

*Pós-doutor em Direitos Humanos (Direitos Sociais) pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público e em Ciências Criminais pela Faculdade Independente do Nordeste. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduado em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. Professor Adjunto de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Professor de Direito da Execução Penal na Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Diretor Geral da Faculdade Santo Agostinho de Itabuna.
E-mail: luciano.tourinho.jus@gmail.com

**Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasil de Ensino - IBRA. Especialista em Criminologia pela Faculdade de Paraíso do Norte - FAPAN/UNIBF. Pós-graduanda em Direitos Fundamentais e Justiça, com ênfase na linha de Justiça Restaurativa e Teorias Contemporâneas do Direito Penal pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Professora de Direito Penal e Jurisdição Constitucional da Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista - FASAVIC.
E-mail: anapaula_sotero@hotmail.com

***Graduanda em Direito. Integrante da Diretoria de Pesquisa e de Simulações do Instituto de Ciências Penais - ICP Jovem. Diretora de Pesquisa e Extensão do Núcleo em Direito, Inovação e Negócios - NEDIN. Integrante do Grupo de Estudos em Direito Penal - FGV. Integrante de Iniciação Científica, vinculada ao Grupo de Estudos em Ciências Criminais - GeCrim.
E-mail: czlivia@outlook.com

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E A (I)LEGITIMIDADE DO ARTIGO 122: IMPLICAÇÕES DOGMÁTICAS DA AUTONOMIA NO DIREITO PENAL

THE (UN) CONSTITUTIONALITY AND (IL) LEGITIMACY OF THE ARTICLE: DOGMATIC IMPLICATIONS OF AUTONOMY IN CRIMINAL LAW

Luciano de Oliveira Souza Tourinho*
Ana Paula Silva Sotero**
Lívia Cardoso Louzada***

Como citar: TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza; SOTERO, Ana Paula Silva; LOUZADA, Lívia Cardoso. A (in) constitucionalidade e a (i)legitimidade do artigo 122: implicações dogmáticas da autonomia no direito penal. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 16, n. 3, p. 207-226, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.207. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo objetiva examinar a (in) constitucionalidade e a (i)legitimidade do art. 122 do Código Penal, recentemente alterado pela Lei 13.968/19, que tipifica a participação no suicídio e na automutilação de outrem. O problema se encontra no conflito entre o interesse estatal na proteção dos bens jurídicos vida e integridade física e o legítimo interesse no respeito à autonomia daquele que pratica a autolesão. A solução para tal situação mostra-se controvertida e extremamente relevante, precisamente ao direito penal. A pergunta a que se direciona a pesquisa é se pode o direito penal cominar responsabilidade àquele que auxilia, instiga ou induz outrem ao cometimento de suicídio ou automutilação. A partir desse questionamento, por meio do método exploratório e da abordagem lógico-dedutiva, expõe-se a insuficiência dos fundamentos que supostamente legitimam a criminalização da participação em suicídio e automutilações e, simultaneamente, projeta-se uma proposta de tratamento adequado às condutas descritas no tipo em exame.

Palavras-Chave: Paternalismo; Autodeterminação; *Ultima ratio*; Vitimodogmática.

Abstract: This article aims to examine the (un)constitutionality and the (il)legitimacy of the article 122 of the Criminal Code, recently amended by the Law nº 13.968/19, which typifies the participation in the suicide or self-mutilation of someone else. The problem lies in the conflict between the state's interest in

protecting the juridical assets of life and physical integrity and the legitimate interest in respecting the autonomy of those who practice self-harm. The solution to this situation is controversial and extremely relevant, precisely for the Criminal Law. The question to which the research is directed to is whether the Criminal Law can hold responsible those who assist, instigate or induct someone else to commit suicide or self-mutilation. From this question, using the exploratory method and logical-deductive approach, the insufficiency of the foundations that supposedly legitimize the criminalization of the participation in suicide or self-mutilation is exposed and, simultaneously, a proposal of adequate treatment to the behaviors described in the type under examination is projected.

Keywords: Paternalism; Self-determination; *Ultima ratio*; Victimodogmatic.

