XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

TULIO LIMA VIANNA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Marilia Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-080-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Criminologia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação que apresentamos a coletânea de artigos discutidos no Grupo de Trabalho "Criminologias e Política Criminal", realizado durante o XXIV Congresso do CONPEDI, em Belo Horizonte.

Depois de dois anos de início de nossos trabalhos, podemos dizer que as discussões criminológicas têm ganhado cada vez mais espaço. Discutir as relações do crime com as liberdades, especialmente no que diz respeito às interdições realizadas pelo sistema penal, é agenda fundamental em uma sociedade cada vez mais marcada por controles.

Temos aqui um conjunto heterogêneo, mas bastante significativo, da produção criminológica nacional. Desde artigos vinculados às rearticulações dos realismo de esquerda com a segurança pública até aproximações com as perspectivas radicais/libertárias.

Em um espaço de discussão privilegiado e democrático, como é o CONPEDI, cremos ser fundamental o aprofundamento e a continuidade dessas discussões. Não seria possível alcançar esse objetivo sem a colaboração do Professor Nestor Eduardo Araruna Santiago e, especialmente, na edição ora apresentada, do Professor Álvaro Oxley da Rocha que, com maestria, auxiliou na coordenação dos trabalhos.

É com esse espírito efetivamente democrático, marcado pela solidariedade e pela seriedade acadêmica, que seguiremos em frente. Desejamos a todos ótima leitura.

Gustavo Noronha de Ávila

Marília Montenegro Pessoa de Mello

Túlio Vianna

PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL, AUTONOMIA E VULNERABILIDADE: CRITÉRIOS DE LEGITIMAÇÃO DE INTERVENÇÕES PATERNALISTAS SOBRE A AUTONOMIA INDIVIDUAL EM MATÉRIA PENAL

JURIDICAL-CRIMINAL PATERNALISM, AUTONOMY AND VULNERABILITY: LEGITIMATION CRITERIA OF PATERNALISTIC INTERVENTIONS ON INDIVIDUAL AUTONOMY IN CRIMINAL MATTERS

Heráclito Mota Barreto Neto

Resumo

O trabalho que se apresenta tem como objetivo questionar a legitimidade das intervenções paternalistas estatais sobre a autonomia individual por meio de mecanismos penalísticos institucionais. Neste sentido, o trabalho buscará compreender em que casos está o Estado autorizado a exercer ingerência na vida particular dos indivíduos sob a justificativa de promover-lhes um bem ou evitar-lhes um mal e, da mesma forma, em quais hipóteses tal ingerência é abusiva da liberdade individual de autodeterminação. Para tanto, serão estudados os conceitos correntes de paternalismo, a classificação doutrinária das intervenções paternalistas que têm a utilidade de demonstrar espécies admissíveis e inadmissíveis de paternalismo e as doutrinas antipaternalistas de Joel Feinberg e Gerald Dworkin. Em seguida, o tema será analisado em cotejo com a consideração dos bens jurídico-penais envolvidos nos conflitos entre autonomia, vulnerabilidades humanas e paternalismo, especialmente quanto à (in)disponibilidade desses bens. Ao final, pretende-se traçar critérios para a legitimação dos atos paternalistas esculpidos em leis penais que se sobrepõem ao exercício da autonomia individual, tendo-se em mira a harmonização entre os valores constitucionais de respeito à autonomia, proteção de sujeitos vulneráveis e a função do Direito Penal de exclusiva proteção de bens jurídicos.

Palavras-chave: Paternalismo jurídico-penal, Autonomia, Vulnerabilidade, Bens jurídico-penais

Abstract/Resumen/Résumé

The following paper has as objective questioning the legitimacy of state's paternalistic interventions on individual autonomy by using institutional-criminal instruments. In this path, the paper aims to understand in which cases the State is allowed to interfere in private individual lives under the justification of being promoting a well or avoiding a harm and, as well, in which cases such interference is abusive of individuals self-determination. Into this analysis, the work will study the current concepts of paternalism, the theoretical classifications on paternalistic interventions which will be useful to demonstrate admissible and inadmissible species of paternalism and Joel Feinberg and Gerald Dworkin's anti-paternalistic theories. Following, this subject will be analyzed in association with the implications of juridical-criminal goods involved in conflicts between autonomy, human

vulnerabilities and paternalism, specially regarding to the (un)availability of those goods. In the end, the work intends to define legitimation criteria for paternalistic interventions inserted in criminal laws, which superimpose themselves on the individual autonomy, in order to harmonize constitutional values of respect for autonomy, protection of vulnerable individuals and the Criminal Law functions of exclusive protection of juridical goods.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Juridical-criminal paternalism, Autonomy, Vulnerability, Juridical-criminal goods

1 INTRODUÇÃO

Querer e fazer o bem ao próximo é orientação moral deveras antiga, transmitida por Deus a Moisés já quando da revelação dos Dez Mandamentos, milhares de anos antes de Cristo, cristalizada na máxima: "Amarás o teu próximo como a ti mesmo" (BÍBLIA, Mateus, 22:39). A filosofia kantiana defendeu postura semelhante, ao prescrever como regra moral o padrão de conduta que encontre respaldo no corpo social e possa ser aceito e repetido pelos outros. Da mesma forma, vê-se, ainda, que os pilares dos Estados liberais são alçados sob os signos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, fincando o respeito e a colaboração às pessoas como valores maiores a serem perseguidos pelas organizações sociais. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece como objetivo fundamental do Estado a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I), revelando que valores como a cooperação e a unidade dos membros do povo constituem a base normativo-axiológica da sociedade brasileira.

A ideia de fraternidade – cujo conceito remete aos postulados cristãos de caridade e amor ao próximo – consagrou-se expressamente no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, viabilizando o *status* jurídico de tal preceito ético. No mesmo passo, a inserção do valor da solidariedade no ordenamento constitucional das civilizações modernas erigiu verdadeiro princípio jurídico que propugna o dever de respeito mútuo e a interdependência de membros de um grupo social.

No entanto, agir de modo a beneficiar alguém, em que pese seja recomendável e mesmo obrigatório em determinados aspectos (como o religioso, o ético e o jurídico, acima mencionados), pode demonstrar comportamento contrário ou negligente quanto à manifestação da vontade do sujeito afetado, convertendo-se a conduta pretensamente bondosa em invasivo desrespeito à esfera da autonomia alheia. Por isso, em muitos casos, decidir em favor de outrem pode e deve encontrar interdição por parte das instâncias de controle social, permitindo-se o desenvolvimento da autonomia tanto quanto possível na situação concreta.

Sem embargo, em defesa daqueles membros da sociedade que se encontrem em circunstâncias prejudiciais especiais, não podendo claramente discernir ou impor sua vontade – estando, assim, em situação de vulnerabilidade –, convém que os diversos círculos de relacionamento lancem mão de medidas e atitudes que preservem os interesses destes sujeitos vulneráveis.

Nesta seara, passam a jogar, tanto na teoria quanto na prática, aspectos próprios de ações paternalistas, que se assemelham às do pai de família com autoridade para apontar e,

por vezes, determinar os supostos melhores caminhos a serem seguidos pelos demais membros do clã.

Com efeito, em face do paradigma (neo)liberal em que se encontra imersa a maioria das nações do globo, qualquer conduta tendente a entravar o exercício da autonomia individual demanda profunda fundamentação ética e jurídica, de maneira a justificar, apenas em casos específicos, a desconsideração da liberdade decisória do envolvido.

Quando se aporta tal discussão para a sede do Direito Penal, tem-se, primariamente, que a norma penal goza do condão inafastável de mitigar a autonomia individual, retirando do sujeito a autoridade sobre seus próprios direitos (mormente os direitos de liberdade) e impondo a vontade coercitiva do Estado. Mais além, verifica-se que uma ampla gama de infrações penais é criada com o desiderato único ou primordial de proteger o indivíduo de supostas ações nocivas que partem do próprio indivíduo, procurando a lei penal resguardar os bens jurídicos contra seu titular, independentemente da vontade deste. São, portanto, normas de caráter eminentemente paternalista.

Necessário lembrar, porém, como o fazem Gerald Dworkin (2014) e João Paulo Martinelli (2010), que as ingerências paternalistas não serão sempre negativas ou rechaçáveis, constituindo, muitas vezes, instrumentos úteis à manutenção e preservação das organizações e de seus componentes. Nestes casos, estará juridicamente legitimada a intromissão do sujeito paternal, como forma de assegurar a integridade, a manutenção ou o exercício satisfatório dos interesses individuais em causa, bem como para evitar que bens jurídicos de natureza essencial sejam irremediavelmente lesionados.

Como destaca Gerald Dworkin (2014), o paternalismo se desenvolve em diversas áreas da vida pública e privada, suscitando uma série de questões teóricas e de ética aplicada sobre como lidar em cenários tais e, principalmente, acerca da definição de quando uma iniciativa paternalista estará legitimada.

Colocando em confronto as finalidades, o feitio e os princípios informadores do Direito Penal, de um lado, e a relevância contemporânea que se confere aos direitos de autodeterminação, do outro, encontra-se o questionamento sobre quando um determinado dispositivo penal estará justificado, mesmo se importar em redução da autonomia individual para a proteção de bens jurídicos do próprio sujeito lesionado.

Isso porque, claramente, comportamentos paternalistas negligenciam o potencial autônomo dos indivíduos protegidos, seja pelo fato de que este potencial precisa, realmente, ser incrementado, seja porque não se oportuniza ao sujeito afetado o controle e a escolha das

suas decisões, invadindo-se seu espaço de livre arbítrio. Como diz David Archard (1990), um terceiro usurpa a escolha de alguém, para seu próprio bem.

