse o reconhecimento da dignidade humana.

Busca, assim, analisar o estado da arte do direito penal e as respostas dogmáticas oferecidas pelas diferentes teorias do delito, frente às situações em que a incidência da autonomia individual e dos espaços de liberdade, repercutem diretamente no reconhecimento da tipicidade e ilicitude da conduta humana penalmente relevante. Dar-se maior ênfase, nesse aspecto, ao papel atribuído à vítima na produção do resultado danoso, sob os discursos de exercício e respeito à autonomia individual.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Analisar as figuras jurídico-penais que prestigiam o exercício da autonomia individual da vítima na promoção do resultado danoso, na análise do comportamento do suposto executor do fato, como conduta juridicamente reprovável;

- b) Revisar os diversos conceitos de autonomia formulados pelo direito e por parte da filosofia ocidental;

- c) Analisar o reconhecimento da solidariedade enquanto filtro constitucional das construções doutrinárias tendentes à supervalorização da autonomia individual em sede de direito criminal;

- d) Analisar a validade e as repercussões jurídicas do exercício da autonomia individual por parte de sujeitos em situações de vulnerabilidade, notadamente nas relações médico-paciente ;

- e) Criticar o equilíbrio do sistema de controle social institucionalizado através do direito penal como instrumento capaz de adequar o respeito à autonomia e a proteção, através da solidariedade, dos bens jurídicos essenciais à vida em comunidade;

- f) Observar a autonomia como a essência do conteúdo dos princípios e postulados fundamentais do sistema social;

- g) Analisar a transformação histórico-social da relação estabelecida entre médico e paciente, até o período atual, orientado pela impessoalidade e a compreensão desse período social na dogmática penal, ressaltando as respostas dadas através da crítica dos elementos da tipicidade e da ilicitude em âmbito penal;

- h) Analisar e propor, considerando as bases postas pelas construções dogmáticas da teoria do delito, fundamentos que orientem critérios dogmáticos que possibilitem

maior adequação ao prestígio da autonomia e, conseqüentemente, ampliando os espaços de liberdade, no entanto, sem desconsiderar a justiça e a segurança enquanto valores essenciais ao sistema social.

7 METODOLOGIA

A metodologia se insere como parte fundamental para a realização do projeto de pesquisa. Através do desenvolvimento das técnicas de raciocínio e análise dos dados e informações, pretende-se alcançar a base necessária para traduzir em conhecimento a crítica realizada sobre o objeto. Desse modo, importante demonstrar o método como um caminho a ser percorrido, como etapas constitutivas no processo de formação do raciocínio.

Assim como para produção de um trabalho tecnológico, industrial, empresarial, requer a utilização de métodos, instrumentos e equipamentos que propiciem o exaurimento de seu objeto, o trabalho científico também o requer. A produção científica necessita da utilização de métodos de investigação, apuração e controle dos estudos, a fim de formar um conteúdo hábil a explicar as especificidades do objeto de estudo⁹⁶.

Assim, a pesquisa se inicia com a coleta e crítica do conhecimento já produzido doutrinariamente sobre o objeto, mas com a consciência da necessária ruptura paradigmática. A fundamentação da pesquisa se dará através da testagem gradativa deste conhecimento, num viés racional-dedutivo, que se evidencia através da racionalização gradual das experiências. Neste ponto, parte da crítica e reflexão dos fenômenos iniciais para compreensão total da natureza do objeto.

A simples reprodução do já conhecido acaba por fixar como realidade um ideal que define os critérios de veracidade e cientificidade do conhecimento. Neste contexto, a pesquisa deve se conduzir a um procedimento crítico, evitando, assim, a cíclica reprodução do mesmo conhecimento, do mesmo padrão de imagem social.

96“Nem a mão nua nem o intelecto, deixados a si mesmos, logram muito. Todos os feitos se cumprem com instrumentos e recursos auxiliares, de que dependem, em igual medida, tanto o intelecto quanto as mãos. Assim como os instrumentos mecânicos regulam e ampliam o movimento das mãos, os da mente aguçam o intelecto e o precavêm. [...] O intelecto, deixado a si mesmo, na mente sóbria, paciente e grave, sobretudo se não está impedida pelas doutrinas recebidas, tenta algo na outra via, na verdadeira, mas com escasso proveito. Porque o intelecto não regulado e sem apoio é irregular e de todo inábil para superar a obscuridade das coisas”. IN: BACON, Francis. *Novum Organum: Ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. Minas Gerais: Virtual Books on line. IN:

http://www.4shared.com/document/HDn3wwOC/Francis_Bacon_-_Novum_Organum.html. Acesso em 20 de março de 2014. P. 07-10.

Neste contexto, é importante construir uma identidade, uma individualidade, no modo e na forma de analisar o conhecimento⁹⁷.

É importante, também, destacar que o método deve buscar a instrumentalização do raciocínio, com a produção de um conhecimento atual, tolerante e mais humano. Neste contexto, a pesquisa procura, para além da organização do pensamento, com nitidez e inteligibilidade, a produção de um conhecimento próximo, voltado à satisfação do problema proposto com foco nas demandas da comunidade, pois “a qualidade do conhecimento afere-se menos pelo que ele controla ou faz funcionar no mundo exterior do que pela satisfação pessoal que dá a quem a ele acede e o partilha.”⁹⁸

A utilização dos conhecimentos já produzidos serve como um ponto de partida para impulsionar a análise do objeto frente à multiplicidade das relações inerentes ao estudo social. O raciocínio, segundo o conhecimento posto por um padrão de cientificidade, se põe apenas como um degrau, um caminho inicial pra produção do conhecimento novo.

A vertente metodológica atribuída à investigação é a jurídico-dogmática, no entanto, considerando o Direito como estrutura inerente à sociedade, aos processos sociais. Neste sentido, trabalha com elementos inerentes ao ordenamento jurídico, mas observando a percepção da realidade social na qual o objeto se vincula, pois “é necessária uma outra forma de conhecimento, um conhecimento compreensivo e íntimo que não nos separe e antes nos una pessoalmente ao que estudamos.”⁹⁹

Nesse sentido, a pretensão é a aplicação de uma metodologia reflexiva, por meio da qual os caminhos de interlocução entre diversos saberes, tais como direito penal, bioética e ciências da saúde e semiótica são considerados, embora não discutidos exaustivamente. Procurou-se, assim, exercitar um modelo de racionalidade que se revelasse capaz de articular os conhecimentos produzidos por estas áreas na construção de um espaço que sintetizasse as demandas comuns destes campos cognitivos.

97 IN: DESCARTES, René. Discurso do Método. Tradução: Enrico Corvisieri. Edição virtual. IN: http://www.4shared.com/document/bFSU9nww/Descartes_-_discurso_do_metodo.html. Acesso em 19 de março de 2014. P. 04.

98 SOUSA SANTOS, Boaventura. Um discurso sobre as Ciências. IN: http://www.4shared.com/office/flhWKiq-/boaventura_de_sousa_santos_-_u.htm?locale=pt-BR. Acesso em 10 de junho de 2014. P. 20.

99 *Idem*. P. 20

Serão consultadas obras de autores nacionais e estrangeiros, com ênfase nos alemães (traduzidos para o português ou espanhol) espanhóis e portugueses, além de alguns textos de doutrina francesa. Desse modo, as discussões calcam-se sobretudo na jurisprudência estrangeira, o que ensejou a consciência da necessidade de não se importarem acriticamente as contribuições de outros países, valiosas que sejam.

Na verdade, as diferenças histórico-culturais impõem uma reflexão mais acurada sobre o fundamento das doutrinas discutidas. Em especial, o caráter minucioso da Constituição brasileira, prescrevendo o tipo de sociedade que nos é mandatório construir, aparece como um filtro para as lucubrações doutrinárias, de vez que confere ao princípio de solidariedade uma importância que não pode ser ignorada.

8 LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO INICIAL

Ideologia, sociedade e sistema social: LIPOVETSKY, Gilles. CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004; LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Walter de Gruyter CO, 2006; MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-Penal do Risco Proibido e do Perigo Permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas*. Curitiba: Juruá, 2004. RICOEUR, Paul. *Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação*. IN: *Do Texto à Ação: Ensaio de Hermenêutica II*. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉ.S. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014.; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002

Construção ontológico-dedutiva: BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema Introducción a la Sistemática sobre la Base de Casos*. Buenos Aires: Depalma, 1973, BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires: El Foro, 2002.; BELL, LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido por Dr. José Hygino Duarte Pereira. São Paulo: F. BRIGUIET & C, 1899. MEZGER,

Edmund. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doutrina da la acción finalista. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2004, *Teoria de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951. LUIZI, Luis. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

O comportamento da vítima no injusto penal: MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. IN: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín. MELIÁ, Manuel Cândio de. *Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva*. IN: Imputação Objetiva e Dogmática Penal. GONZÁLEZ, Mireya Bolaños. Mérida: Producciones Karol, 2005, *La Exclusión de la Tipicidad por la Responsabilidad de la Víctima* ("Imputación a la Víctima"). IN: Cuardenos de Conferências e Artículos, N° 19. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, *Lineas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Cuyo, 19- *Reflexiones sobre la "Vitimodogmática" em la Teoría do Delito*. IN: RBCCrim - Revista IBCCRIM N° 25 / 1999. ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Imputación Objetiva, Participación en una Autopuesta en Peligro y Heteropuesta en Peligro Consentida*. Revista de Derecho Penal y Criminología. N° Extraordinário 2. UNED, 2004. PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido*. Na teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *La "Victimodogmatica" en El Derecho Extranjero*. IN: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/11+-+Victimodogmatica.pdf>. STRATENWERTH, Günter. *Heteropuesta en Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. IN: www.indret.com, 2013. Acessado em 05/2015. ALAGIA, Alejandro. *El Consentimiento em la Dogmática Penal*. IN: "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1999/B, Sección Universidad; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991