INTRODUÇÃO

Na legislação penal pátria, o suicídio, caracterizado pela ação voluntária de um indivíduo em tirar a própria vida, não é punido. No entanto, a *contrario sensu* da legislação estrangeira, a exemplo da alemã, no Brasil, a conduta de induzir, instigar ou auxiliar no suicídio de outrem é tipificada pelo art. 122 do Código Penal¹. Argumenta-se na doutrina nacional que a ninguém é dado o direito de contribuir com o suicídio de outrem, sob a justificativa de que a vida é bem jurídico indisponível, inalienável e irrenunciável por parte do indivíduo².

Após a alteração promovida com o advento da Lei 13.968/19, a participação em automutilações foi acrescida ao tipo penal em exame. Ao passo que o artigo art. 122 exigia para a consumação do delito o resultado morte ou lesão corporal de natureza grave, a nova redação transformou o tipo em crime meramente formal. Tomando em consideração tal premissa, no cenário atual, aquele que auxilia, instiga ou induz o suicídio ou a automutilação de outrem, ainda que não haja resultado, comete o delito em comento. Assim, por exemplo, se Y emprestar sua corda para que X cometa suicídio, mas esse desistir do ato minutos depois, o crime já estará consumado.

Pouco se discute no Brasil a respeito dos reflexos jurídico-penais da referida tipificação, cujo fundamento, ao menos numa primeira análise, parece se sustentar em um paternalismo duro, visto que imputa responsabilidade a terceiro por condutas praticadas e queridas pelo titular do bem jurídico protegido pela norma penal, visando o seu bem-estar³.

Ocorre que, com a evolução do sistema constitucional e tendo como base um Estado Democrático e Liberal, a autonomia e, conseqüentemente, a autodeterminação, passaram a ser fortemente valorizadas, fato que conduziu significativas transformações relativas aos fundamentos e limitações das intervenções estatais na esfera individual e afastou a legitimidade das normas penais paternalistas.

Diante desse cenário, o problema que circunda o art. 122, praticamente não debatido pela doutrina brasileira, encontra-se no confronto entre duas orientações: uma perspectiva de índole paternalista, voltada para a proteção dos bens jurídicos vida e integridade física, ainda que contra a vontade do titular; e outra assentada no respeito à autonomia individual.

Agregadas essas considerações, cumpre indicar que o presente artigo tem como finalidade examinar a (in)constitucionalidade dos delitos descritos no art. 122 e, simultaneamente, investigar a (i)legitimidade dessa intervenção penal. Por fim, pretende-se apresentar uma proposta de tratamento dogmático adequado às condutas descritas no tipo penal em estudo. Assim, a pergunta aqui a ser respondida é a seguinte: pode o direito penal cominar responsabilidade àquele que auxilia, instiga ou induz outrem ao cometimento de suicídio ou automutilação?

1 “Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”.

2 Nessa linha, cf. Hungria (1958, p.226); Nucci (2019, p.164); Bitencourt (2020, p.476).

3 O paternalismo duro ou rígido caracteriza-se pela proteção dos bens jurídicos contra a vontade do seu titular, visando o seu “bem estar”, enquanto o paternalismo indireto trata-se de proibição dirigida a terceiro que lesiona determinado bem jurídico com o consentimento do seu titular (MARTINELLI; SCHMITT, 2020, p.150).

A presente pesquisa se utilizou de uma metodologia exploratória e bibliográfica, a partir da análise de cultores da área criminal, e de uma abordagem lógico-dedutiva, a fim de estabelecer os limites da atuação estatal diante de condutas realizadas e queridas pela própria “vítima”. Refere-se, assim, ao exame sobre a possibilidade de se atribuir dogmaticamente uma valoração da conduta do ofendido no momento de apreciação da tipicidade.

Para desenvolver os objetivos traçados, inicialmente, com o intuito de investigar o fundamento do tipo penal em comento e suas eventuais problemáticas, pontua-se breves considerações às intervenções paternalistas no direito penal e levanta-se eventuais contrapontos com o direito à autodeterminação (I); posteriormente, investiga-se a legitimidade das intervenções penais com base nos princípios constitucionalmente instituídos (II); depois, tece-se críticas ao art. 122, confrontando o modelo tradicional paternalista, a fim de estabelecer os limites da norma jurídico-penal frente à autodeterminação (III); e, por fim, apresenta-se uma proposta de tratamento dogmático adequado, assentada no respeito à autonomia (IV).