A proposta do presente trabalho, então, é procurar balizas de legitimação das ações paternalistas do Estado que se expressam em normas de Direito Penal, as quais se imiscuem no âmbito da autonomia individual de terceiros, reduzindo-lhes ou tolhendo-lhes o poder decisório. Trata-se de investigar formas juridicamente aceitáveis de utilizar a norma penal em defesa dos direitos individuais em conflito e proteção dos bens jurídico-penais ameaçados.

2 CONCEITOS DE PATERNALISMO

O vocábulo *paternalismo* origina-se do latim, cujo radical *pater* (pai) faz referência ao chefe da família patriarcal, detentor de hierarquia superior à de todos os demais, a quem era resguardado o direito de definir e controlar os rumos das vidas dos familiares e do núcleo familiar em si – modelo, aliás, que persiste em grande parte das famílias contemporâneas. (MARTINELLI, 2010).

Para além do significado etimológico, *paternalismo* é termo usado para designar um traço de diversas instâncias sociais decisórias (como instituições estatais, comunidades sociais, núcleos afetivos e até o próprio indivíduo) que se paralelizam à ação dos pais que, agindo no propósito de proteger e preservar os interesses dos filhos, procuram direcionar suas decisões ou mesmo agir em seu lugar, na crença de que fazem o melhor para eles. É dizer, a intervenção paternal demonstra um comportamento típico de um superior sobre seu inferior, como na relação entre pai e filho. (SUBER, 1999).

Nos círculos de filosofia e ética aplicada, o conceito de paternalismo gira em torno da postura assumida pelas instâncias sociopolíticas e institucionais no propósito de conformar, em alguma medida, as decisões e ações de terceiros, para promover um bem a estes últimos, à semelhança do que faz um pai relativamente às atitudes dos filhos. (FOTION, 1979).

Macario Alemany (2006) define paternalismo como uma prática de intervenção que objetiva suprir as necessidades ou regular a vida da parte protegida da mesma forma como um patriarca faz com sua família.

Fermín Schramm (1998, p. 33) contrapõe o paternalismo à autonomia, asseverando que as ações paternalistas são manifestações heterônomas que correspondem

> à forma de resolver os problemas de autoridade, poder, obediência e liberdade através dos meios tradicionais embasados na estrutura familiar patriarcal, na qual o *pater* decide e faz todas as escolhas, aplicando o modelo

> de sua relação com os filhos e, supostamente, em prol do maior bem-estar dos seus protegidos.

Em qualquer caso, a conduta paternalista visa à consecução de um bem ao sujeito protegido, na confiança de que a escolha paternal proporcionar-lhe-á um ganho ou evitar-lhe-á um mal. Preocupa-se com um pretenso bem-estar do protegido. Na esteira do que afirma Richard Arneson (1998), tem-se como foco a restrição da liberdade de alguém, a pretexto de causar-lhe um bem.

Atentando para estas noções, Gerald Dworkin (2014, p. 01) conceitua: "Paternalismo é a interferência de um Estado ou um indivíduo sobre outra pessoa, contra sua vontade, defendida ou motivada pela alegação de que a pessoa interferida será beneficiada ou protegida de um dano."[1]

Em obra anterior, o mesmo autor apresentou a definição: "Por paternalismo eu entendo, grosso modo, a interferência sobre a liberdade de ação de uma pessoa, justificada por razões referentes exclusivamente ao bem estar, aos benefícios, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida."[2] (DWORKIN, 1971, p. 230).

No mesmo sentido, Martinelli (2010) sustenta que o comportamento paternalista se caracteriza pela prática de informar ou obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo, movendo-se pela falta de confiança do protetor na capacidade do protegido e pela certeza daquele de que age nos melhores interesses deste, mesmo contra sua vontade, com o objetivo de causar um bem ou evitar um mal.

A manifestação paternal pode colocar-se em modalidades diferentes, expressando-se como uma informação ou conselho, como alguma medida de restrição de escolhas ou como a imposição de uma conduta positiva ou negativa. (MARTINELLI, 2010).

No primeiro caso, o sujeito paternal apresenta argumentos, opiniões e advertências ao terceiro, a título de informá-lo sobre a situação que se lhe coloca. Não há, contudo, coerção, embora a doutrina defenda que o mero aconselhamento não constitui conduta paternalista, a menos que, por insistente e repetitivo, possa alterar a posição anímica do protegido. (SANKOWSKI, 1985). Com efeito, prestar informações, simplesmente, não pode ser considerado ato paternalista, antes, ao contrário, maneira de prover o entendimento necessário ao desenrolar da ação autônoma. Por isso, Martinelli (2010) afirma que reforçar e

---

[1] Tradução livre do autor do trecho original: "Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm."

[2] Tradução livre do autor do trecho: "By paternalismo I shall understand roughly the interference with a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person being coerced."

repetir a ideia na tentativa de persuadir o decisor acerca de um comportamento autolesivo é que caracteriza o paternalismo, não a mera prestação de informações.

Na segunda modalidade de ação paternal, a redução de escolhas do sujeito afetado impede ou obsta a que o protegido tenha acesso a opções de ação, as quais, no entender do protetor, ser-lhe-ão prejudiciais ou não recomendáveis. Como afirma Manuel Atienza (1998), a conduta paternalista visa a provocar uma omissão na outra parte, que fica sem possibilidades de agir conforme seu próprio juízo. Contudo, não há coação, ameaça ou previsão de sanções na tentativa de reduzir o rol de escolhas do protegido, apenas a restrição de oportunidades de decisão ou ação.

Quando se trata da terceira modalidade de ação paternalista, por meio de imposições, está-se diante de uma postura que restringe a liberdade do protegido sob a ameaça de uma sanção caso não seja adotado o posicionamento querido pelo protetor. É o caso, por exemplo, das leis paternalistas postas pelo Estado para tutelar a integridade dos cidadãos e/ou preservar seu bem-estar e harmonia. Obrigatoriedade de usar cinto de segurança, proibição de fazer uso de drogas ilícitas, o caráter indisponível de certos direitos e até a imposição de votar são hipóteses de mandamentos paternalistas na legislação (DWORKIN, 2014).

Maria Rigopoulou (2007) afirma que leis paternalistas tendem a ignorar ou coartar as liberdades e interesses individuais, retirando do agente qualquer chance de rejeitar ou opor-se à medida protetiva. Com este tipo de imposição, pode-se obrigar a tomada de uma atitude positiva ou determinar que o protegido se omita de adotar certo comportamento. Peter Suber (1999), neste mesmo sentido, observa que, para o protetor, o benefício a ser causado ao tutelado é mais importante que a liberdade decisória deste. Dá-se preferência ao benefício pretendido em detrimento da autonomia individual.

A imposição paternalista distingue-se da redução de escolhas, porquanto, nesta, o protegido sequer conhece alternativas de ação, porque lhe foram omitidas; impondo-se a conduta paternal, o protegido sabe que poderia tomar outro caminho, mas não pode fazê-lo livremente sem que esteja sob a promessa de um castigo. (MARTINELLI, 2010).

Note-se que, quando se encontra submetido a uma imposição paternal, pouco importa que a parte afetada queira, consinta ou assuma os prejuízos que o protetor procura evitar. É indiferente ao Estado que o motociclista, por exemplo, responsabilize-se pelos riscos de pilotar sem capacete ou que os usuários de drogas aceitem a perspectiva de eventuais danos físicos, psíquicos e sociais decorrentes do uso. Tais sujeitos simplesmente não podem agir contrariamente à orientação paternal, ou sofrerão a sanção prescrita para o caso de descumprimento.

João Paulo Martinelli afirma existirem dois requisitos subjetivos de toda ação paternal.

Segundo o autor, como primeiro requisito subjetivo, está a crença do *pater* na superioridade da sua escolha em relação à do protegido. O protetor entende que os julgamentos e percepções do seu tutelado não gozam de validade ou confiabilidade suficientes, impondo a este o direcionamento supostamente mais proveitoso. Como decorrência de tal condição, o sujeito paternalista não oferece crédito aos juízos ou manifestações de vontade da outra parte, concluindo que lhe faltam capacidade, competência ou entendimento para a decisão própria. Parte-se do pressuposto de que o protegido encontra-se em situação de vulnerabilidade, necessitando da intervenção do *pater*.

Em outra face, ainda de acordo com o mesmo autor, o indivíduo protetor age com a certeza de que as suas decisões são as melhores para o protegido. A convicção de que seus juízos são os mais corretos e convenientes legitima, internamente, a ação paternalista do protetor e o consequente menosprezo pela autonomia decisória do protegido.

O segundo requisito subjetivo é o desejo de querer o bem do outro. Não é possível conceber uma atitude paternalista cujo resultado seja um prejuízo à pessoa afetada. Compreendida nesta definição, está a intenção de promover um bem ou evitar um mal ao indivíduo tutelado. Ambos os resultados podem mover a ação paternalista, só que em polos opostos, sempre na busca dos melhores resultados para a outra parte. Por isso, a promoção de um bem ou a evitação de um mal são atitudes opostas que buscam um objetivo comum, qual seja, a consecução de um benefício ao terceiro. “Bem”, neste passo, é signo compreensivo tanto da conduta positiva em direção ao incremento da situação do protegido, quanto da intervenção negativa que, no entanto, visa a um fim favorável.