Teoria do Delito: MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana*. Salvador: Juspodivm, 2010. ORDEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?* IN: Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Salamanca, 1971. RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: PPU, 1994. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-Penal e a Constituição*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Justel, 2011, *El Derecho Penal en el Estado Social e Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2003, MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte General. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1992. TARVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, *Teorias do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. TOLEDO, Francisco de Assis. *Illicitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1959.;BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. São Paulo: Atlas, 2013. CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. São Paulo: Atlas, 2014. CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. . CERZO MIR, José. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. São Paulo, Malheiros, 1996. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. HASSEMER, Winfried. MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1989. JESCHECK,

Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

Funcionalismo Penal: POPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Tradução Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZALES, Carlos Suarez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do Direito Penal*. Considerações sobre a Teoria de Ghünther Jakobs. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. PRADO, Luiz Regis Prado, CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: Uma aproximação crítica a seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo Direito Pena”, *Tem Futuro a Teoria do Bem Jurídico?*. Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)., *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. JAKOBS, Ghünther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. *Ação e Omissão no Direito Penal*. Barueri: Manole, 2003, *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas ---, *Suicídio, Eutanásia e Direito Penal*. Barueri: Manole, 2003. ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *A Teoria da Imputação Objetiva*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº39. Julho – Setembro de 2002, *Derecho Penal*, Parte General. Tomo 1: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. 2ª Edición. Madrid: Civitas, 1997, *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luís Grego. Renovar, 2000. SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991, *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenador: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, *O Princípio de Proteção de Bens Jurídicos como Ponto*

de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. Orgs. O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

9 CRONOGRAMA

Atividade	SEMESTRE																							
	2015.2						2016.1						2016.2						2017.1					
	Meses																							
	8	9	10	11	12	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6		
Levantamento bibliográfico	x	x	x	x	x	x																		
Leitura e documentação		x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x								
Tabulação dos dados								x	x	x	x	x	x	x	x	x								
Redação da dissertação											x	x	x	x	x	x	x	x						
Revisão																			x	x				
Depósito da dissertação																				x	x			
Apresentação																						x		

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. *Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e> >. Acesso em: 25 jul. 2014.
- ALAGIA, Alejandro. El consentimiento en la dogmática penal. In: _____. *Nueva Doctrina Penal*. 1999. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/>>. Acesso em: 2 jan. 2011.
- ALMEIDA, R. M. de. *Eros e Tânatos: a vida, a morte, o desejo*. São Paulo: Loyola, 2007.
- ALVES, Míriam Cristiane; SEMINOTT, Nedio. Pequeno grupo e o paradigma da complexidade em Edgar Morin. *Psicologia USP*, v.17, n.2, p.113-133, 2006.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada*. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm> >. Acesso em: 1º maio 2011.
- ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Almedina, 1991.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 14, p.117-147, 2004.
- ARISTÓTELES. *Ética*: Livro IX. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARMIN MEIWES. In: Wikipedia. Disponível em: < http://www.en.wikipedia.org/wiki/Armin_meiwes >. Acesso em: 14 maio 2009.
- BATISTA, Nilo. O novo Código Civil: uma carta e onze questões. *Boletim do IBCCrim.*, São Paulo, ano 11, n. 127, p.2, jun. 2003.
- BERISTAIN, Antonio (Dir.). *Victimología*. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 1990.
- BBC Brasil. *Em meio à polêmica, parlamento da Bélgica aprova eutanásia para menores*. 13 fev. 2014. Disponível em: < http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/02/140213_belgica_aprovada_eutanasia_mdb.shtml >. Acesso em: 12 jan. 2014.
- BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F. *Principios de Ética Biomédica*. Barcelona: Masson Ed., 1999.
- BERGER, P., LUCKMANN, T. *A construção social da realidade: Tratado de Sociologia do Conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 1974.
- BERMAN, Paul. *Terrore e liberalismo: perché la guerra al fondamentalismo è una guerra antifascista*. Torino: Einaudi, 2004.
- BERTHIAU, Deni. *Le principe d'autonomie em Droit*. Centre de Documentation Multimedia en Droit Médical Disponível em: < <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/index.php> >. Acesso em: 3 mar. 2011.
- BÍBLIA Sagrada. Gênesis 8:04. São Paulo: Paulinas, 2005.

- BOBBIO, Norberto. Individualismo e organicismo. In: _____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5.ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 45-48.
- BOCKEKMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Penal: Parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002.
- BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRIDGMAN, Percy W. *The Logic of Modern Physics*. New York: MacMillan, 1946.
- BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BRODY, Howard. Autonomy revisited: progress in medical ethics: discussion paper. *Journal of The Royal Society of Medicine*, v. 78, p.381-387, May 1985. Disponível em: < www.rsm.ac.uh/ >. Acesso em: 14 maio 2011
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.2 e 3.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro*. Santa Fé de Bogotá: Ed. Temis, 1993.
- CALAY, François. *Victime ... irresponsable? Persecuter sauver triangle de Karpman*. Disponível em: < <http://www.calay.be/victime.php> >. Acesso em: 29 dez. 2013.
- CALLAHAN, Daniel. Building Bioethics. *Philosophy and Medicine*, v. 62, Part 2, p.25-35, 1992.
- CALLAHAN, Daniel. *Setting limits, medical goals in an aging society*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1995.
- CAMUS, Albert. *Réflexions sur la guillotine*. Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Micro-soft Word 2008 pour Macintosh. Le 30 mars 2010 à Chicoutimi, Québec, Canada. Disponível em: < http://classiques.uqac.ca/classiques/camus_albert/reflexions_guillotine/reflexions_guillotine.pdf >. Acesso em: 13 abr.2014.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima, "imputación a la víctima"*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.55-56 (Cuadernos de Conferencias y Artículos, 19).
- CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima, "imputación a la víctima". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, São Paulo, n.25, p.23-57, 1998.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo. *Caderno Jurídico*, ESMP, ano 1, n.1, p.120-147, abr.2001.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.25, p 23-57, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.108-115.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. São Paulo: Saraiva, 1956. v.1.

CARRARA, Ozanan Vicente. Ética e ontologia em Emmanuel Levinas. *Revista Estudos Filosóficos*, São João del Rei, Minas Gerais, UFSJ, n.8, p.33-50, 2012 [Versão eletrônica].

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español: Parte general, II*. Madrid: Tecnos Ed., 1998.

CEREZO MIR, José. Derecho Penal: Parte general. In: _____. *Obras completas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

CHAPPUIS, Raymond. *La solidarité: l'éthique des relations humaines*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

CHÂTEL, Vivianne. La solidarité: une exigence de 'responsabilité-pour-autrui'? In: SOUET, Marc-Henry (Dir.). *La solidarité: exigence morale ou obligation publique?* Fribourg: Academic Press Fribourg, 2004. p.138-162.

COLUCCI, Cláudio; LEITE, Fábio [São Paulo]; GOIS, Antônio [Rio de Janeiro]. Médicos revelam que eutanásia é prática habitual em UTIs do país. *Folha S.Paulo*, 22 fev. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u105876.shtml>>. Acesso em: 3 nov. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*: 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DARWIN, Charles Robert. *Origin of Species*. Chapter III: Struggle for Existence (The Harvard Classics). Disponível em: < <http://www.bartleby.com/11/3006.html> >. Acesso em: 1º fev. 2011.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DIAS, Jorge de Figueredo. *Liberdade Culpa Direito Penal*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*: volume comemorativo do 75º tomo do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, p. 1.123-1.138, 2003.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ed.Ariel, 1998.

EBBESEN, Mette; ANDERSEN, Svend. *Beauchamp and Childress*: use of reflective equilibrium for justification in Bioethical Theory. Disponível em: < www.societasethica.info >. Acesso em 1º maio 2011.

ENGELHARDT, H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998.

EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. 2.ed. Lisboa: Ed. Veja, 2004.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 5, p. 265-333, 2000.

FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar la bioética*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas: Ed. Desclée de Brower, 2003. Disponível em: < <http://books.google.com.br> >. Acesso em: 1º maio 2011.

FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jungen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

FREUD, S. Além do princípio do prazer. In: _____. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v.III.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Disponível em: < <http://books.cat-v.org/economics/capitalism-and-freedom/intro> >. Acesso em: 29 jun 2014.

FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p.67-113, jan./jun.2004.

GANDARA VALLEJO, Beatriz de la. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Colex, 1995.

GARCIA, Claudia Amorim; COUTINHO, Luciana Gageiro. Os novos rumos do individualismo e o desamparo do sujeito contemporâneo. *Psyche*, São Paulo, v.8, n.13, p.125-140, jun.2004.

GOLBERG, Zachary B. Duration of resuscitation efforts and survival after in-hospital cardiac arrest: an observational study. *The Lancet*, v.380, Issue 9852, p.1.473-1.481, 27 Oct. 2012.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Ricardo C. Nunez. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé*. Paris: A. Rousseau, 1912.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.08-58.

GRIFFIN, Edward. *Coletivismo x Individualismo*. Disponível em: <http://www.jornaldatropa.jex.com.br/opiniao/coletivismo+x+individualismo>. Acesso em: 6 fev. 2011.

GRÜN, Anselm. *La crise du milieu de la vie: une approche spirituelle* [1998]. 2ème ed. Paris: Editions Médiaspaul, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudo de teoria política*. Trad. George Spertter e Paulo Astor. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HIRSCH, Hans Joachim. Derecho Penal. In: _____. *Obras completas*. Buenos Aires: Editorial: Rubinzal-Culzoni, 2005. v. 1.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 6.ed. atualizada por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v.4.

HUNTINGTON, Samuel P. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Touchstone 1997.

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

JAKOBS, Gunther. *Teoria da Pena e Suicídio e homicídio a pedido: dois estudos*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte general*. Trad. José Luís Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.

JOLIN, Louis. *Une éthique de la solidarité et de la responsabilité*. Disponível em: < <http://teoros.revues.org/598> >. Acesso em: 25 out. 2013.

JONAS, Hans. *O princípio da vida*. Petrópolis: Vozes, 2004.

KANT, Emanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução e Prefácio de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1959. Disponível em: <http://www.ensinarfilosofia.com.br/__pdfs/e_livors/46.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2011.

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: TecnoPrint, [s/d].

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, n.15, p.41-71, jul./set. 2003.