1 O CONFRONTO ENTRE AS INTERVENÇÕES JURÍDICO-PENAIAS PATERNALISTAS E O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

É incontroverso que o ordenamento jurídico brasileiro assegura o direito constitucional à vida, à integridade física e à saúde, no entanto, discute-se no domínio doutrinário a legitimidade das intervenções penais que visam à proteção desses bens jurídicos diante da sua disponibilidade. Aqui se ergue a dicotomia entre uma perspectiva tradicional, pautada em valores morais de uma ética paternalista, e a ideia de respeito à autodeterminação que, por sua vez, denota como substrato, especialmente num cenário pós-constituição de 1988, o direito à liberdade, à vida digna e à pluralidade.

O termo paternalismo exprime a intervenção sobre a liberdade de outrem com vistas ao seu próprio bem-estar (DWORKIN, 2012, p. 9). É dizer, o paternalista é aquele que trata como criança um adulto capaz e responsável com a convicção de que sabe o que é melhor para esse, ainda que, para isso, sejam desprezadas as vontades e, conseqüentemente, a autodeterminação desse indivíduo (ESTELLITA, 2007, p. 334).

O paternalismo pode estar presente tanto na relação entre indivíduos quanto na imposição de proibições pelo Estado. Esse último, foco desta investigação, é chamado de paternalismo legal e solidifica-se por meio de normas que determinam ao indivíduo padrões de conduta autoprotetivos (SIQUEIRA, 2019, p. 47). O paternalismo legal subdivide-se no chamado *hard paternalism* ou presumidamente censurável e no *soft paternalism* ou presumidamente não censurável (ESTELLITA, 2007, p. 334).

Em face de proibições norteadas por um paternalismo leve ou moderado (*soft paternalism*) as intervenções do Estado na esfera individual são legitimadas perante um déficit de autonomia do sujeito protegido (SCHÜNEMANN, 2013, p. 91). Seriam os casos, por exemplo, de perturbação

psíquica, coação ou menoridade do afetado. Nessas situações, haveria uma legítima autorização para a limitação de liberdade dos indivíduos por parte do Estado, visto que não seria possível respeitar a autonomia daquele que não possui irrestrita capacidade de atuar autonomamente (SIQUEIRA, 2019, p. 47).

Diante do controverso tema da participação em suicídio, poderiam se encaixar no referido contexto as intervenções que visam proteger o indivíduo do chamado “suicídio apelativo”, ou seja, das situações em que o indivíduo não tem o propósito de morrer, mas sim de realizar um apelo aos demais (SCHÜNEMANN, 2013, p. 92). No entanto, como será demonstrado no decorrer deste estudo, sendo possível constatar que a vontade do sujeito em tirar a própria vida é verdadeiramente autônoma e inequívoca, não será possível falar em *soft paternalism*.

Noutro plano, ao se adotar um paternalismo duro (*hard paternalism*), impõe-se a proteção de indivíduos capazes às suas próprias escolhas, tomadas consciente e voluntariamente, visando o seu bem-estar (GRECO; KASECKER, 2018, p. 136). Para a efetivação desse objetivo, ignora-se a vontade livre e informada do sujeito capaz, impondo, por meio de comportamentos positivos ou negativos, condutas autoprotetivas (MARTINELLI, 2015, p. 13).

O paternalismo jurídico subdivide-se, ainda, em indireto ou direto. Este diz respeito a proibições de condutas autolesivas, como, por exemplo, os tipos penais que proíbem o porte de drogas para uso pessoal e as normas de segurança relativas ao uso obrigatório de capacete e cinto de segurança, enquanto aquele se relaciona com proibições que visam proteger os indivíduos de lesões externas por eles consentidas (SCHÜNEMANN, 2013, p. 91), tais como a criminalização da participação em suicídio.