3 CLASSIFICAÇÃO DAS INTERVENÇÕES PATERNALISTAS

Tendo em vista que as condutas paternalistas desenvolvem-se nas mais diversas searas da vida comunitária, em círculos sociais maiores e noutros mais restritos, com objetivos e justificações distintos, e em meio a circunstâncias também várias, a doutrina especializada procura sustentar classificações para as espécies de ações paternalistas. A utilidade de tal tarefa reside na possibilidade de encontrar legitimidade para alguns tipos de manifestação paternal, em vista dos objetivos que pretendem alcançar e do contexto em que se inserem, e, doutro lado, rechaçar fundamentadamente iniciativas paternalistas que se levantam contra a autonomia dos indivíduos.

3.1 Paternalismo moderado (*soft)* e paternalismo rígido (*hard*)

Esta classificação centra-se no sujeito afetado pela ação paternalista e no seu potencial autônomo.

Diz-se do paternalismo moderado (*soft*) quando o alvo da intervenção paternal é um sujeito com autonomia reduzida ou cujos atributos da conduta autônoma não possam ser auferidos em concreto. (MARTINELLI, 2010; DWORKIN, 2014). Nestes casos, poder-se-ia autorizar uma iniciativa paternalista que viesse a resguardar os interesses de tais pessoas, quando não pudessem atuar com voluntariedade e consciência, frisando ser válida a interferência em casos em que se verifique de fato uma ausência ou diminuição significativa da autonomia.

Muitas normas legais voltam-se à proteção de pessoas com autonomia comprometida ou incompleta, a exemplo dos dispositivos de Direito Civil que estabelecem anuláveis ou nulos, conforme o caso, os negócios jurídicos praticados por menores sem assistência ou representação de um maior; ou a regra que prescreve a incapacidade civil absoluta das pessoas com desenvolvimento mental incompleto (art. 3º, do Código Civil).

No caso do paternalismo rígido (*hard*), intervém-se mesmo quando o tutelado tem autonomia decisória satisfatória e consinta com os resultados autolesivos. Nas formas de paternalismo *hard*, pouco importa analisar a consciência e voluntariedade do protegido, uma vez que, sendo ele autônomo ou não, haverá a intervenção. (MARTINELLI, 2010; DWORKIN, 2014). Também há no ordenamento brasileiro muitos exemplos de prescrições paternalistas desta espécie, como é a legislação antidrogas que cerceia a conduta do usuário (art. 28, da Lei n. 11.343/2006) ou a legislação penal em geral quanto aos bens jurídicos considerados indisponíveis.

3.2 Paternalismo em sentido lato e em sentido estrito

Neste caso, leva-se em consideração o âmbito de atuação da conduta paternal. O paternalista em sentido lato entende possível a intromissão na liberdade alheia em qualquer esfera da vida do protegido, seja ela pública, privada, institucional, individual etc. O paternalismo em sentido estrito considera justificáveis as intervenções apenas nas hipóteses de coerção estatal, limitando-se, pois, à legitimidade do Estado para intervir nas condutas

particulares. Não se admitiria, neste último caso, por exemplo, o paternalismo exercido pelo médico sobre o paciente ou pelo professor sobre seus estudantes. (DWORKIN, 2014).

3.3 Paternalismo forte (*strong*) e paternalismo fraco (*weak*)

Esta distinção tem em conta o julgamento sobre fatos e valores da decisão a ser tomada pelo sujeito protegido.

Diz-se paternalista fraco (*weak*) aquele que apenas intervém quando acredita que o protegido encontra-se equivocado quanto aos fatos sobre os quais decide. Por exemplo, se alguém pretende fazer uso de uma dosagem extremamente alta de determinada droga, sob a falsa crença de que a dose não lhe fará mal, o paternalista age para alertar a pessoa sobre seu engano e impedir o ato equivocado. O paternalista forte (*strong*), por outro lado, atua porque entende que o protegido comete erro quanto aos valores de sua decisão; o protetor acredita que o beneficiado faz juízos errôneos, irracionais ou confusos sobre o tema em questão. No que se refere ao uso de drogas, um paternalista forte poderia agir para impedir o consumo por entender que tal prática é errada e prejudicial ao usuário, mesmo que este estivesse muito a par dos efeitos e circunstâncias do seu ato, coisa que o paternalista fraco não faria. (DWORKIN, 2014).

3.4 Paternalismo puro e paternalismo impuro

Aqui, toma-se em consideração se o sujeito alvo do paternalismo é também o beneficiado pela intervenção.

De acordo com Dworkin (2014), no paternalismo puro a classe ou pessoa protegida é a mesma que sofre a intervenção, enquanto que no paternalismo impuro a classe ou pessoa beneficiada é diversa – geralmente menos ampla – daquela que sofre a interferência. Martinelli (2010) observa que, em casos de paternalismo puro, quem sofre a restrição da liberdade é o próprio beneficiado, em contextos de comportamento autolesivo. Os paternalistas impuros, por outro lado, entendem legítima a ingerência mesmo quando os indivíduos afetados não são os mesmos a auferir a melhoria visada.

Joel Feinberg (1986), em classificação semelhante, define como paternalismo homogêneo o comportamento que procura evitar autolesões ou heterolesões consentidas, ao passo que o paternalismo heterogêneo seria o tipo de manifestação que pretende salvaguardar terceiros não diretamente envolvidos na decisão ou todo um grupo social.

A proibição do uso de drogas ilícitas é exemplo de paternalismo puro, porque recai sobre os próprios sujeitos pretensamente beneficiados. Na outra face, a criminalização do tráfico de drogas é caso de paternalismo impuro, porque restringe a liberdade de um grupo de pessoas (os traficantes) em prol do suposto maior bem estar de outro grupo (os usuários).

3.5 Paternalismo moral e paternalismo de bem estar

Nesta hipótese, toma-se em consideração os bens ou valores que se quer proteger quando da intervenção paternalista.

Fala-se em paternalismo moral quando o protetor age para evitar a violação de preceitos morais por decorrência do comportamento a ser tomado pelo protegido. Se a conduta visualizada pelo sujeito tutelado tem o potencial de representar uma afronta aos valores morais reinantes, o paternalista entra em jogo para salvaguardar o arcabouço axiológico daquela comunidade.

No outro lado, o paternalismo de bem estar apenas manifesta-se quando esteja em questão a melhoria de estados de vida da pessoa protegida, em ordem ao atingimento de uma vantagem em sua condição individual, seja do ponto de vista físico, seja mental ou da defesa de interesses. (MARTINELLI, 2010; DWORKIN, 2014). O paternalista intervém para proporcionar um padrão superior de bem estar, sem se importar com aspectos morais subjacentes à conduta. (DOLAN; PEASGOOD, 2008).

Dworkin (2014) chama a atenção para a necessidade de distinção entre paternalismo moral e moralismo legal, admitindo, sem embargo, ser muito tênue a diferença entre os dois conceitos. Propõe, então, que o paternalismo moral preocupa-se com algum tipo de ofensa à dignidade ou aos direitos imateriais do sujeito protegido. Falando-se em moralismo legal, está-se diante da interdição de condutas com base, tão somente, na sua imoralidade, no fato de serem consideradas erradas e contrárias aos parâmetros axiológicos comunitários.

3.6 Paternalismo por assimetria de informações

Este tipo de manifestação paternal leva em consideração a capacidade de reflexão, entendimento e autodeterminação do sujeito tutelado em face da situação concreta sobre a qual decide. Martinelli entende que, diante de um quadro contextual em que seja razoavelmente possível ao protegido conhecer e ponderar as balizas de sua decisão, ele é levado a decidir e a suportar as consequências do seu ato, na medida proporcional ao grau de

autonomia que manifestou, enquanto que os danos advindos de uma má percepção da realidade ou à carência de autonomia são compartilhados pelo *pater*.

O mesmo professor afirma que, uma vez perfeita a ação individual, os prejuízos daí surgidos são divididos entre o protetor e o protegido. A ação paternalista, portanto, entra em cena para compensar as perdas sofridas pelo protegido em razão de um déficit dos requisitos da autonomia, ao passo que, quanto àquilo que era possível conhecer e decidir autonomamente, deve ele arcar. Por esse motivo, o paternalismo por assimetria de informações é um complexo de ações procedimentais que prestigia a autonomia e compartilha a responsabilidade pelos danos.

4 ANTIPATERNALISMO

Em paralelo às linhas doutrinárias que se debruçam sobre o exercício do paternalismo e sua legitimação, há estudos que se focam no objetivo de afastar as ações paternalistas, em defesa de um maior espaço de desenvolvimento da autonomia individual. Essas teorias procuram encontrar fundamentos jurídicos e filosóficos para barrar a intromissão das instituições estatais ou de outros indivíduos no âmbito particular, resguardando o sujeito da invasão indevida de outrem relativamente aos assuntos da vida privada. Não obstante, até mesmo essas correntes, chamadas de antipaternalistas, entendem que, em alguns casos, é possível e recomendável certa intervenção na zona de autonomia alheia, para melhor proteção dos interesses e direitos afetados.

Dentre os diversos autores antipaternalistas conhecidos, este trabalho basear-se-á nos escritos de Joel Feinberg e Gerald Dworkin, que construíram densa teoria sobre a legitimidade das intervenções paternalistas e as hipóteses de justificado afastamento de tais intervenções como meio de proteger condutas autolesivas.

Joel Feinberg estrutura sua teoria antipaternalista em uma série de quatro obras principais[3], as quais serão aqui tratadas de forma conjunta e bastante enxuta, expondo os mais relevantes marcos do pensamento do autor.