KOTTOW, Miguel. *Participación informada en clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informado*. Bogotá: UNESCO, Red Latino Americana y del Caribe de Bioética, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEFÈVE, Céline. La philosophie du soin. *La Matière et Sprit: Medicine et Philosophie*, Université de Mons, Hainaut, n.4, p.25-34, avr. 2006.

LEGISLAÇÕES e prática da eutanásia na Europa. Disponível em: < <http://www.abril.com.br/noticias/mundo/legislacoes-pratica-eutanasia-europa-264875.shtml> >. Acesso em: 15 jul. 2014.

LIBET, Benjamin. Do we have Free Will? *Journal of Consciousness Studies*, 1999. Disponível em: < www.imprint-academic.com/jcs >. Acesso em: 28 jul. 2013.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad: Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. *ADPCP*, v. 46, n. 1, ene./abr. 1993. Disponível em:< <http://www.cienciaspenales.net> >. Acesso em: 3 mar. 2001.

MARMELSTEIN, George. *Transformar a ética em direito: o ativismo judiciário na perspectiva da filosofia moral*. Mar. 2009. Disponível em: < www.scribd.com/.../Transformar-Etica-em-Direito >. Acesso em: 12 set. 2010.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: JusPodivm, 2010.

MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf >. Acesso em: 28 maio 2011.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Vie et individuation*. Paris/Milano: Chiasmi International: Mimesis Edizioni, 2005. v.5.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora,, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: < <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf> >. Acesso em: 15 mar 2011.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria de Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 4.ed. Revista e modificada pelo autor. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte especial*. 15.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 21.ed. São Paulo: Saraiva,1986. v.2.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: _____. *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p.264-321.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

O'CONNOR, Timothy. Free Will. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2010. Disponível em: < <http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/freewill/> >. Acesso em: 23 mar. 2011.

ORDEIG, Gimbernat. Eutanásia e Direito Penal. In: _____. *Vida e morte no Direito Penal*. São Paulo: Manole, 2004 (Coleção Estudos de Direito Penal).

PABLO DE MOLINA, Antonio García; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Ed. Almedina, 2009.

PAVÃO, Aguinaldo. Notas preliminares a uma possível crítica da teoria da justiça como equidade de Rawls a partir da filosofia jurídica de Kant. *Kant e-prints*, Campinas. Série 2, v. 8, n. 1, p. 24-39, jan./jun 2013. Disponível em: < <ftp://ftp.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/Vol-8-1-2013/2-KanteRawls.pdf> >. Acesso em: 15 jul. 2014.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos Ed., 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERRIN, Jean François . La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, n.13, p. 162-178, jan./jun. 2005.
- PIAGET, Jean. *Epistemologia genética*. Petrópolis: Vozes, 1970.
- PIERANGELI, Jose-Henrique. *O consentimento do ofendido na Teoria do Delito*. 3.ed. São Paulo:RT, 2001.
- PLATÃO. *A República*: Livro I. Disponível em: < <http://www.eniopadilha.com.br/documentos> >. Acesso em: 22 dez. 2013.
- POPE, Thaddeus Mason. The maladaptation of miranda to advance directives: a critique of the patient self determination act. *Health Matrix*, v. 9, n.1, p.139–202. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=174749 >. Acesso em: 28 jul. 2014.
- PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*: Parte geral – art. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.2.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*: Parte especial. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.2.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal*: Parte general. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.
- RAPOSO, Vera Lúcia. *Do Regime das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias no Código Penal português*. 2013. Disponível em: < www.vda.pt/.../Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.... >. Acesso em: 29 jul. 2014.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Testamento vital. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 4 maio 2013. Caderno Espaço Aberto, p. A2.
- RIGHI, Esteban. La revalorización del consentimiento en la relación médico-Paciente. *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, n.6, p. 177-196, ene./mar. 2004.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *A negligência médica e hospital na perspectiva penal*. Coimbra: Ed. Almedina, 2013.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luís. *Victimilogía*. 2.ed. México: Editorial Porrúa, 1990.
- ROMEO CASABONA, Carlos María de. *Consentimento do ofendido na Teoria do Delito*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROMEO CASABONA, Carlos María de. El consentimiento en las lesiones en el proyecto de Código Penal de 1989. In: _____. *Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*. Arequipa, Perú: : Ed. Adrus, 2004. v.1.

ROMEO CASABONA, Carlos María de. *Genética, biotecnología e ciências penais*. Salvador: Jvspodium, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte general: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Ed. Civitas, 1997. v.1.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. La polémica en torno a la hetero puesta em peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. *Indret*, n.4, 2013. Disponível em: < http://www.indret.com/ca/dret_penal/8/?&sa=10&fc=158&sn=8 >. Acesso em: 1º out. 2013.

SÁ, Alvinho Augusto de. *Algumas considerações psicológicas sobre a vítima e a vitimização*. Disponível em:< <http://www.letiobragacalhou.com.br/algumas-consideracoes-psicologicas-sobre-a-vitima-e-a-vitimizacao> >. Acesso em: 23 dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria da filosófica constitucional. In: _____. *Interesses públicos versus Interesses privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 23-116.

SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27-37, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Organização e Introdução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* de proteção a bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, p 9-37, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação de tipos. In: _____. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2013. p. 49-78.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sistema del Derecho Penal y victimodogmática. In: DíEZ RIPOLLES, José Luís; ROMEO CASABONA, Carlos María; MARTÍN, Luís Gracia; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Ed.). *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos Ed., 2002. p.159-172..

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del Milenio*. Madrid: Tecnos Ed., 2002.

SHIMAJUKO, Shikara Vásquez. *La normativización del tipo y los modelos de imputación objetiva*. Disponível em: < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130908_03.pdf >. Acesso em: 9 jan. 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.34, p. 163-194, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales. Madrid: Civitas, 1999. (*Cuadernos Civitas*).

SILVA SANCHEZ, Jesús María. La vitimodogmática en el derecho extranjero. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, v.12, n. 40, p.117-131, ene./abr.1990.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. Pretenintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del TS. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p.194-205, 1985.

STRATENWERTH, Gunter. Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes. Trad. Albert Estrada i Cuadro. *Indret*, n.4, 2013. Disponível em: < http://www.indret.com/ca/dret_penal/8/?&sa=10&fc=158&sn=8 >. Acesso em: 3 nov. 2013.

SUICIDAS deverão passar teste de doença mental. 2 mar. 2011 – 11:48 Disponível em: < <http://www.swissinfo.ch/por/Capa/Archive> >. Acesso em: 10 out. 2010.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. *O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social*. 2014. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

VEATCH, Robert. Autonomy's temporary triumph. *Hastings Center Report*, v. 14, n.5, p.38-40, 1984. Disponível também em: < <http://www.jstor.org/pss/3561097> >.

VEATCH, Robert M.; GAYLIN, Williard; STEINBOCK, Bonnie. Can the moral commons survive autonomy? *The Hastings Center Report*, v.26, n.6. Disponível em: < http://indarticles.com/p/articles/mi_go2103/is_n6_v26/ai_n28677383/pg_10/ >. Acesso em: 3 maio 2011.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho Penal: Parte general*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanc, 1999.

ZIZEK, Slavoj. A falha da Bio-Ética. Trad. Luiz Roberto Mendes Gonçalves. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 22 jun. 2003. Caderno Mais!, p.4-8.

ZIZEK, Slavoj. O superego pós-moderno. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 30 dez. 1999. Caderno Especial, p.20-21.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: Parte general*. 11.ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editora Jurídica de Chile,1970.

WERLANG, Sérgio Ribeiro da Costa. *A descoberta da liberdade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

WHITE, Becky Cox. *Competence to consent*. Washingtonm DC: Georgetown University Press, 1994.

ANEXO

PROJETOS DE TRABALHO

TÍTULO DO PROJETO DE TRABALHO

O influxo da autonomia na racionalização das construções dogmáticas na teoria do delito.

APRESENTAÇÃO

O sistema jurídico, sob um viés social-filosófico, pode ser orientado como um sistema aberto. O conteúdo que se insere nessa abertura pode ser obtido com a relevância que o sistema social atribui à autonomia, como fundamento a sua humanização. O subsistema penal, não deve fugir a esse contexto e, no âmbito de uma identidade cultural pós-moderna, que pugna por um Estado de Direito material, deve se orientar por construções dogmáticas que possibilitem um método mais adequado ao tratamento da autonomia no campo de determinação da proibição penal. O objetivo desse estudo, assim, é analisar a racionalidade constante na mudança paradigmática, do ontológico-dedutivo ao axiológico-normativo, do método constante nas construções dogmáticas sobre a teoria do delito, com referência no comportamento do titular do bem jurídico como critério objetivo de imputação do resultado penalmente típico. Justifica-se, para além da atualidade, por analisar um tema que se vincula a um objeto perene na pauta de um sistema social que pleiteia por um Estado de Direito material, ou seja, capaz de orientar o sistema jurídico-penal por um viés teleológico adequado a proporcionar, para além da segurança, o respeito a outros princípios fundamentais que regem uma sociedade apoiada numa ordem constitucional que tem como postulado a Dignidade Humana. O estudo tem como objeto, então, a racionalização que se impõe sobre construções dogmáticas da teoria do delito, considerando os avanços decorrentes desde a perspectiva causal-naturalista até as correntes ecléticas, axiológicas ou funcionalistas do delito, para aferição e desenvolvimento de uma construção capaz de, frente à autonomia, equilibrar a necessidade de segurança jurídica com as demandas de um sistema penal funcional e valorativo, capaz de ampliar os espaços de liberdade. O que se busca é, com base na humanização do sistema social, a compreensão de um procedimento dogmático que, no âmbito da teoria do delito e, especialmente, na

determinação da proibição penal, possua maior adequação às demandas de um sistema social que, para além da necessidade de segurança com a garantia formal na determinação estatal do espaço proibido, requer, agora, uma maior compreensão do Direito como instrumento hábil a potencializar os valores de Justiça e Liberdade no sistema social.

Palavras-chave: Dogmática Penal, Autonomia, Sistema Social.