Para as correntes paternalistas, justifica-se a intervenção na liberdade de sujeitos autônomos na indisponibilidade dos bens jurídicos (SANTIAGO NINO, 2007, p. 211). Implica dizer que, segundo essa lógica, caso o bem jurídico protegido seja considerado indisponível, haverá legitimidade nas intervenções do Estado, ainda que contra a vontade do afetado.

De outro modo, em relação aos bens jurídicos disponíveis, os indivíduos, desde que dotados de autonomia, poderão abrir mão da proteção estatal, incidindo, portanto, somente um paternalismo leve ou moderado. Assim, ao se tratar de bens jurídicos disponíveis, apenas nos casos em que haja déficits de autonomia será permitida a intervenção estatal na proteção de determinado bem jurídico sem a autorização do seu titular (MARTINELLI, 2010, p. 116).

A partir dessas características apresentadas, não restam dúvidas de que a tradicional legislação penal, precisamente em seu art. 122, autoriza uma intervenção verdadeiramente paternalista (*hard paternalism*), porque impõe a proteção quase absoluta à vida e à integridade física, descartando a vontade autônoma do titular de promover uma autolesão, implicando na responsabilização penal de um terceiro que meramente contribui.

Convém mencionar que é necessário que sejam levados a sério os custos dessa criminalização, pois não se pode ignorar o fato de que, mesmo havendo relevante interesse na proteção dos aludidos bens jurídicos pelo Estado, esses nem sempre estão em primeiro plano na visão do indivíduo (SIQUEIRA, 2019, p. 42).

Emerge-se, assim, o confronto entre duas orientações: uma de índole paternalista, que visa à proteção absoluta dos bens jurídicos individuais em prol do seu bem-estar, contra a vontade do beneficiário; e outra disciplinada pelo respeito à autodeterminação. Nessa linha, há de se averiguar qual a diretriz que melhor se adequa às máximas constitucionais, assim como ao próprio direito penal⁴.

1.1 AUTONOMIA COMO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

A autonomia está diretamente relacionada à elaboração de uma teoria legitimadora do direito penal em face das normas democrático-liberais (SANTIN, 2020, p. 69). Pela orientação atual, a decisão autônoma é aquela que expressa genuinamente a vontade de seu titular (MINAHIM, 2015, p. 42), fator essencial à manutenção de uma sociedade diversificada e capaz de garantir as liberdades individuais daqueles que a ela pertencem.

Nesse alinhamento, a autonomia confere ao indivíduo o poder de decidir por si próprio, a partir dos seus princípios e desejos pessoais (SIQUEIRA, 2019, p. 68). No plano jurídico, a autonomia representa o “direito de viver segundo a própria concepção de uma vida boa” (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649) e de hierarquizar e ponderar os próprios valores. Como é de se antever, isso importa na admissão de um direito à autodeterminação, isto é, o direito de controlar questões que lhe são privadas e que não afetam direitos alheios, tais como a destinação do seu próprio corpo (HILGENDORF, 2019, p. 40).

Se tal premissa for assumida como válida, não será possível afirmar, levando em consideração razões meramente religiosas ou morais, que quem atenta contra a própria vida ou a própria integridade física carece de autonomia. O reconhecimento do direito à autodeterminação pelo direito implica, justamente, em respeitar as escolhas livres e autorreferenciais, ainda que essas destoem da aprovação de uma maioria.

Cumprir destacar que, para a correta compreensão da autonomia como direito, a pergunta a ser enfrentada deve ser formulada nos seguintes termos: em que consiste uma decisão verdadeiramente autônoma?

Em primeiro lugar, como pressuposto essencial ao exercício da autonomia, tem-se a capacidade, entendida como “grau mínimo de habilidade exigido para ser considerado competente para tomar decisões autônomas” (SIQUEIRA, 2019, p. 73). Com efeito, decisões tidas como “ruins” ou que possivelmente representem um perigo à saúde daquele que delibera não descaracterizam a capacidade, afinal o sujeito autônomo detém aptidão para hierarquizar os seus bens jurídicos da maneira que bem entender. O direito à autonomia é, portanto, também o direito a decidir irracionalmente (SIQUEIRA, 2019, p. 75).