O antipaternalismo de Feinberg centra-se no princípio da lesão (*harm principle*), segundo o qual o Estado, em geral, está legitimado para intervir no comportamento dos indivíduos apenas em casos de prevenção razoável de lesões ou riscos de lesões a sujeitos que não sejam o próprio protegido. (FEINBERG, 1984). É dizer, não faz parte do rol de atribuições do Estado, num primeiro aspecto, proteger os indivíduos de danos de pouca

[3] *Harm to others* (1984), *Offense to others* (1985), *Harm to self* (1986) e *Harmless wrongdoing* (1988).

expressividade – há que se apresentar um prejuízo considerável ou um risco grave de prejuízo para autorizar o paternalismo estatal. Bem assim, o Estado, em regra, não deve socorrer aquele que não quer ser socorrido; a princípio, as autolesões devem ser isentas de tratamento institucional do Estado.

Em ordem a melhor delimitar tal proposta antipaternalista, Feinberg (1984) detalha o conceito de lesão. Para ele, a lesão relevante a justificar qualquer ato paternalista corresponde ao ato contrário à lei ou à moral que represente frustração de um interesse ou de um direito *alheio*; há lesão quando um terceiro age de modo a impedir que os interesses ou direitos de alguém se concretizem. A frustração de interesses que consubstancia uma lesão é aquela capaz de obstar a realização dos projetos de vida da pessoa atingida, seja no plano físico ou psíquico.

Segundo o autor, pode-se identificar uma conduta lesiva quando há o comportamento de um terceiro que cria riscos aos interesses de alguém, sem que se encontre respaldo em qualquer causa moral ou legal de justificação, vindo a acarretar um entrave ao desenvolvimento do sujeito afetado ou a violação de um direito seu. Não haverá lesão, por outro lado, se a intromissão na esfera subjetiva alheia revelar mero incômodo ou inconveniente, sem o condão de causar entrave às metas traçadas pelo indivíduo afetado.

Ainda quanto à noção de lesão, o mesmo autor discorre sobre a importância assumida pelo bem estar individual no plexo de direitos subjetivos. Para ele, o bem estar é interesse que deve ser tutelado pelo Estado em favor de todos os indivíduos da comunidade e estes, a seu turno, podem opor-se a que terceiros embaracem tal pretensão. Daí decorrem duas ilações. Primeiramente, as pessoas devem eleger o que lhes pareça mais adequado ou conveniente à concretização de seu bem estar, o que deságua nas liberdades de manifestação e autodeterminação. Em segundo lugar, as pessoas podem escolher abrir mão, voluntariamente, dos interesses relacionados com sua concepção de bem estar.

Esta segunda conclusão abre vias ao que Feinberg denomina princípio *volenti non fit injuria* ("não há lesão contra aquele que consente"), uma formulação filosófica e inicial do princípio do consentimento. Para o professor, a prestação de consentimento ou aceitação faz com que o sujeito afetado também participe, em alguma medida, do ato lesador, devendo, por isso, suportar, total ou parcialmente – conforme sua participação –, os resultados danosos sobrevindos. Feinberg propõe que, se o consentimento é completo, voluntário, feito por agente capaz e sem deficiências, não há que se falar em lesão, por aplicação do princípio *volenti non fit injuria*.

Mas o autor também defende que não apenas as lesões a interesses alheios podem justificar a ação paternalista. Há espécies de interferências que, em que pese não sejam gravosas a ponto de frustrar um interesse pessoal, representam um embaraço ao livre desenvolvimento do bem estar de terceiros. Por isso, também merecem ser coibidas. Estas intervenções menos graves são designadas *ofensas* (*offenses*). (FEINBERG, 1985). Segundo o autor, a ofensa que pode ensejar uma ação paternalista é aquela séria, razoável e dotada de interesse social, assim entendidas as perturbações com intensidade, duração e extensão tais capazes de abalar as pessoas em geral com um nível de tolerância médio. Ainda, se a perturbação é facilmente evitável, ou se decorre do comportamento do sujeito perturbado, não se pode reputá-la uma ofensa.

Em síntese, Feinberg (1985) qualifica uma ofensa como séria tomando em conta sua dimensão, inevitabilidade e a não concorrência da vontade do sujeito afetado, considerando graus médios de tolerância. Já a razoabilidade da ofensa é aferida diante de circunstâncias concretas, de acordo com o indivíduo ofendido. Consoante o autor, leva-se em consideração a importância da ação para o envolvido; o valor social da conduta; a forma como é expressada; se há alternativas de reação ao atingido; se houve malícia ou maldade do ofensor; e a natureza e costumes do local onde se dá a ofensa.

Logo, na tela delineada por Feinberg, *intervenções paternalistas se justificam quando se confrontam com uma lesão ou uma ofensa a um terceiro. Se a interferência no círculo subjetivo alheio não chega a representar qualquer dos dois atos, não há espaço para o paternalista.*

Tomando por base os princípios da lesão, da ofensa e do consentimento, Feinberg (1986) distingue o paternalismo reprovável (ou não benevolente) do paternalismo não reprovável (ou benevolente). O primeiro caracteriza-se pelo tratamento de pessoas autônomas como se não o fossem, para o bem delas mesmas ou de terceiros, independentemente de sua vontade ou consentimento. Já o segundo corresponde a ações protetivas em prol de vulneráveis, quando lesionados ou ameaçados por terceiros sem que tenham consentido.

Note-se que o chamado paternalismo não reprovável coincide com o conceito de paternalismo moderado (*soft*) ao qual se referiu linhas atrás. Neste aspecto, Feinberg sustenta que tal espécie de manifestação paternalista pode ser entendida apropriadamente como um argumento em defesa do antipaternalismo, porque, em verdade, constitui uma forma de legitimação da restrição à liberdade individual apenas em cenários de heterolesões não consentidas. Nas demais hipóteses, inadmite-se o ato paternal.

Portanto, os casos de paternalismo benevolente ou moderado não corresponderiam a ingerências na autonomia de terceiros, sequer exceção ao princípio de respeito à autonomia, mas sim espécie de resguardo de sujeitos cujo potencial autônomo não é significativo em concreto.

Em ordem a levantar esta tese, o autor passa a analisar a autonomia individual, expondo quatro sentidos ínsitos à noção de autonomia: a autonomia é a capacidade (competência) de discernimento e ação livres; é um conjunto de atributos e "virtudes" subjetivos que viabilizam ao homem o autogoverno e o livre arbítrio; é o ideal de respeito às convicções próprias e às de outrem; e é o direito de fazer escolhas e decidir os rumos da própria vida. Acresce-se a esta lista a liberdade de manifestação da vontade, consubstanciada na expressão de uma decisão sem que haja vícios no processamento das informações ou na voluntariedade.

Neste tocante, Martinelli (2010, p. 141-142) debruça-se sobre os elementos que entravam a livre exposição da vontade dos sujeitos, prejudicando o exercício da autonomia e autorizando as formas de paternalismo moderado:

> Quando a vontade do indivíduo for defeituosa, pode haver a intervenção em seu comportamento para preservá-lo de um prejuízo não concebido [...] A primeira hipótese de falha na vontade é a compulsão, que faz o sujeito agir por impulso, sem refletir o mínimo necessário para assumir um risco. Outra hipótese é a coerção, como forma de pressão externa experimentada pela pessoa. Há ainda situações em que a vontade encontra-se distorcida por distúrbios psicológicos, como a neurose, a inibição, a obsessão e certas incapacidades. Por fim, pode-se apontar o erro sobre os fatos, seja um erro provocado (fraude), seja um erro não provocado.

Linhas adiante, o mesmo autor, com base em Feinberg, menciona a possibilidade de que certas propostas feitas por terceiros, a despeito de não constituírem uma ameaça ou coerção propriamente ditas, tenham o condão de determinar a ação de alguém que se encontra em situação de inferioridade tal que não possa, livremente, negar a oferta, sob pena de experimentar um agravamento na sua condição pessoal ou coletiva.

Nestes casos de "propostas coercitivas", expõe-se um quadro de vulnerabilidade do decisor e, por conseguinte, a falta de oportunidade para agir autonomamente. Isso demonstra que também em contextos de vulnerabilidade autoriza-se uma intervenção paternalista moderada.

Interessante mencionar um caso de contraponto ao respeito à autonomia individual citado na doutrina de Feinberg que tem importantes implicações no debate entre autonomia e heteronomia. O autor conta a "história da guarnição", que narra o episódio fictício de uma comunidade ancestral repentinamente invadida por selvagens muito numerosos e fortes. A

única proteção do território invadido é sua guarnição. Diante da situação de extremo e iminente perigo, um dos guardiões da guarnição decide suicidar-se, clamando ser dono de sua própria vida e que nada nem ninguém teria autoridade para impedi-lo. Logo depois, a opção é seguida por vários membros do fronte e, após sofrer grande perda de combatentes, a comunidade sucumbe aos selvagens. (FEINBERG, 1986).

O caso da guarnição exemplifica hipóteses em que as decisões individuais têm grande impacto sobre o equilíbrio e a manutenção da sociedade como um todo, sugerindo que os sujeitos isoladamente considerados devam abster-se de dar vazão indiscriminada às manifestações da autonomia quando estejam em jogo a ordem e a paz sociais, porquanto um problema, a princípio, exclusivamente particular pode transmudar-se em problema coletivo, expondo a risco a integridade de outrem.