PROBLEMA

O sistema jurídico-penal, ao tentar se compatibilizar com uma dinâmica social hipermoderna, de crescente processo de democratização social acompanhada do surgimento do *hiperindividualismo* e salvaguarda de novos direitos, gradativamente passa a sofrer uma tensão interna que alcança, especialmente, as construções dogmáticas que têm por objetivo instrumentalizar a intervenção penal.

A sociedade, enquanto sistema formado pela composição ordenada de individualidades, costuma destinar atenção especial a uma crítica dos métodos de controle voltados ao equilíbrio de sua unidade. No percurso histórico em que se desenvolve a dinâmica das sociedades ocidentais, a adequação, a ponderação e a coexistência entre os interesses individuais e os coletivos, entre o ser individual e a estabilização comunitária, entre a autonomia e heteronomia social, na orientação do modo de produção do convívio social, compõem uma pauta fundamental, transversal ou integrante, das reflexões que, cientificamente, buscam caminhos a uma resposta penal social mais justa.

No percurso citado, o Estado, enquanto subsistema constituído pelos valores que lhe empresta a identidade social ao qual se integra, é tomado como um objeto relevante à valoração do controle. Pois, sem reduzir a importância das formas difusas de controle social, realizadas pela composição de microssistemas organizados por núcleos interindividuais moralizantes, como se destacam, por exemplo, os processos de socialização primária e a *posteriori*, a secundária, ainda é o Estado que constitui o sistema de controle social capaz de vincular os limites da relação entre os interesses da pessoa, em ser individual, e o estar cidadão.

É nesse contexto que o problema se expõe com a demanda que se impõe sobre as construções dogmáticas da teoria do delito, do causal-naturalista até o funcionalismo penal, para o desenvolvimento de uma construção capaz de amparar a autonomia equilibrando a necessidade de segurança jurídica com as demandas de um sistema penal funcional e valorativo, capaz de ampliar os espaços de liberdade, observando a justiça e a liberdade como postulados essenciais ao sistema social.

HIPÓTESE

Se a autonomia é a essência da fundamentalidade dos direitos fundamentais que orientam todo o sistema social, então ela deve ser privilegiada e incorporada na apreciação material do fato social formalmente proibido, superando os limites de rendimento contidos nas construções ontológico-dedutivo delito, como fenômeno capaz de adequar os espaços sociais de liberdade - limitando proibição penal não proporcional - às demandas de um Estado material de Direito.

JUSTIFICATIVA

As dinâmicas que se atrelam às interações intersubjetivas são inerentes à evolução histórica e cultural da sociedade. Delas se constroem necessidades humanas correlacionadas à disposição de novas estruturas para o gozo de direitos emergentes ou já consolidados. O Estado, como organização social voltada à satisfação do ser humano, e o Direito, como sistema voltado ao controle e manutenção de tal organização, devem acompanhar o processo evolutivo, modificativo.

Neste contexto, torna-se evidente a mutação gradativa da necessidade organizacional quanto à constituição do Estado, de liberal a pós-moderno, passando por estágios de abstenção na esfera individual, outros de maior intervenção, até o instante em que se exige a sua atuação complexa, para ser social democrático de direito e assegurar a oportunização de direitos sociais, coletivos e difusos, mas, sobretudo, consolidar garantias e liberdades voltadas ao indivíduo.

Assim, o presente projeto se justifica por ser atual, observando a sua originalidade através da investigação que recairá sobre o objeto da pesquisa, ou seja, na proposição de um critério dogmático que reduza a tensão entre segurança e

liberdade e, conseqüentemente, mais adequado à valoração da autonomia como fator que influi no espaço social de satisfação da liberdade.

Por sua vez, a relevância teórica e social ao campo de conhecimento se faz presente nesta pesquisa. Assim, compromete-se em oportunizar experiências e alternativas voltadas à satisfação e melhoria das construções na teoria do delito e, conseqüentemente, resultando numa proximidade com o plano prático através da consolidação de garantias à sociedade quanto à aplicação da lei penal.

Por fim, o presente projeto possui viabilidade executória, pois se fundamenta numa pesquisa que pretende analisar um objeto que se relaciona diretamente com o Direito Público, bem como possui um viés voltado à análise de circunstâncias transversais ao estudo do Consentimento do Ofendido no Direito Penal.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E REVISÃO DE LITERATURA

Lipovetsky analisa que a pós-modernidade foi um estágio de transição a uma era, hoje, caracterizada pelo *hipercapitalismo* e *hiperindividualismo*. Para o autor, a *hipermodernidade*¹⁰⁰ se caracteriza por uma mutação ideológica¹⁰¹ que afirma uma cultura que supera os valores da pós-modernidade no sistema social¹⁰², que agora requer um Estado de Direito material.

O sistema social que, como consequência do apogeu da individualidade, pugna por um sistema de controle social capaz de superar as demandas voltadas ao controle formal, sendo, igualmente, instrumento hábil à difusão da justiça e da liberdade e, conseqüentemente, de maior prestígio à autonomia. Robert Alexy analisa que as normas Direitos Fundamentais, dentre as quais se destacam às

100 Para o autor: "Por toda parte, as operações e os intercâmbios se aceleram; o tempo é escasso e se torna um problema, o qual se impõe no centro de novos conflitos sociais. Horário flexível, tempo livre, tempo dos jovens, tempo da terceira e da quarta idade: a hipermodernidade multiplicou as temporalidades divergentes" IN: LIPOVETSKY, Gilles. CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 58-59.

101 A progressiva reiteração de uma cultura através da ideologia, que constrói uma identidade, é progressivamente a consolida, através do potencial constitutivo presente nos instrumentos de controle social, dentre eles, no âmbito desse estudo, subleva-se o sistema jurídico e, especialmente, o sistema jurídico-penal. IN: RICOEUR, Paul. *Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação*. IN: Do Texto à Ação: Ensaios de Hermenêutica II. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉ.S. P. 233.

102 O sistema social constitui como uma unidade lógica que se vincula a uma ideia, a concepção conhecimentos diversos, bem como a comunhão de conhecimentos que seguem parâmetros concebidos por princípios próprios. IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 103.

condizentes ao exercício do direito à liberdade, possuem uma fundamentalidade perante todo sistema jurídico. Essa fundamentalidade decorre “da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador e o poder executivo” e materialmente “com eles são tomadas decisões básicas sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”¹⁰³.

Considerando, então, que a nossa Constituição estabelece um rol de direitos fundamentais com fundamento na proteção e desenvolvimento da liberdade, e que a liberdade é uma expressão da autonomia da pessoa, então, a autonomia é um dos fundamentos que, formal e materialmente, deve determinar o conteúdo das decisões que reflitam na estrutura do sistema social. A autonomia dos intervenientes num fato social, nesse sentido, deve ser considerada na determinação do espaço social de liberdade ou proibição no processo dogmático aferição do injusto penal, pois este processo é uma decisão essencial a todo sistema.

A abertura do sistema social ao prestígio à liberdade expõe uma tensão entre a autonomia e a ordem e unidade próprias do sistema penal. A tensão cresce quando, através da apreensão do ideal de liberdade e justiça, o sistema social direciona a uma majoração da importância da aferição da expressão da autonomia dos intervenientes no fato social proibido pelo sistema penal. Assim, há uma exigência na valoração da autonomia para determinar o conteúdo material da proibição, como resultado da compreensão de um Estado de Direito material contemporâneo¹⁰⁴, que tem como pilar fundamental a dignidade humana.

Sublevam-se, nesse sentido, a ponderação entre os valores de segurança e de liberdade ao sistema social contida na relevância entre o ontológico e o

103 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 520-522.

104 Nesse sentido, é importante evidenciar que a evolução da política criminal frente à dogmática penal propôs a superação dos programas típicos do Estado de Direito e do Estado Social para um Estado de Direito material contemporâneo que, segundo Jorge de Figueiredo Dias, é designado como: “Todo Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um. Não se trata, pois, tanto aqui de tomar qualquer posição na moderna controvérsia acerca da subsistência do Estado-providência ou do regresso a um Estado-liberal, quanto de caracterizar o Estado, fundamentalmente e na sua aceção social mais lata, como um *Estado de Justiça*.” IN: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 34.

axiológico, enquanto fundamento a orientar internamente as construções dogmáticas sobre a teoria do delito. Uma tensão que está presente do sistema clássico até as proposições ecléticas¹⁰⁵, dentre as quais se destacam os sistemas funcionalistas do delito. Nesse contexto, Santiago Mir Puig alerta a necessidade, num Estado Social e Democrático de Direito, do desenvolvimento de uma construção dogmática penal que se oriente com os fins político-criminais do sistema, possuindo a capacidade de superar as construções acrílicas e tecnocratas.¹⁰⁶ A construção dogmática sobre o delito deve, para além de garantir a segurança necessária na aplicação do direito penal, observar as necessidades da sociedade que representa, assim, deve buscar por soluções justas e adequadas às demandas concretas postas pelo sistema social, revelando-se como um sistema aberto, axiológico¹⁰⁷, capaz de desenvolver vieses que superem o fechamento axiomático decorrente de construções de outrora e possuam a capacidade de desenvolvimento e progressão em paralelo com a gradativa mutação histórica do sistema social.

Claus Roxin¹⁰⁸, Günther Jakobs¹⁰⁹, Bernd Schunemann¹¹⁰ e Luís Greco¹¹¹, sem pretensão exaustiva, são autores, que se apoiam numa perspectiva funcionalista do direito penal. Shunemann, nesse sentido, considera necessária uma

105 Jesús Maria Silva Sánchez denomina como ecléticas as correntes metodológicas que coexistem com o finalismo, sobretudo a orientação teleológica que surge com a obra de Claus Roxin. IN: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 367.

106 Segundo Santiago Mir Puig, existe uma dupla exigência à ciência global do Direito Penal: “a) de lege ferenda: una Política Criminal auténticamente política —y no sólo tecnocrática— que fije los objetivos que debe perseguir el Derecho penal, con la consiguiente apertura a su posibilidad de crítica; b) de lege lata: una Dogmática creadora esencialmente orientada en el sentido de las finalidades político-criminales de la ley, que constituya no sólo la superación de una Dogmática «ciega», de espaldas a la función práctica del Derecho penal, sino también la evitación de una Dogmática acrílica y puramente tecnocrática.” IN: MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 25.

107 “Assim se revela verdadeiramente o sistema jurídico-penal, antes de “cerrado”, um “sistema aberto”: um sistema que em cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da funcionalidade e da racionalidade do sistema, reclamam novas soluções.” IN: FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 40.

108 ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38. 2002.

109 JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

110 SCHÜNEMANN, Bernd. O Princípio de Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. Orgs. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

111 GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

dogmática que se ampare num sistema aberto, capaz de sustentar o desenvolvimento jurídico em uma ordem social historicamente mutável, obstando a solidificação do sistema do direito em uma identidade social passada. No entanto, analisa que, enquanto ciência, a dogmática penal deve observar a realidade natural da ação como objeto para desenvolver os valores superiores do sistema científico do direito penal. Para ele, a observação naturalística é necessária para definir os conceitos superiores dentro do sistema.¹¹²

Bustos Ramirez expõe a fragilidade de uma construção dogmática que se sustenta num axioma, que representa o significado subjetivo determinado pelo comportamento do homem como ser ético em sua individualidade.¹¹³ Importante ressaltar que Enrique Gimbernart Ordeig considera que a dogmática penal tem um futuro como método científico hábil a propiciar as condições de aprimoramento dos limites sociais à imposição estatal da punição.¹¹⁴ Nesse contexto, num Estado Social e Democrático de Direito, a dogmática penal passa a ser um instrumento importante para manutenção do controle punitivo dentro de limites estabelecidos diante de uma democracia material e, por isso, um pensamento penal mais progressivo, para além de determinação legal, deve ser aprimorado com um gradativo desenvolvimento que propiciará segurança quanto aos resultados obtidos por seus procedimentos.

Jescheck alerta que interpretações que propõem sistematizações com bases mais ortodoxas sobre a construção finalista acabam por desconsiderar o desvalor do resultado na concepção do injusto. Nesse sentido, expõe que Kaufmann e Struensee como seguidores do finalismo que postulam um procedimento mais

112 “En sí, la función de la ciencia del Derecho, como la de cualquier otra ciencia, consiste también en definir en términos operativos las elaboraciones teóricas de que se sirve en los más elevados niveles de abstracción del sistema; lo que implica recurrir a un lenguaje de observación («naturalístico»), y, de este modo, «desnormativizar»” IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Tecnos: Madrid, 1991 p. 48

113 “Su acentuación de la valoración del acto o la acción en la licitud provoca una tendencia hacia la elicización de la teoría del delito y también de cierta subjetivización, que impide considerar en su plenitud significativa el resultado y así se impide llegar a sostener que desde un punto de vista jurídico penal da lo mismo (que haya muerto o no un hombre, lo importante es sólo que se haya intentado malillo. Con lo cual evidentemente se provoca una distorsión de los valores sociales, en razón de una determinada posición moral sobre el comportamiento del hombre como ser ético individual.” IN: RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1994. p. 256.

114 “En un auténtico Estado social y de Derecho la dogmática es como hemos visto, un instrumento imprescindible para mantener el Derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica. La idea penal más progresiva y avanzada es, primero, sólo eso: una idea. Para realizarla es necesario formularla legalmente; esta formulación -y su interpretación- será á tanto más perfecta cuanto más desarrollado y seguro sea el aparato dogmático de que se dispone.” IN: ORDEIG, Gimbernart. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?* IN: Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Salamanca, 1971, págs. 109.

radical quanto à valoração negativa da ação final como fenômeno jurídico satisfatório à caracterização da tipicidade penal, desconsiderando o perigo de lesão ou a lesão ao bem, essência do resultado desvalorado, como elemento essencial à caracterização do injusto penal, sendo apenas uma condição objetiva de punibilidade.¹¹⁵

Winfried Hassemer e Francisco Munõz Conde, entretanto, alertam que a funcionalização traz o perigo de mitigação das garantias que são ínsitas a uma construção formalizada do conflito, a propósito da segurança que se oferece ao se adotar método que partem de um axioma para classificação das categorias no sistema.¹¹⁶

É necessário, assim, iniciar a construção de métodos que, sem relativizar os sistemas de garantias construídos sob a égide do Estado de Direito, possibilitem a aproximação do direito com a realidade social. Por isso, é importante observar um fundamento material para referenciar a normatização dos elementos do sistema jurídico-penal.

Cabe advertir que a normatização sem a vinculação político-criminal sólida, de fundo constitucional, transforma o sistema em uma mera tautologia.¹¹⁷ Os elementos do sistema jurídico-penal devem se funcionalizar com base num conteúdo de política criminal, observando a Constituição como um limite referencial máximo, criando categorias analíticas à imputação e, após, aplicar-se numa lógica tópica, caso a caso, respeitando as diferenças como um postulado de justiça¹¹⁸.

OBJETIVOS GERAL E ESPECÍFICOS

OBJETIVO GERAL

Considerando a sociedade enquanto um sistema, bem como o potencial de funcionalização dos instrumentos de controle social, sobretudo o sistema penal, na ampliação dos espaços de liberdade social através da promoção da autonomia.

¹¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 230.

¹¹⁶ HASSEMER, Winfried. MUNÕZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1989. p. 174.

¹¹⁷ SILVA SÁNCEZ, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1992. p. 370.

¹¹⁸ GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo Direito Pena”. p. 08.

O projeto tem o objetivo de analisar e propor, considerando as bases postas pelas construções dogmáticas da teoria do delito, fundamentos que orientem critérios dogmáticos que possibilitem maior adequação ao prestígio da autonomia e, conseqüentemente, ampliando os espaços de liberdade, no entanto, sem desconsiderar a justiça e a segurança enquanto valores essenciais ao sistema social. Nesse contexto, a base lógica da estrutura do delito desenvolvida pelas construções ontológico-dedutivas é a referência inicial a uma posterior incidência da valoração do comportamento humano, socialmente significativo, para determinação do injusto penal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Analisar a viabilidade da inserção da teoria dos sistemas em âmbito social, com referência nos estudos de Claus Cannaris;
- b) Observar a autonomia como a essência do conteúdo dos princípios e postulados fundamentais do sistema social;
- c) Analisar os aspectos ideológicos que caracterizam a sociedade hipermoderna, com referência em Gilles Lipovetsky, e Charles, Sébastien, e a adequação dessa ideologia com a postura de Jorge de Figueiredo Dias denomina de Estado de Direito material;
- d) Analisar os fundamentos, métodos e procedimentos inerentes às construções ontológico-dedutivas do delito, sobretudo o finalismo penal, com os estudos de Hanz Welzel, considerando o método disposto para apreciar o comportamento do titular do bem jurídico-penal como fenômeno de recuo da responsabilidade penal;
- e) Analisar os fundamentos, métodos e procedimentos inerentes às construções axiológico-normativas do delito, especialmente as propostas de Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd Schunemann e Cândio Meliá, considerando o método disposto para apreciar o comportamento do titular do bem jurídico-penal como fenômeno de recuo da responsabilidade penal;
- f) Orientar, através de um método axiológico-social, o fundamento para agregar um procedimento capaz de dar respostas jurídico-penais com a segurança, inerente à determinação de um significado na essência das coisas, e a justiça, ideal que fundamenta o viés teleológico das propostas que pugnam pela funcionalização do direito penal.

CRONOGRAMA

Atividade	SEMESTRE																							
	2016.1						2016.2						2017.1						2017.2					
	Meses																							
	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12		
Levantamento bibliográfico	x	x	x	x	x	x																		
Leitura e documentação		x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x							
Tabulação dos dados								x	x	x	x	x	x	x	x	x	x							
Redação da dissertação											x	x	x	x	x	x	x	x	x					
Revisão																			x	x				
Depósito da dissertação																				x	x			
Apresentação																						x		

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACON, Francis. *Novum Organum: Ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. Minas Gerais: Virtual Books on line. IN: http://www.4shared.com/document/Hdn3wwOC/Francis_Bacon_-_Novum_Organum.html. Acesso em 20 de março de 2014. P. 07-10.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Como Escrever um Projeto de Pesquisa*. IN: PAMPLONA FILHO, Rodolfo. CERQUEIRA, Nilson. SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de. Coords. *Metodologia da Pesquisa em Direito*. Volume I. Salvador: [s.n.], 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução: Enrico Corvisieri. Edição virtual. IN: http://www.4shared.com/document/bFSU9nww/Descartes_-_discurso_do_metodo.html. Acesso em 19 de março de 2014. P. 04.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo no Direito Pena”

GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) *Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 2ª ed., rev., ampl., atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HASSEMER, Winfried. MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002

LIPOVETSKY, Gilles. CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2015.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994

ORDEIG, Gimbernat. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?* IN: Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Salamanca, 1971

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 3ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RICOEUR, Paul. *Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação*. IN: Do Texto à Ação: Ensaios de Hermenêutica II. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉ.S.

ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38. 2002

SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenador: Luíz Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Princípio de Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. Orgs. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22ªed., rev., ampl. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1992.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Um discurso sobre as Ciências*. IN:http://www.4Shared.com/office/flhWKiq-/boaventura_de_sousa_santos_-_u.htm?locale=pt-BR. Acesso 10 de junho de 2014. P. 02.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

PROJETO DE TRABALHO

TÍTULO DO PROJETO DE TRABALHO

Autonomia e a permissividade penal da relação médica assentida.

APRESENTAÇÃO

São complexas as demandas resultantes da necessidade de desenvolvimento das bases relacionais que atribuem identidade à sociedade contemporânea. Dentre tais, apresenta-se, no controle social realizado através do direito penal, a busca do fundamento dogmático-penal da permissividade social das relações médicas assentidas, que são assumidas como úteis e necessárias na sociedade contemporânea. Como proposta central, apresenta-se a análise da transformação histórico-social da relação estabelecida entre médico e paciente, até o período atual, orientado pela impessoalidade e a compreensão desse período social na dogmática penal, ressaltando as respostas dadas através da crítica dos elementos da tipicidade e da ilicitude em âmbito penal.