Feinberg (1986) entende que, em casos tais, deve-se recorrer, novamente, ao princípio da lesão, defendendo que apenas um dano comunitário de grandes proporções, capaz de causar um prejuízo geral maior que a privação da autonomia individual, poderia justificar a interrupção paternalista da ação autônoma. Mesmo assim, tais intromissões não poderiam surgir para determinar estilos de vida supostamente superiores ou mais favoráveis.

No particular, assevera, ainda, que, no conflito entre os interesses individuais e os comunitários, apenas se pode preterir os primeiros em favor dos segundos em face de ameaças significativas aos valores fundamentais da sociedade. Não é qualquer risco aos interesses coletivos que tem o condão de autorizar um ato paternal, senão aqueles que vulnerem os pilares axiológicos ou materiais da sociedade.

Além disso, o autor argumenta que, entre a promoção de um bem estar e a defesa da vontade individual, deve-se, a princípio, preferir a segunda, pois, no curso da vida em sociedade, é razoável "cometer erros, decidir tolamente, assumir grandes riscos. Se não fosse assim, a ideia de autonomia perderia o sentido." (FEINBERG, 1986, p. 62).

O mesmo autor também se dedica aos episódios de intervenções paternalistas sobre comportamentos não lesivos. Quer dizer, trata-se da hipótese de interferir paternalmente sobre condutas que, embora não causem danos a terceiros nem frustrem seus objetivos, são contrárias à lei ou à moral e, por isso, tidas por injustas. A esta categoria de condutas Feinberg (1988) dá o nome de infrações não lesivas (*harmless wrongdoing*).

Em princípio, o autor afirma que, em face dos valores liberais cultuados pelos sistemas político-jurídicos contemporâneos, não há espaço de legitimação para a ingerência na liberdade individual por decorrência destas infrações não lesivas. Pretender subtrair aos indivíduos a autonomia com a finalidade de coartar a prática de atos que sequer chegam a

provocar dano seria contrário à ideologia das sociedades liberais, vedando-se, portanto, que as normas jurídicas disciplinem comportamentos de tal jaez.

Segundo Feinberg (1988), quando as normas jurídicas adotam tal direcionamento, está-se diante de moralismo legal, que consiste na vocação da lei para afirmar padrões de vida tradicionais, com imposição de uma moralidade dominante, sob o pretexto de promover a elevação moral ou o aperfeiçoamento do caráter das pessoas.

Nada obstante, entende o professor que existe uma única hipótese em que poderia estar autorizado o paternalismo em relação a infrações não lesivas: quando haja a exploração por parte de um sujeito ou grupo em posição de superioridade contra pessoas ou classes inferiores. Neste caso, os superiores usam ou manipulam os inferiores aproveitando-se de algum tipo de fraqueza destes, com a intenção de obter um benefício desigualmente distribuído (em geral, o explorado suporta um ônus muito grande ou aufere um bônus muito menor que aquele percebido pelo explorador). Na presença de uma tal situação, deve a lei permitir que os explorados sejam paternalisticamente protegidos. Estes são os termos do que Feinberg (1988) denominou princípio da exploração.

Para o autor, o princípio da exploração é a última esfera de legitimação da interferência paternal de terceiros sobre o comportamento de indivíduos dentro de uma sociedade liberal.

Em resumo, a doutrina de Feinberg propõe a justificação do paternalismo moderado ou fraco à luz dos princípios da lesão e da ofensa, quando não haja consentimento do sujeito afetado (princípio volenti non fit injuria*) ou em casos de afronta exploratória das vulnerabilidades das pessoas.*

Autor antipaternalista também fortemente influenciado pelos preceitos liberais é Gerald Dworkin, o qual construiu doutrina que sustenta a mínima intervenção de outrem na esfera da autonomia subjetiva alheia, embora compreendendo que, em certos casos, a intromissão será legítima e mesmo recomendável.

A proposta antipaternalista dworkiniana parte de duas premissas principais. A primeira é semelhante ao princípio da lesão e preceitua que a perspectiva de alguém vir a sofrer autolesões ou heterolesões em seus interesses pode, a depender das circunstâncias, autorizar o paternalismo. A segunda premissa é a de que a promoção do bem estar do indivíduo protegido nunca constitui razão suficiente para permitir que terceiros invadam sua esfera de autonomia. Importante mencionar que, de acordo com o autor, as iniciativas paternalistas podem surgir tanto de indivíduos particulares, como de instituições estatais ou grupos de pessoas, genericamente falando.

Assim, com esta base, Dworkin (1971) formula as balizas de sua teoria, tomando em consideração, de partida, que aquele que pretende adotar um comportamento paternalista precisa, antes de mais nada, apresentar motivos relevantes para fazê-lo. Ou seja, é como se houvesse um ônus argumentativo imposto ao protetor no sentido de justificar sua intervenção como sendo a postura mais adequada na ocasião. De conseguinte, e por razões práticas, deve-se analisar, em concreto, se o suposto benefício a ser trazido ao protegido supera, em termos qualitativos ou quantitativos, o ônus argumentativo do paternalista. Doutro modo, não valeria o esforço de argumentar em favor da ação paternalista, caso o benefício visado fosse de pouca monta ou importância.

Na mesma orientação, se a interferência paternalista representar um mal maior que o pretenso benefício gerado, deve-se rechaçá-la. Quanto a isto, o professor explica, com lastro nos estudos de John Stuart Mill, que não se pode julgar pelos outros quais os melhores caminhos a serem tomados para alcançar objetivos próprios. Ninguém sabe o que é melhor para alguém a não ser o próprio indivíduo afetado.

Assim, pretende o autor registrar casos em que o paternalismo poderia, a princípio, estar autorizado. Num primeiro aspecto, se o protegido manifesta uma falsa percepção da realidade ou um erro quanto às circunstâncias fáticas sobre as quais decide, pode-se intervir para garantir-lhe uma correta apreciação da situação ou a salvaguarda de consequências danosas não previstas. Aqui, tem-se um cenário de carência ou falta de entendimento, que configura estado de autonomia deficiente, dando vez ao paternalismo moderado.

Também, o paternalismo pode proteger alguém que, no momento da ação, negligencia ou abre mão de valores que entende serem superiores, mas que são postos de lado episodicamente, em benefício de preferências imediatas. Neste caso, o paternalista precisa conhecer os interesses maiores da pessoa protegida, para impedir sua conduta mal ponderada, e orientá-la a manter-se fiel a suas convicções.

Noutro plano, diante de comportamentos autonomamente consentidos que possam trazer consequências drásticas ou irreversíveis contra o agente, Dworkin (1971) entende ser possível a ingerência paternal na autonomia alheia. No entanto, sustenta que tal intervenção deve limitar-se ao oferecimento de *meios indiretos de inibição* da conduta, jamais formas de coerção ou manipulação. Nesta via, contra decisões autônomas que pareçam prejudiciais ao próprio decisor, o paternalista pode estimular indiretamente que o protegido adote posicionamento contrário, ofertando, por exemplo, recompensas ou vantagens caso mude de opção, ou apresentando um desincentivo à escolha do protegido.

Note-se que a ação paternal, na espécie, não chega a violar a autonomia do decisor, pois não o impede de adotar a postura eleita, apenas tenta redirecioná-la de forma indireta, por meio da apresentação de razões ou prêmios.

Importante ressalvar, entretanto, que os meios indiretos de inibição são válidos em contextos de satisfatório exercício da autonomia pelo decisor. Quando haja déficit de potencial autônomo, expondo-se as vulnerabilidades dos indivíduos, tais métodos de inibição podem constituir verdadeiras fórmulas de exploração, manipulação ou mesmo coerção, dadas as fragilidades do decisor *in casu*.

Outra perspectiva tratada por Dworkin é o paternalismo moral, pelo qual entende as formas de imposição ou ingerência no comportamento de outrem não para evitar lesões ou ofensas, mas para concretizar um padrão de moralidade que o paternalista entenda superior ou mais benéfico ao sujeito afetado; é uma maneira de desenvolver moralmente o protegido, de acordo com os julgamentos de moral e de bem do protetor.

Dworkin (2005), então, apresenta soluções para a questão de legitimar-se ou não as medidas paternalistas morais, com fundamento na forma de julgamento de bem estar que o protetor faz para o protegido. Consoante uma abordagem *aditiva*, o protetor julga isoladamente quais são os melhores caminhos e valores morais a serem promovidos em prol do tutelado. O sujeito paternal é a única instância decisória sobre o que constitui o bem estar do protegido. Do ponto de vista *constitutivo*, o julgamento do paternalista sobre o bem estar do afetado leva em consideração um "endosso" prestado por este, ou seja, avalia e solicita as próprias concepções de bem estar, as experiências, opções e preferências do protegido.

Dworkin defende que a abordagem aditiva mostra-se inadequada para qualquer tipo de intervenção paternalista, não só as de cunho moral. Apenas o aspecto constitutivo pode representar um julgamento válido para agir paternalisticamente. Neste caso, qualquer forma de paternalismo moral ficaria rechaçada, porquanto, sendo necessário o endosso da pessoa afetada e à míngua de lesões ou ofensas que lhe ameacem, interferir em sua liberdade para lhe proporcionar um pretenso acréscimo de moralidade é incompatível com as concepções de respeito à autonomia valorizadas nas sociedades contemporâneas.

Dos escritos de Dworkin conclui-se que a avaliação da medida paternalista deve passar, à semelhança da doutrina utilitarista de Mill, por uma análise de promoção do maior bem estar a ser proporcionado sobre o protegido. Se a intervenção vier a gerar um benefício menos proveitoso que a limitação da liberdade individual, não convém agir paternalisticamente, devendo-se dar prevalência à autonomia. Mesmo em casos em que a ação paternalista seja mais favorável ao protegido, exige-se do sujeito paternal uma intervenção

argumentativamente motivada, tendente a evitar lesões ou ofensas, nunca para a consecução de um parâmetro de moralidade supostamente superior. Ademais, a atuação do protetor deve consultar os ideais volitivos do tutelado, deve procurar encontrar um ponto médio que também contemple os planos de vida e as intenções deste, caso estivesse em condições de agir autonomamente.

Sintetizando as conclusões de Dworkin sobre a abordagem antipaternalista, Martinelli (2010, p. 153-161) aduz que o paternalismo jurídico consubstanciado em normas penais deve passar por uma peneira que filtre meios arbitrários e exagerados de invasão na liberdade individual:

> A limitação da liberdade deve ser a menor possível, apenas o suficiente para conservar a capacidade do sujeito de tomar decisões racionalmente. Recai sobre o Estado o ônus da prova dos efeitos lesivos exatos da conduta que se quer proibir ou ordenar e a real probabilidade dos mesmos acontecerem se não houver a medida paternalista. [...] Para Dworkin, a interferência da liberdade humana passa por um cálculo utilitarista. Calcula-se o saldo entre a intervenção na liberdade e o resultado que se pretende alcançar.

Na esteira das teorias estudadas, as medidas paternalistas encontram espaço muito restrito de legitimação em sociedades liberais que ressaltam a autonomia como valor fundamental comunitário.

Assim, nos casos muito raros em que o Estado esteja autorizado a coartar a liberdade de seus indivíduos para promover um bem ou evitar um prejuízo, exige-se do ente estatal um compromisso com a mínima invasão e o respeito aos parâmetros aqui citados para o agir paternalista.

Nada obstante, outro elemento a jogar importante função no cenário da legitimação do paternalismo penal é o bem jurídico objeto de tutela.

5 BEM JURÍDICO-PENAL, AUTONOMIA E PATERNALISMO

Conquanto as limitadas fronteiras e finalidades deste trabalho não permitam uma análise circunstanciada acerca do bem jurídico-penal ou de sua função e relevância para a moderna dogmática penal, ao menos um exame instrumental deve ser feito sobre tal conceito, em vista da importância argumentativa que exerce no tema da legitimação do paternalismo.

A essencialidade do bem jurídico individual ou difuso posto em causa relaciona-se diretamente com a justificação do agir paternalista, porque a ingerência e a limitação da autonomia alheia apenas estariam juridicamente legitimadas para proteger bens de alto grau de importância para o indivíduo e para a sociedade como um todo. Claro, considerando que as

situações de intromissão paternalista devem constituir excepcionalidade, apenas a extrema relevância dos bens jurídicos afetados poderia autorizar a ação paternal. Do contrário, estar-se-ia diante da banalização do paternalismo e da completa desvalorização do exercício da autonomia, hipótese esta que não se coaduna com os pilares axiológicos das sociedades contemporâneas, que tendem a conferir estatura primacial aos direitos ligados à autonomia.

De fato, o próprio conceito de bem jurídico-penal já encerra em si algum conteúdo valorativo que revela sua fundamentalidade intrínseca. Nas palavras de Luiz Regis Prado (2009), a ideia de bem jurídico é produto das experiências sociais envoltas em contextos histórico-sociopolíticos que dotam de significado certos entes materiais ou imateriais, considerados *valiosos* pelo direito positivo, por sua importância para o homem e para a comunidade. É um bem cultural, portanto; resultado de um processo histórico de valoração de interesses que põe em escala de superioridade determinados meios (sejam corpóreos ou incorpóreos) de atingimento das necessidades e utilidades humanas, em sua vida comunitária.

Em outra obra, o mesmo autor conceitua bem jurídico-penal colocando em foco, mais uma vez, o caráter indispensável que tais bens assumem no arcabouço valorativo das sociedades. O bem jurídico, de acordo com Prado, é "reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido." (PRADO, 2013, p. 315).

Santiago Mir Puig (1982) traz contribuição semelhante, ao afirmar que o bem jurídico é a expressão de uma síntese empírico-axiológica, que o dota de significado valioso para o ordenamento jurídico como um todo. Mesma orientação segue o professor Juarez Tavares (2002), para quem o bem jurídico é objeto de preferência no meio social, ao consubstanciar um valor fundamental para o indivíduo e todo o grupo.

Neste prisma, observa-se que o bem jurídico e sua tutela penal servem ao desenvolvimento da condição humana livre e digna, bem como à ascensão de suas potencialidades, no plano individual ou coletivo (PRADO, 2013).

Daí é possível concluir que todo bem jurídico-penal carrega em si um peso axiológico que manifesta as aspirações culturais mais importantes de determinado meio social. Fosse de outra forma, sequer se lhes recairia a proteção rígida do Direito Penal, em razão da natureza subsidiária da regulação penalista.

Convocando tal doutrina para a discussão do paternalismo jurídico-penal, ainda que considerada a preeminência valorativa de todo e qualquer bem jurídico, não se pode dizer que a mera previsão abstrata de um bem jurídico a ser tutelado pela norma penal seria suficiente

para autorizar as intervenções paternalistas e terminar por mitigar ou anular a autonomia individual.

E assim é porque a importância a ser atribuída aos bens jurídicos não prescinde de um necessário cotejo com o conteúdo axiológico que permeia toda a Constituição Federal de 1988. É dizer, os bens jurídicos não valem em si mesmos; valem enquanto meios para o alcance de interesses e utilidades humanas fundamentais, definidos, em termos jurídico-políticos, nos programas traçados pela Constituição. Assim, a proteção jurídica dos bens jurídicos – como, de resto, a tutela de qualquer valor social – deve reverência ao plano constitucional e com ele deve estar conjugada. É o que afirma Regis Prado (2013, p. 315), ao sustentar que o bem jurídico deve observar um "compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito."

É por isso que a salvaguarda de um bem jurídico deve se coadunar com os demais valores de *status* constitucional, não havendo qualquer prevalência absoluta *a priori* do objeto de proteção da norma penal sobre outros interesses também tidos por fundamentais em sede constitucional. Fosse assim, poder-se-ia chegar à perplexa situação em que a mera criação de um novo tipo penal pelo legislador ordinário teria o condão de fazer valer a tutela penal a todo custo, independentemente de outros objetivos consagrados na Lei Maior, caracterizando inversão da supremacia normativa.

Nestes termos, quando se trata da legitimação das condutas paternalistas por meio de instrumentos penalísticos, ressalta-se o respeito a ser conferido aos demais interesses em causa, notadamente aos projetos constitucionais. Sabe-se, nesta senda, que a autonomia é atributo e direito individual de assento constitucional e apenas pode ser afastada em vista de circunstâncias concretas especialíssimas.

Para harmonizar a tutela de bens jurídico-penais com a defesa da autonomia individual, de grande utilidade a diferenciação que se faz quanto à disponibilidade e indisponibilidade dos bens jurídicos.

Os bens ou direitos indisponíveis são aqueles dos quais o seu titular não pode abrir mão, desistir ou alienar deliberadamente. (KUFLIK, 1986). A professora baiana Maria Auxiliadora Minahim, em obra específica sobre a matéria, defende que se considera indisponível

> tudo aquilo que é essencial à natureza humana e que constitui condição de vida humana digna [...] interesses que, embora referidos ao indivíduo, importam à espécie humana como um todo de forma que, lhes negar o valor, sempre afetará a humanidade em sua totalidade. (MINAHIM, 2008, p. 227-228).

A mesma voz se ouve de Luiz Regis Prado (2013), o qual aduz, como já citado acima, que os bens jurídicos aderem aos anseios de desenvolvimento da condição humana livre e digna.

De se ver que a indisponibilidade dos bens jurídicos diz com direitos inerentes à dignidade humana, não podendo o homem, por vontade própria, esvaziar-se de tais bens, a ponto de reduzir-se a uma existência indigna. Na espécie, é possível afirmar que a autonomia individual insere-se entre os direitos que realizam a dignidade da pessoa humana, pois, como dito pelo jurista estadunidense Robert Post (2015), as pessoas precisam exercer sua própria autonomia como forma de sentirem-se dignas; ou seja, a autonomia é interesse essencial para a dignidade humana.

A este respeito, os professores Luís Roberto Barroso e Letícia Martel (2012) aproximam autonomia individual e dignidade da pessoa humana, entendimento que, segundo afirmam, está subjacente às principais declarações de direitos humanos do Século XX e a inúmeras constituições promulgadas no pós-guerra. Os autores situam a dignidade como autonomia no sistema constitucional brasileiro, pontuando que o contexto histórico de sua positivação foi marcado por uma ruptura com o modelo de Estado ditatorial intervencionista e pelo anseio de promover a reconstrução da democracia no Brasil. Por isso, a Constituição revelou maior ênfase nas liberdades das pessoas, por meio de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais.

Os professores consideram que a promoção de uma existência humana digna perpassa, necessariamente, pelo respeito à autonomia individual e afirmam que a dignidade humana compreende uma dimensão de empoderamento (*empowerment*) das pessoas, de modo a oferecê-las elementos possibilitadores de decisões e ações ativas com vias a alcançarem seus objetivos existenciais.