Palavras-chave: Intervenção médica, transformação social, controle social do direito penal.

PROBLEMA

As transformações tecnológicas, científicas e econômicas operaram profundas transformações sociais dentre as quais um individualismo exacerbado, algumas vezes travestido de autonomia. Legitimadas pelo que entendem ser um poder de realização da própria singularidade, as pessoas centram-se em si mesmas, e tendem à exaltação do eu e à conseqüente dissolução da figura do outro. A globalização opera uma aproximação apenas virtual, assim como a crescente dependência do outro, própria das sociedades complexas, o que gera o contato impessoal, reservado e frio.

Cabe ao direito intermediar as relações, procurando estabelecer vias de comunicação comuns e seguras que reflitam interesses e valores do grupo. Como

instrumento essencial disposto para esse intermédio, o sistema jurídico-penal não está alheio a essa compreensão. A sustentação do direito penal e, conseqüentemente, as construções dogmáticas sobre a teoria do delito, se estabelecem a partir da valoração dos fenômenos vividos no sistema social. Busca, nessa sustentação, a construção de um sistema normativo, que possa ser valorativo, mas que não se afaste da compreensão da realidade ontológica, da compreensão do mundo vivido, ou seja, pretende-se que o dever ser possua fundamento inicial na existência do ser.

Esse desafio carrega em seu conteúdo a busca pela legitimidade do controle penal na sociedade que se pretende ordenada. Isto não ocorre, porém sem tropeços e frustrações em razão das múltiplas expectativas pessoais e da constante contingência da atualidade.

É nessa relação de conjunção, entre o signo ontológico e a construção normativa, que a posição do médico e a forma como se estabelecem suas relações com os pacientes, merece apreciação pelo direito penal. Profissional hoje à espera de rostos anônimos, ele próprio um desconhecido, passa a ter sua atividade regulada, nessa circunstância, em face de múltiplas situações. Afinal, em sociedades individualistas a confiança no outro se estabelece prioritariamente através de instrumentos formais, uma vez que há dificuldades em olhar e reconhecer o outro como uma extensão de todo *eu*.

Tais considerações não são estranhas ao direito, mas ao contrário determinam sua orientação com vistas a proceder aos ajustes indispensáveis para responder ao desejo e às necessidades da coletividade de forma justa e eficaz. É nesse sentido que as interações humanas que constituem os fatos sociais, em que se incluem as relações médicas e seus procedimentos, bem como a sua necessidade e adequação a uma comunidade, são assimilados e protegidos pelo sistema normativo.

A proposta desse trabalho consiste, exatamente, em desvelar a forma como têm ocorrido essas transformações no que diz respeito à legitimação da atividade médica no direito penal moderno, considerando duas variáveis: a dificuldade em cumprir os ideais de “liberdade, fraternidade e igualdade” e a evolução da própria atividade em direção à profissionalização, ao prestígio e à posterior desconfiança, sob o olhar da norma penal.

A materialização dessa proposta passa pelo estudo de institutos da dogmática penal, especialmente das construções dogmáticas na teoria do delito. O que se pretende é expor e criticar os diversos fundamentos dados pela teoria do delito para permissividade jurídica da relação médica.

Esse caminhar passa pela análise da estrutura das construções que consideram a relação médica juridicamente justificada pelo estado de necessidade e pelo exercício regular de direito, continua até as construções hipermodernas, funcionalistas, que, com base na extensão da compreensão da autonomia do paciente, consideram atípicas as relações médicas objetivamente assentidas.

O direito penal, dessa forma, parece ter seguido um curso paralelo ao desenvolvimento social, acompanhando a mutação do modo como se estabelece a relação ente médico e paciente. Assim ações que eram anteriormente socialmente aceitas porque tinham como fim a cura ou o tratamento, passaram a exigir indagações sobre a possibilidade de a conduta terapêutica apresentar tipicidade ou vir a ser justificadas pelo direito.

JUSTIFICATIVA

Nesse cenário, nada mais natural, portanto que a intervenção médica fosse considerada como exercício regular de um direito ou como estado de necessidade, excludentes de ilicitude objetivas, em nome das quais era possível justificar a invasão à integridade física de outrem.

Autores nacionais detêm-se, ainda hoje, nesta reflexão. Nelson Hungria (1983) lembra que o instituto já era previsto no direito romano e também no direito canônico, embora não constituísse uma regra geral. Em certas situações, porém aquele que exercia o próprio direito, não praticava crime. O Código de 1940 incluiu expressamente o exercício regular de um direito entre as causas que excluía a ilicitude do fato. Aí, se situavam, conforme o autor, o exercício normal de uma profissão legalmente consentida, a exemplo das exercidas pelo médico ou pelo enfermeiro que efetuasse a extração de sangue e a lesão corporal resultante de cirurgia indicada conforme a arte médica.

O fato de não se conferir relevância à vontade do sujeito para legitimação das intervenções corresponde a várias razões, podendo-se de logo lembrar que a relação médico/paciente há muitos séculos vinha se baseando em uma concepção

de medicina paternalista própria da tradição hipocrática. Esse modelo era fundado na ideia de superioridade técnica e também moral do médico diante do paciente, segundo a qual, este profissional era investido de uma autoridade de Esculápio, podendo por isto mesmo decidir autonomamente sobre o melhor procedimento para cada doente. A própria origem da palavra *enfermo* (do latim *infirmus* - pessoa débil, sem firmeza, força física ou espiritual) já sugere um vínculo fundado na autoridade de uma das partes para comandar os rumos da relação, no caso, o processo terapêutico a ser desenvolvido. Assim, pessoas pensadas como sendo destituídas de singularidade, teriam todas, o mesmo terror diante da morte e do esvanecimento de sua existência. A figura do médico guardaria, como ainda guarda, uma oportunidade de protelação do fim nunca desejado, independentemente das perspectivas e valores de cada sujeito.

O exercício de direito permite que este profissional, sob tal ótica, mais que um direito, exercite um dever, o de pacificar as dores e temores de seu paciente. No plano jurídico penal, isto ocorre sempre que o médico atua de forma regular e segundo as leis da medicina. Justificada sua intervenção, lesões reais ou aparentes que possam resultar das práticas médico-cirúrgicas deixam de ser incriminadas porque, como bem explica Bruno, (1966, p.13) trata-se de atividade regulada pelo estado, o qual estimula e fiscaliza seu exercício e que comporta riscos naturais. Transportando o raciocínio para o âmbito da imputação objetiva, poder-se-ia falar em risco permitido pelo estado.

Não se pode afirmar que o princípio da autonomia, embora sem o protagonismo que tem hoje, tenha sido totalmente ignorado ou desconhecido. Nelson Hungria (1983, p. 250) e Aníbal Bruno (1966, p.14) ressalvam que o exercício do direito só pode ser considerado *regular* quando há consentimento do paciente, embora este não fundamente a licitude da intervenção. Tal princípio era, então, obscurecido, pelo importante papel social do médico e pela influência de outros princípios de orientação paternalista, como o da beneficência, segundo o qual o bem do paciente deveria sempre ser buscado pelo médico, ainda que contra sua vontade. Segundo Galán Cortés ((2001, p. 260), este princípio pode ser mais bem expresso da seguinte forma: tudo pelo enfermo, mas sem o enfermo, ou seja, sem que a pessoa participe das escolhas e delas tenha conhecimento. Por outro lado, há,

ainda hoje, resquícios de paternalismo, com a prática do paternalismo débil¹⁹, por exemplo, o qual no cenário em que é recrutado não deve ser considerado como violador da autonomia e dignidade.

O estado de necessidade tão pouco era desconsiderado, mas tinha um papel subsidiário na justificação das intervenções médicas. Hoje, ainda é invocado para conferir juridicidade a determinados tipos de intervenção como se verá, mas apenas quando e nos sistemas jurídicos nos quais o consentimento ainda não é hegemônico.

As visões coletivistas, voltada para os interesses sociais e comunitários, argumentavam, então, que há interesse do Estado na cura de doenças e que tal interesse deve preponderar sobre a liberdade dos doentes. Alguns, como Hahn (Hungria, 1982, p191, chegavam mesmo a tratar da necessidade do individuo preservar sua saúde e curar-se de enfermidades em benefício da comunidade.

Haveria, portanto, nesses casos, uma ponderação de interesses, quais sejam, a vontade do paciente e o bem comum, entendendo-se como tal sua saúde.. Naturalmente, este sobrevalia ao primeiro como valor mais precioso.

São valiosas as palavras de autores do inicio do século passado para justificar o desprezo pela autonomia do individuo e a recorrência ao estado de necessidade como figura de legitimação da intervenção médica não deseja ou não autorizada. Ricardo Royo afirmava que o enfermo ignora costumeiramente o que deve ser feito em seu benefício e que apenas o médico pode tomar a decisão correta. Louis Faure, no mesmo sentido, dizia que o médico não pode hesitar quando a intervenção é urgente e assim deve proceder, mesmo contra a vontade do paciente (apud Nelson Hungria, 1982, p.174).

No direito brasileiro, ainda é o estado de necessidade que justifica o constrangimento exercido para intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por perigo iminente. É Hungria (1982, p.192), ainda o comentador mais preciso sobre o tema

³ Entende-se como paternalismo débil a proibição de cirurgias mutiladoras e exóticas e o chamado privilégio terapêutico existente na legislação espanhola, na francesa e acatado pelos tribunais suíços segundo o qual um paciente pode deixar de ser informado sobre sua doença quando esse consentimento possa lhe causa, segundo o profissional médico, perturbação psíquica relevante, podendo mesmo comprometer o sucesso da intervenção. Vide para maiores informações ANDRADE, Manoel da Costa. Direito penal médico: SIDA Testes arbitrários confidencialidade e arbitrariedade e segredo. Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008. p. 120 -130.

no Brasil, quem ressalva os requisitos para que se afaste a incriminação da conduta, quais sejam, iminente perigo de vida (um perigo próximo e certo) que pode ser arrostado pela intervenção, evitando a morte do paciente. Não basta, como lembra o autor, uma possibilidade mediata de morte em razão de possíveis complicações, é preciso que ela se mostre como um desdobramento próximo do quadro do paciente.