As dimensões da autonomia subjacentes à dignidade da pessoa humana também são reconhecidas pelo filósofo do Direito Ricardo García Manrique, da Universidade de Barcelona. Assevera ele que a autonomia moral – a capacidade de dar-se as normas morais – repousa justamente sobre a dignidade humana. A capacidade para a autonomia converte o homem em ser valioso por si mesmo, pelo que é compreendido como detentor de dignidade. (MANRIQUE, 2009). Nesta órbita, dispõe: "Os seres humanos são dignos (especificamente valiosos) porque são capazes de usar sua razão e sua vontade para dar leis a si mesmos e se reger por elas." (MANRIQUE, 2009, p. 50).

O mesmo percurso é feito pelo professor Thadeu Weber (2012), da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ao afirmar que autonomia e dignidade humana

são conceitos intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados e que a autonomia é o fundamento da liberdade e da dignidade. O professor extrai do imperativo categórico kantiano a razão de ser da dignidade humana e da autonomia. Neste caminho, sustenta que o homem deve ser considerado um fim em si mesmo não por outro motivo senão por ser possuidor de dignidade.

Em obra publicada no ano de 2013 (BARRETO NETO), realizou-se investigação acerca do feitio da aplicação do princípio da autonomia em matéria penal. Sendo o Direito Penal o universo dentro do qual se instalam os pontos de tensão mais sensíveis entre liberdades individuais e coexistência social harmônica, o princípio da autonomia nesta órbita constitui parâmetro decisivo na missão de equilibrar interesses pessoais e manutenção da paz comum. Para além de significar as concepções gerais de autolimitação e organização social, a autonomia, no âmbito penalista, redunda na assunção de critérios mais vigorosos e discursivamente sindicáveis quando se trate de reduzir o exercício das liberdades humanas essenciais.

Para sintetizar, procurou-se, no trabalho anterior, assentar que os principais parâmetros de respeito à autonomia diante da disciplina penalística partem do caráter eminentemente excepcional das interferências penais no âmbito das decisões individuais de sujeitos autônomos. Antes de admitir uma tal intervenção, há de ter-se em conta o caráter antirrestritivo do Direito Penal sobre a autonomia (mesmo em casos de manifestação penalística legítima, deve-se fazê-lo pelos meios menos restritivos); a preferência *prima facie* das decisões autônomas; a interferência dos instrumentos penais apenas em casos de carência de autonomia; e a notável gravidade dos resultados advindos do agir autônomo. (BARRETO NETO, 2013).

O embate entre Direito Penal e autonomia deve, pois, ser permeado – para além das considerações já colocadas ao longo do trabalho – de uma perspectiva de proteção das vulnerabilidades humanas, impedindo a proliferação de comportamentos que, sob o manto da autonomia, queiram legitimar o abuso das desigualdades entre as pessoas e o aproveitamento das fraquezas alheias como forma de ascensão individual. A dogmática penal aparece, neste panorama, como instrumento de valorização da igualdade entre os indivíduos, ora recuando para permitir um amplo desenvolvimento da autonomia pessoal, ora mostrando força para inibir o uso desmedido ou exploratório que o instituto possa assumir como meio de exploração de vulneráveis.

Se a autonomia individual aproxima-se estreitamente das manifestações de dignidade humana, não pode o titular de um direito relacionado ao exercício da autonomia despojar-se

deste direito a ponto de perder qualquer possibilidade de sua fruição *a posteriori*, sob pena de colocar-se em condição de indignidade. Logo, fica claro que não se pode dispor do exercício da autonomia se o resultado de tal disposição redundar em perda ou diminuição do potencial autônomo no futuro. Como ressalta o professor da Universidade da Califórnia (EUA) David O. Brink (1992), com base na filosofia utilitarista de John Stuart Mill, a autonomia não pode ser utilizada para a restrição voluntária da própria liberdade.

É aí que devem ser retomadas as discussões relativas à (in)disponibilidade dos bens jurídicos em jogo.

Sendo os bens jurídicos indisponíveis interesses tão essenciais ao indivíduo que seu titular não possa livremente desfazer-se deles, constata-se que os direitos relacionados ao exercício da autonomia devem ser considerados indisponíveis – eis que fortemente ligados às concepções de dignidade humana, como visto acima.

Mas não invariavelmente.

Deve-se ter em mente que a ação autônoma, por vezes, pode reduzir o indivíduo a estados de indignidade (por exemplo, quando alguém aceita submeter-se à escravidão ou dilapida todo seu patrimônio ou consente com lesões cujos resultados são fatais e irreversíveis). Nestas hipóteses, coloca-se em xeque as manifestações autônomas futuras e a própria dignidade da pessoa. Logo, não é dado ao sujeito decidir livremente em tais casos, podendo-se afirmar tratar-se, neste particular, de bens jurídicos indisponíveis.

Todavia, na outra face, não raros casos existem em que a livre disposição de bens jurídicos não importará em redução do potencial autônomo individual ou em condições indignas de existência. Representativos deste cenário são, em geral, os atos de alienação patrimonial não perdulários, as autolesões ou heterolesões consentidas de baixa gravidade (como o uso eventual de drogas, as práticas sadomasoquistas, a colocação de tatuagens e *piercings*) ou a exposição pública voluntária da imagem (tais quais as produções pornográficas autorizadas ou as participações em *reality shows* televisivos). Diante de circunstâncias como estas, percebe-se que a disposição dos bens jurídicos não afeta de forma irrevogável as possibilidades futuras de agir autonomamente ou a dignidade individual. Daí poder-se dizer que os bem jurídicos *in casu* envolvidos podem ser objeto de livre manejo por seus titulares; são, pois, disponíveis.

Releva esclarecer que a (in)disponibilidade dos bens jurídicos não é conceito estanque e objetivo, mas aferível casuisticamente e de acordo com os padrões de liberdade e dignidade de cada indivíduo, dentro de contextos histórico-comunitários próprios. Obviamente, os parâmetros de dignidade e autonomia serão cambiáveis conforme o meio

social, a moralidade dominante, o comportamento moral do indivíduo e os valores cultuados nos planos social e individual.

Desta forma, conduz-se à conclusão de que serão indisponíveis os bens jurídico-penais que, uma vez renunciados, privem o titular do exercício satisfatório da autonomia ou mitiguem sua dignidade. Ao revés, bens jurídicos disponíveis serão aqueles que, mesmo relegados, não reduzem a autonomia ou a dignidade pessoais a níveis insuperáveis.

De um modo geral, qualquer expressão da autonomia – com repercussão ou não no Direito Penal – deve encontrar barreira no exercício da autonomia de terceiros ou nos imperativos de pacificidade social. Em causas penais, há ainda outro parâmetro autorizativo da retração da autonomia: as intervenções penais estão legitimadas quando, precisamente, falte autonomia decisória ao sujeito alvo da tutela penal. Quando o indivíduo decisor não tenha autonomia suficiente para manifestar um juízo seguro quanto aos rumos eleitos para sua vida, ou quando sobre este mesmo indivíduo recaiam atitudes alheias que venham a menoscabar sua autonomia, devem os mecanismos penais do Estado entrar em ação, para coibir comportamentos autônomos deficientes ou não devidamente autorizados.

Com efeito, casos há em que decisões individuais não obedecem aos requisitos exigidos para sua constituição autônoma, porque o sujeito decisor carece dos elementos fundamentais para o aperfeiçoamento da autonomia. São hipóteses, frequentes, de ausência dos requisitos para o agir autônomo. Quando faltantes estes requisitos e, portanto, não podendo o indivíduo posicionar-se autonomamente em relação à situação fática sobre a qual decide, pode haver, em regra, a manifestação estatal por meio de instrumentos penais.

Claus Roxin (2006) compartilha desta orientação, mencionando causas genéricas em que deve ser acionado o aparato do Direito Penal para coartar ações individuais. O professor alemão defende a legitimidade das intromissões penais na órbita da subjetividade em casos, como os citados, de déficit de conhecimento (perturbação anímica, erro, desenvolvimento biopsíquico insuficiente) ou de voluntariedade comprometida.

Este último aspecto, por sua vez, está relacionado à livre percepção e manifestação da vontade do agente decisor. Quando o sujeito se encontra diante de uma falsa compreensão dos pontos sobre os quais é chamado a decidir ou quando, mesmo compreendendo-os bem, é induzido a um determinado sentido decisório (seja por coação, manipulação ou persuasão), o posicionamento autônomo está prejudicado. Igualmente, em hipóteses como estas, a autonomia perde sua preferência e cede espaço a uma legítima intervenção penalista, tendente a resguardar os bens jurídicos em jogo.

No que se refere à qualidade do bem jurídico-penal posto em causa, tem-se que, em qualquer caso, os bens tidos por indisponíveis poderão ser alvo de intromissões paternalistas, uma vez que deles não podem os sujeitos livremente abrir mão. Diante de hipóteses em que os titulares dos bens jurídicos indisponíveis – ainda que num contexto de autonomia plena – queiram deles se despojar, a ingerência paternalista do Direito Penal estará legitimada, para impedir que o indivíduo se coloque em posição de indignidade futura.

Quando em jogo bens jurídicos disponíveis, a regra é que as ações paternais são vedadas, em respeito à autonomia individual, consagrando os valores constitucionais e sistêmicos de primazia da liberdade de autodeterminação. Entretanto, será possível autorizar a intervenção paternalista na defesa de bens jurídicos disponíveis quando ao sujeito decisor faltem os requisitos do agir autônomo satisfatório; é dizer, em panoramas de carência de autonomia ou verificação de vulnerabilidades. Na espécie, o ato paternal representa uma integração ou complementação da autonomia individual deficitária, não uma invasão à liberdade do decisor. O paternalismo intervém para impedir decisões mal formuladas e manifestações inadequadas, errôneas ou deturpadas que ameacem os bens jurídicos disponíveis. Entende-se, aqui, que o titular do bem jurídico não o disporia se estivesse em poder bastante de sua autonomia decisória.