A excludente persiste hoje, mesmo em face do artigo 15 do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que dispõe que ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Isto ocorre porque o direito penal brasileiro não dispõe da figura do consentimento presumido, como causa capaz de afastar a ilicitude nos casos em que o médico interfere com base na vontade hipotética do paciente face à intervenção, quando não é possível obter ou esperar pela possibilidade de sua obtenção.

Manoel da Costa Andrade (2004, p. 112-113) trata de outras situações de sobrevivência e admissão do estado de necessidade no direito contemporâneo, desde que examinado com as devidas cautelas, a exemplo da coleta de sangue arbitrária em reclusos e pacientes suspeitos de serem portadores de AIDS quando a vida de médicos e profissionais de saúde pode vir a ser afetada pelo contato direto sem as cautelas usuais na situação. Nesses casos, porém adverte que o direito de necessidade deve aparecer sob a forma e o regime de direito de necessidade defensivo porque o perigo a ser ultrapassado “emana da esfera jurídica do titular dos interesses a sacrificar”.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E REVISÃO DE LITERATURA

A teoria de Welzel (2011) sobre a adequação social das ações é um ponto de aproximação interessante para interpretação da atuação do médico. Segundo o autor, as ações realizadas dentro dos marcos da vida social e comunitária, apesar de aparentarem tipicidade, não realizam o tipo, mesmo que possam acarretar perigo para a vida social porque se realizem no âmbito da ordem ético-social da vida do grupo. Os tipos, no seu entendimento, (2001, p.58), revelam a natureza social e ao mesmo tempo histórica do direito e, assim sendo, não se pode tomar, isoladamente, a lesão ao bem jurídico como a essência do delito. Segundo Jungen Baumann (1973, p. 158), nesse sentido, em alguns tipos, o número de condutas conforme o

direito que apresentam tipicidade é maior que o das realizações antijurídicas do tipo. O que faz Welzel não é antecipar o juízo de ilicitude, mas, sim, tratar no âmbito do próprio tipo, de ações que não o constituem, dele retirando aquelas que não são uma ofensa grave aos valores sociais. O tratamento de saúde é incluído nessa perspectiva e não podendo ser considerado lesão corporal porque corresponde a um interesse comunitário.

Apesar da adequada interpretação do fato à luz do direito, não se considerou a teoria como sendo completa e segura. (Jescheck, 1993, p. 229) diz que a ideia de adequação social é recrutada sem necessidade para restrição do tipo porque é um critério inseguro quando há regras de exegese mais confiáveis. Conclui, esclarecendo que um tipo apenas não se realiza quando lhe falta um conteúdo típico do injusto. De fato, essa é uma questão que pesa sobre a teoria, provocando alguma dificuldade na distinção das causas de exclusão da antijuridicidade e aquelas que suprimiriam o próprio tipo.

A ideia de que a atividade médica não constitui sequer tipo penal persiste, em outros autores, porém por distintas razões. Cerezo Mir (2007, p.742-743) compreende que, mediante uma interpretação teleológico-restritiva e sendo a intervenção médica bem sucedida, não se deve falar em delito de lesões à integridade corporal. Adverte, também que, mesmo havendo um resultado desfavorável, mas sendo ação permitida pelo paciente e agindo o médico com a vontade de curar, faltará o dolo de lesões e, portanto, tipicidade. O autor espanhol recusa, até mesmo, a hipótese de dolo eventual na conduta do facultativo.

É importante, nessa altura do trabalho, que se refira qual o tipo ou tipos penais que podem vir a ser realizados por ação do médico. Manoel da Costa Andrade (2008, p.70) fala em lesão corporal da qual tem uma ideia alargada, entendendo-a como sendo “toda invasão da integridade física: desde a extração de partes e substâncias e a inoculação de substâncias, até a intromissão no corpo para além das fronteiras delimitadas pela pele pelos músculos” Por óbvio, nem toda intervenção médica ilícita resulta em lesão, nem mesmo nesse sentido amplo. Por isto, alguns países, a exemplo de Portugal e Áustria, dispõem de um delito autônomo para punir o tratamento médico-cirúrgico quando arbitrário. Reserva-se, segundo o mesmo autor, a incriminação da conduta como lesão quando a intervenção não é feita no interesse do paciente. Cerezo Mir (2007 p.743) oferece

exemplos que permitem identificar as situações nas quais se podem caracterizar as ofensas corporais. Aponta os transplantes de órgãos, as transfusões de sangue já que não têm como objetivo curar ao doador. Na mesma categoria insere as cirurgias estéticas. O consentimento como causa de justificação é invocado nesses casos para excluir a antijuridicidade do fato.

Hungria (1982, p. 173-174) convoca autores alemães de seu tempo para distinguir os delitos de acordo com o tipo de abordagem terapêutica, se tratamento arbitrário, delito contra a liberdade, se intervenção cirúrgica, lesão corporal. A fórmula, todavia já não atende à realidade contemporânea, na qual, muitos tratamentos são realizados através de exames invasivos.

Privilegiando um maior espaço social ao exercício da liberdade, em nome do respeito à autonomia e ao ideal de um Estado de Direito material (FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 34), as construções funcionalistas observam critérios normativos para determinar a atipicidade do comportamento humano materialmente não lesivo. Partem, assim, de um conceito normativo de bem jurídico, considerado enquanto um valor essencial a toda comunidade e estabelecem que conduta punível é aquela que gera lesão ou perigo de lesão a tal bem.

Com essa postura metodológica, a construção funcionalista utiliza o princípio do risco como filtro para determinar a tipicidade objetiva do fato social. Aqui, no âmbito da tipicidade, o que se propõe é uma funcionalização e valoração dos institutos segundo a política criminal de um Estado democrático de Direito (GRECO, 2000, p. 08).

O que propõe, então, é que no âmbito do tipo objetivo se analise se o comportamento foi capaz de criar ou aumentar um risco juridicamente relevante que se materializou em um resultado ao bem jurídico, dentro do alcance do tipo (MELIÁ, 19--, p. 23). Nesse processo, o comportamento do médico e do paciente, numa intervenção cirúrgica, ainda que ausente a manifestação expressa de vontade do paciente, é tomado como um critério objetivo para determinar a tipicidade ou não da conduta.

Assim, a construção pretende tornar atípica a intervenção médica realizada nos limites da *lex artis*, mas não seria, *a priori*, por respeito à finalidade da arte médica, que no âmbito do cuidado com o outro, do concidadão, reforçaria os laços de cidadania e solidariedade, valores essenciais a uma sociedade que se quer

observar enquanto comunidade. O que a construção funcionalista postula é, ainda que inexistente a manifestação subjetiva da vontade, orientar o juízo de tipicidade pela análise objetiva do comportamento dos intervenientes no fato social com o intuito de ampliar os espaços de liberdade.

A proposta funcionalista vincula-se a um panorama hipermoderno, com a majoração da individualidade e do afastamento do Estado das demandas de viés pessoal (LIPOVETSKY, 2004, p. 58-59). A legitimidade da intervenção penal, assim, é aferida pelo potencial de estabelecer os espaços materialmente proibidos apenas quando imprescindíveis à manutenção do sistema social ou para proteção última do bem jurídico. O procedimento busca exaltar o espaço existencial da autonomia, mas, igualmente, ampliando a solidão e a indiferença do Estado com as demandas comunitárias e da sociedade com o outro. Ou seja, a um tempo, há uma inegável maximização da autonomia e liberdade que, a seu turno, produz a falta de comprometimento dos indivíduos e quebra da coesão do grupo. Como diz Zygmunt Baumann (2003), não existe segurança sem liberdade, mas a liberdade sem segurança gera o caos. Ademais, a sociedade de massa interrompe o vínculo pessoal médico-enfermo, passando os serviços de saúde, como os demais, a serem usados em larga escala. Sendo os laços, frágeis e volúveis, as relações médico paciente só ganham a consistência necessária através de intrincadas regulações jurídicas, fazendo com que a racionalidade formal prevalece sobre o respeito à alteridade.

Para se proteger de intervenções não desejadas, pacientes se organizam em associações, fazem aprovar leis de proteção a sua autodeterminação, passando a ostentar o direito de recusar a ação do médico ainda que necessária para sua cura ou menor sofrimento.

A dogmática deste cenário segue uma orientação liberal, com foco na ampliação da liberdade dos atores do fato social. Trata-se de mais uma manifestação do Estado liberal que se retrai e faz repousar sobre o cidadão maiores responsabilidades para as quais, muitas vezes, sequer está preparado.

Nesse contexto, possui especial relevo a concepção monista do consentimento do ofendido que se assenta em um conceito normativo de bem. Parte da compreensão do consentimento como uma forma de expressão da livre fruição de

bens jurídicos, finalidade do direito penal, que revela o desenvolvimento da personalidade da pessoa que consente (ROXIN, 1997, p. 514).

Por esse caminho, o consentimento expresso do paciente numa cirurgia, por exemplo, seria capaz de fundamentar a atipicidade do comportamento médico pela ausência de lesão ao bem jurídico-penal integridade físico-corporal, uma vez que a lesão consentida inerente à intervenção recai sobre o corpo do paciente enquanto um objeto material, e não sobre o bem jurídico integridade física, valor atribuído pelo sistema jurídico a tal objeto. stinta daquela de Cerezo Mir, já assinalada.

Nesse sentido, para existência de lesão ao bem jurídico é preciso que ocorra, para além da deterioração do objeto do crime, uma violação ao valor que o sistema jurídico atribui ao objeto material, que no Estado democrático de Direito, seria a livre disposição pessoal de bens. A conduta penalmente típica passa a depender de uma ação contra vontade do titular do bem (ROXIN, 1997, p.518).