Justamente por conta de suas peculiaridades teóricas e práticas é que a disciplina penalista demanda uma apreciação diferenciada sobre a autonomia. Isso porque obstruções ao exercício da autonomia, no âmbito penal, podem levar à assunção de uma postura paternalista por parte do Estado sancionador, que vem a tomar decisões contrárias ao alvedrio do indivíduo e, por isso, passa a puni-lo, a pretexto de fazer-lhe um bem. No particular, observa-se a imposição de sanções penais que recaem sobre o próprio indivíduo supostamente protegido, em virtude de seu comportamento ser considerado pelo Estado como maléfico a si mesmo. Nas palavras de Claus Roxin (2006), o Estado assume a função de proteger o sujeito dele mesmo. Bernd Shunemann (2005) comunga deste entendimento, ao sustentar que não se deve proteger um bem jurídico contra a vontade de seu titular, sob pena de violação de sua liberdade de ação.

Nesta linha, e para sintetizar, resguarda-se a autonomia decisória individual contra a intervenção penalística do Estado em prol de pessoas suficientemente autônomas no trato de bens jurídico-penais disponíveis. Para as situações de autonomia reduzida ou presença de vulnerabilidades, admite-se que a mão estatal do Direito Penal possa intervir, sejam os bens disponíveis ou não. Em todo caso, cuidando-se de bens jurídicos indisponíveis, é também legítima a incursão do Direito Penal na esfera de autonomia privada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As correntes filosóficas que tendem a compreender a autonomia como liberdade de autodeterminação individual, nos moldes tratados por Kant e pela ideologia liberal, rechaçam a interdição de terceiros sobre as ações individuais, salvo em hipóteses de carência de autonomia ou em vista de possíveis ofensas aos direitos e interesses alheios. Fermín Schramm (1998) chama a atenção, nesta senda, para o fato de que os estudos sobre autonomia que realçam a liberdade em relação a condicionamentos externos opõem-se ao paternalismo mesmo diante de graves riscos a bens físicos ou morais das pessoas, exceto se a conduta vulnerar interesses alheios.

Assim, convocando, neste momento, a classificação doutrinária das intervenções paternalistas – expostas no item 3 – tem-se como admissível o paternalismo jurídico-penal moderado (*soft*), que ganha lugar quando o poder punitivo do Estado é acionado para tutelar sujeitos em situações de carência de autonomia. Também, as formas de paternalismo do tipo fraco (*weak*) e por assimetria de informações são, aqui, consideradas legítimas, porque procuram resguardar os sujeitos afetados de um quadro de entendimento comprometido, por falsa percepção da realidade fática ou por falta de informações suficientes à decisão a ser tomada.

Não se pode dizer, nestas hipóteses, que há desrespeito à autonomia decisória individual, pois a intervenção paternalista efetiva-se num cenário de insuficiência ou ausência total de autonomia e, bem assim, em situações de vulnerabilidade da parte protegida. É uma forma, portanto, de compensar uma fragilidade dos indivíduos tutelados, compatibilizando-se com os imperativos de justiça (igualdade de condições), beneficência (promoção de um bem) e não-maleficência (evitação de um mal).

Também aqui têm importante papel os bens jurídico-penais objeto de tutela. Em face daqueles bens jurídicos que significam para o indivíduo a manutenção de suas faculdades de autonomia e a preservação da sua dignidade, entende-se que não é dado ao titular deliberadamente renunciar, alienar ou rejeitar tais bens, sob pena de inserir-se em condição de vulnerabilidade e indignidade. São bens, por isso, considerados indisponíveis. Quanto a eles, visando a impedir a configuração de situações de perda de autonomia individual e/ou menoscabo da dignidade humana, o Direito Penal obtém legitimidade de todo o sistema normativo-axiológico que emana da Constituição Federal para imiscuir-se na órbita da

autonomia particular e adotar posturas paternalistas que preservem os bens em ameaça, mesmo sendo o decisor plenamente autônomo.

Na outra mão, relativamente àqueles bens jurídicos que, uma vez alijados do seu titular, não o privam de uma vida autônoma e digna – bens considerados, pois, disponíveis –, a regra que deflui do tecido constitucional é a de observância da autonomia individual, impedindo ao Estado a adoção de comportamentos paternalistas. Abre-se exceção, contudo, nos casos de carência ou inexistência de autonomia decisória do titular do bem, quando estará justificada a ingerência paternalista da lei penal, assegurando-se os direitos das pessoas que não detêm todas as condições e instrumentos para exercer satisfatoriamente sua autonomia.

Neste passo, vê-se que um papel paternal por parte do Estado tem admissibilidade questionável em face dos valores – já referidos – que informam o plexo constitucional brasileiro. Com efeito, quanto ao princípio da autonomia em Direito Penal, sua incidência só pode ser limitada pela ação autônoma de outrem ou pelos ideais de manutenção social. Não existe cabimento constitucional em se diminuir a amplitude da autonomia de alguém com fins de proteção dele contra ele mesmo, tampouco na previsão de castigos criminais como meio de concretizar tal proteção.

No trabalho de autorizar ao legislador criminal que intervenha na esfera de autonomia decisória particular, não se deve prescindir da análise quanto à presença, *in concretum*, dos requisitos próprios da ação autônoma e da configuração de vulnerabilidades, além de, igualmente, proceder ao exame do feitio de (in)disponibilidade dos bens jurídico-penais em jogo.

REFERÊNCIAS

ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico.* Madri: Iustel, 2006.

ARCHARD, David. Paternalism defined. *Analysis*. Oxford, vol. 50, n. 01, jan. 1990.

ARNESON, Richard J. Paternalism. In: CRAIG, Eduard. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, vol. 07, 1998.

ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Doxa*: cuadernos de filosofia del derecho, vol. 05. Alicante: Universidad de Alicante, 1998.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. O princípio constitucional da autonomia e sua implicação no Direito Penal. In: Nestor Eduardo Araruna Santiago; Paulo César Corrêa Borges; Cláudio José Langroiva Pereira. (Org.). *Direito Penal e Criminologia*: XXII Congresso Nacional do Conpedi. São Paulo: Fundação José Arthur Boiteux, 2013, v. único, p. 33-62.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.) *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução de Arno Bessel e Rui Gilberto Staats. 2. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2011.

BRINK, David O. Mill's Deliberative Utilitarianism. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, n. 01, pp. 67-103, 1992.

DOLAN, Paul; PEASGOOD, Tessa. Measuring Well-being for Public Policy. Preferences or Experiences? *Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 37, jun. 2008.

DWORKIN, Gerald. Autonomy and behavior control. *The Hastings Center Report*. Garrison, vol. 06, n. 01, fev. 1971.

_____. Moral paternalism. *Law and Philosophy*, Holanda, v. 24, n. 03, 2005.

_____. *Paternalism.* The Stanford Encyclopedia of Philosophy. ZALTA, Edward N (ed.) Disponível em < http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/ > Acesso em: 10 dez. 2014.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Nova Iorque: Oxford, 1984.

_____. *Harm to self*. Nova Iorque: Oxford, 1986.

_____. *Harmless wrongdoing*. Nova Iorque: Oxford, 1988.

_____. *Offense to others*. Nova Iorque: Oxford, 1985.

FOTION, Nicholas. Paternalism. *Ethics*, Chicago, vol. 89, n. 2, 1979.

KUFLIK, Arthur. The utilitarian logic of inalienable rights. *Ethics*, Chicago, vol. 97, out. 1986.

MANRIQUE, Ricardo García. La dignidad y sus menciones en la declaración. In: CASADO, M. (org.). *Sobre la dignidad y los princípios*: Análisis de la Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal.* Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face dos bens jurídicos indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*, Belo Horizonte, vol. 06, n. 01, jan./jun. 2008.

MIR PUIG, Santiago. *El objeto del delito*. Nueva Enc. Jurídica. Barcelona: F. SEIX, 1982, t. XVII.

POST, Robert. *Dignity, autonomy and democracy*. Disponível em: < http://escholarship.org/uc/item/8h98x8h9#page-1 > Acesso em: 01 mar. 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. v. 1. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no Direito Penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, vol. LVI, fasc. 227, jul./set. 2007.

ROXIN, Claus. *Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena?* Sobre a legitimação das proibições penais. In: Estudos de Direito Penal. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANKOWSKI, Edward. "Paternalism" and social policy. *American Philosophical Quarterly*. Chicago, vol. 22, n. 01, jan. 1985.

SCHRAMM, Fermín Roland. A Autonomia Difícil. *Bioética*. Brasilia, v. 6, n. 1, 1998.

SHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 53, mar./abr. 2005.

SUBER, Peter. Paternalism. In: BERRY GRAY, Christopher (Org.). *Philosophy of Law*: an encyclopedia, vol. II. Nova Iorque: Garland, 1999.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WEBER, Thadeu. Autonomia, dignidade da pessoa humana e respeito em Kant. In: *Sujeito e liberdade*: investigações a partir do idealismo alemão. UTZ, Konrad; BAVARESCO, Agemir; KOZEN, Paulo Roberto (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.