Considerando a ausência de conflito entre a conduta ontologicamente lesiva do médico e a vontade expressa do paciente, a teoria monista observa que o assentimento – acordo e consentimento – são manifestações do titular do bem que atuam como causa de exclusão da tipicidade, pois a liberdade de ação de quem consente é o fundamento para exclusão do tipo penal, independente do dissenso do ofendido integrar ou não o conteúdo formal do tipo penal.

Assim, se o bem jurídico-penal é um valor, para existência da tipicidade material é preciso que exista a lesão a tal valor, o que não ocorre nas relações médicas consentidas, pois o risco ou o dano ao objeto material não é capaz de ensejar a tipicidade da conduta pela ausência de lesividade, não há o desvalor do resultado.

Alejandro Alagia, (1999, p. 03) sob uma orientação monista, defende que, no caso de ponderação de bens que observa o consentimento como causa de exclusão da ilicitude penal, é o próprio Estado quem define o que é contrário ou não ao bem estar do portador do bem jurídico, demonstrando, assim, o paternalismo penal na solução do consentimento como causa de justificação estabelecida com um juízo de ponderação entre a liberdade individual e o interesse da sociedade.

Nesse sentido, o consentimento como causa de justificação resulta na contradição entre o sentido e a função da categoria da antijuridicidade. A questão é que, no âmbito da antijuridicidade deveria se aferir a tensão entre o conflito social,

através da violação da proibição contida nos tipos, e permissão normativa, sendo incoerente perquirir a ilicitude de uma intervenção médica consentida, por exemplo, uma vez que nesses casos, a relação entre médico e paciente, não chega a ingressar no espaço material de proibição penal.

Apesar de adotar um conceito normativo de bem jurídico para fundamentar a atipicidade das relações médicas consentidas, o viés funcionalista adotado por Roxin tem limite no potencial de disposição da vida. Nesse ponto, o consentimento não se vincula ao conceito normativo de bem jurídico, uma vez que a vida é considerada um bem de valor intangível pelo autor, o que justifica a sua *tabuização*¹²⁰ (ROXIN, 1997, p. 529). Ainda é preciso destacar que, apesar do caráter liberal atribuído ao bem jurídico, Roxin considera que o consentimento que recai sobre as intervenções médicas na integridade física devem respeitar a cláusula dos bons costumes, inscrita no art. 228 do StGb.

A construção não considera as adversidades postas na relação médica e que dificultam a expressão do consentimento como conteúdo da vontade do titular do bem, exaltando a autonomia. Própria de pais central europeu, no qual são amplas as oportunidades de acesso ao desenvolvimento e ao conhecimento, ignora vulnerabilidades típicas de países em desenvolvimento.

A teoria do risco e o risco permitido coligam a análise do fato social perigoso, mas necessário ao sistema social, como critério a ser aferido no juízo de tipicidade penal. Os limites do comportamento proibido - que cria um perigo ou amplia um risco já existente, em abstrato - decorre de construção legal de um núcleo de proibição após um juízo de proporcionalidade entre a liberdade do comportamento arriscado e a necessidade de manutenção de condições seguras à conservação dos bens jurídicos.

As intervenções médicas que têm maior potencial invasivo sobre o corpo do paciente possuem em sua essência um risco ao bem jurídico integridade física. O risco, no entanto, exercido dentro de determinados limites é necessário e adequado ao modo de viver da pessoa em sociedade. Por isso, a relação arriscada não se

¹²⁰ Nota explicativa: Segundo Roxin, a vida é um bem jurídico individual indisponível, que torna o consentimento totalmente ineficaz. Fundamenta a indisponibilidade na impossibilidade de irrevogabilidade do consentimento, ou de reparação dos efeitos do mesmo em caso de vícios na manifestação do titular do bem, sendo que a indisponibilidade é uma forma de proteção do titular do bem, até de suas próprias ações; considera, igualmente, que devem ser criados tabus sobre a indisponibilidade da vida, que é um bem supremo.

transforma em penalmente perigosa, se realizada conforme a *lex artis*, ela é objetivamente atípica porque dentro dos limites do risco juridicamente permitido.

Ainda no âmbito funcionalista, a partir da construção de Günther Jakobs, é possível observar o programa penal de intervenção sobre as relações médicas a partir dos sistemas de expectativas inerentes aos papéis sociais. A apreensão das circunstâncias presentes nas relações médicas pelas construções dogmáticas da teoria do delito faz surgir propostas de imputação que orientam a resposta penal a partir da compreensão sistêmica do fato social (JAKOBS, 2000, p. 34).

Jakobs (1995, p. 294) orienta que existem bens, mediatamente protegidos pelo direito penal, que assumem uma relação direta com a fruição da liberdade pessoal em fatos sociais específicos, são chamados de bens intercambiáveis. Nesse caso, o consentimento sobre o fato que qualifica o intercâmbio do bem, não gera uma defraudação de expectativas normativas pelo comportamento assentido do agente, indicando a atipicidade da conduta.

Os tipos penais, no entanto, também protegem expectativas normativas sobre a garantia de condições sociais que não representam uma proteção direta à autonomia e, por isso, não possuem a função de intercâmbio, ou seja, meio de desenvolvimento da personalidade. Nesse caso, a vontade do indivíduo não se sobrepõe ao interesse da sociedade quanto à proteção do bem, existindo a tipicidade ainda que a conduta do médico esteja em consonância com a expressão da vontade de quem se submete à intervenção clínica.

Em todo caso, o programa dogmático do consentimento nas relações médicas não se apoia apenas na aferição da expressão subjetiva que decorre da permissão da vítima, mas, igualmente, através do significado que se extrai do contexto em que se deu tal permissão. Jakobs (1995, p. 295) cita, como exemplo, que a retirada de um rim, consentida pelo doador, por um médico, para realizar um transplante, é diferente de uma doação de sangue. Nesta, teríamos o bem como forma de intercâmbio da liberdade do titular do bem e o consentimento exclui a tipicidade, naquela, há uma violação das expectativas normativas, mas tal violação através da intervenção médica consentida se justifica pela ponderação entre interesses positivamente significativos ao sistema social.

É o caso concreto em que se expressa o consentimento que determina a existência da defraudação de expectativas normativas pelo agente e,

consequentemente, a tipicidade da conduta da conduta. Assim, pode se operar o consentimento excludente do tipo ou justificante com referência ao mesmo tipo penal, dependerá do contexto fático e das expectativas da sociedade na preservação do bem.

Ampliar o espaço social de liberdade não deve se confundir com desconsiderar a vulnerabilização do paciente na relação médica. O conhecimento médico especializado, a dificuldade na interpretação dos termos técnicos, bem como a instabilidade psíquica do paciente enfermo são circunstâncias que se colocam como pontos de parada e reflexão para adoção do consentimento ou do comportamento objetivo dos envolvidos na relação como critérios que, ao nível da tipicidade, dariam permissividade à conduta médica.

OBJETIVOS GERAL E ESPECÍFICOS

OBJETIVO GERAL

Analisar a transformação histórico-social da relação estabelecida entre médico e paciente, até o período atual, orientado pela impessoalidade e a compreensão desse período social na dogmática penal, ressaltando as respostas dadas através da crítica dos elementos da tipicidade e da ilicitude em âmbito penal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Analisar a autonomia dos intervenientes na relação médica como fenômeno capaz de orientar o âmbito de tutela da norma penal;

- b) Observar os caracteres que orientam a transformação da identidade cultural pós-moderna, como as transformações tecnológicas, científicas e econômicas que operaram profundas transformações sociais, influenciando na mutação das relações entre médicos e pacientes na contemporaneidade;

- c) Criticar o equilíbrio do sistema de controle social institucionalizado através do direito penal como instrumento capaz de adequar o respeito à autonomia e a proteção, através da solidariedade, dos bens jurídicos essenciais à vida em comunidade.

CRONOGRAMA

Atividade	SEMESTRE																							
	2016.1						2016.2						2017.1						2017.2					
	Meses																							
	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12		
Levantamento bibliográfico	x	x	x	x	x	x																		
Leitura e documentação		x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x							
Tabulação dos dados								x	x	x	x	x	x	x	x	x	x							
Redação da dissertação											x	x	x	x	x	x	x	x	x					
Revisão																			x	x				
Depósito da dissertação																				x	x			
Apresentação																						x		

REFERÊNCIAS

- ALAGIA, Alejandro. *El Consentimiento em la Dogmática Penal*. In: “*Nueva Doctrina Penal*”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1999/B, Sección Universidad.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 14, p.117-147, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar.
- BAUMANN, Jungen. *Derecho penal, Conceptos fundamentales y sistema*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v1, t.2, p.12.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- Cerezo Mir. *Derecho Penal Parte General. Obras Completas Vol. 1* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima: ARA Editores, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado* Ed. Civitas, Madrid, 2001. p. 260.

GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. In: I Congresso de Direito Penal e Criminologia, nº 1, 2000, Salvador, UFBA. *Comunicações Científicas* (Painel).

GUÉREZ TRICARICO, Pablo. *Presupuestos de la licitud jurídico-penal Del tratamiento médico curativo: El papel del consentimiento del paciente*. Tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma de Madri, 2011. Disponível em: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/6953> Acesso em: 12 jan. 2016.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v.1, tomo II 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983 250-251.⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v1, t.1, p.105. ¹ ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. IV, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982 p. 174.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*.v.. IV, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

Idem p. 13 BRUNO, Aníbal. *Direito penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK Hans-Heinrich. *Tratado de derecho pénal* (Parte general), Granada: Comares, 1993.

LEFÉVE, Céline. La philosophie du soin » .Em: *La Matière et l'esprit*, nº 4 Médecine et philosophie (dir. D. Lecourt), Université de Mons-Hainaut, avril 2006, p. 25-34.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MACDOUGAL Heather, LANGLEY, G. Ross M *.L'éthique Médicale D'hier, 'aujourd'hui et de Demain*. Disponível em: <http://www.royalcollege.ca/rcsite/bioethics/primers/medical-ethics-past-present-future-f> .Acesso em: 24 de abril 2016.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. 1ª reimpressão. Mendoza: Cuyo, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

Welzel, Hans.. *O novo sistema penal*. Tradução prefácio e notas de Luis Regis Prado, São Paulo: RT, 2001.