Exige-se, ainda, para configuração de uma decisão autônoma, que a decisão seja

4 A dogmática jurídico-penal, enquanto responsável por esclarecer os pressupostos substanciais de uma aplicação da *lex lata*, deve examinar o sentido e o contexto de fundamentação da lei penal, relacionando-as, por meio de um sistema coerente, aos preceitos fundamentais do ordenamento jurídico. Assim, ao se verificar um confronto entre duas ou mais teorias, prefere-se aquela que melhor corresponde aos critérios dos cânones interpretativos e aos paradigmas fundamentais. (KINDHÄUSER, 2020, p.28-29).

suficientemente informada (MINAHIM, 2015, p.40), pois, na situação em que o indivíduo desconheça os riscos de sua conduta, não há como afirmar que há exercício de sua autonomia (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 104). Ademais, é preciso que a decisão seja tomada de forma livre, isto é, afastada de qualquer coação ou de vícios de vontade (HILGENDORF, 2019, p. 49; SANTIN, 2020, p. 68).

E aqui, já de saída, é preciso estabelecer a vinculação da autonomia com a liberdade e a responsabilidade, visto que seu reconhecimento fixa não apenas um direito, como também um ônus, ou seja, a responsabilidade do sujeito autônomo por suas condutas e decisões (SIQUEIRA, 2019, p. 64). O indivíduo que, tendo a competência para tomar suas próprias decisões e a capacidade de hierarquizar os seus valores, dá aos seus bens jurídicos sua própria destinação, denota também a responsabilidade direta por essas escolhas.

Não há dúvidas quanto à responsabilização do sujeito cujas condutas afetam os bens jurídicos de outrem. No entanto, tratando-se de decisões autorreferenciais, questiona-se: seria adequado atribuir responsabilidade a alguém que meramente contribui com as condutas queridas e realizadas por um indivíduo dotado de autonomia?

Antes de responder os questionamentos sobreditos, é preciso verificar se houve adoção da autodeterminação como direito no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que concerne aos mandamentos constitucionais, a fim de decifrar a seguinte indagação: é possível enunciar a existência de um princípio constitucional da autonomia?

1.2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À AUTODETERMINAÇÃO

Ainda que a autonomia não tenha sido reconhecida expressamente pela Constituição de 1988 em sua redação, o direito à autodeterminação assenta-se como uma expressão indissociável dos princípios e fundamentos constitucionais vinculados estritamente ao Estado Democrático em que se inserem (MINAHIM, 2015, p. 35), tais como a liberdade, dignidade humana e o pluralismo, consubstanciados, respectivamente, no art. 5º, caput e art. 1º, III e V, ambos da CF/88 (BRASIL, 1988).

No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, nos quais o princípio unificador é o alicerce dos direitos fundamentais (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 236) colocando o indivíduo em posição de centralidade no ordenamento jurídico (SIQUEIRA, 2020, p. 24).

Immanuel Kant (2005, p. 74), em sua obra, já manifestava que a autonomia compreende o fundamento da dignidade da natureza humana, bem como de toda sua natureza racional, o que nos permite indagar se, sendo a autonomia uma condição intrínseca ao homem, poderia então ser reconhecida como uma dimensão direta e necessária do direito fundamental à dignidade humana?

Nessa esteira, desenvolvem-se as modernas concepções sobre a dignidade humana, no sentido de que, sendo essa um valor intrínseco de todos os seres humanos, ela estaria essencialmente relacionada à autonomia de cada indivíduo (BARROSO, 2013, p. 132). Em outras palavras, a

dignidade humana está intrinsecamente ligada à autonomia individual, visto que esta confere aos sujeitos o poder de eleger seus próprios projetos de vida conforme os seus valores, desejos, ideais e, conseqüentemente, com a sua própria concepção de vida digna.

Como consequência, não é legítimo a sociedade ou ao Estado, orientados por valores externos, impor determinado estilo de vida, pois “se a dignidade é da pessoa humana, e não da sociedade ou de terceiros, a autonomia se torna um pressuposto do seu verdadeiro reconhecimento” (SIQUEIRA, 2020, p. 24). Afinal, quem melhor para dizer o que é uma vida digna para si do que o próprio indivíduo?

A autonomia e, conseqüentemente, a autodeterminação são, portanto, condições inerentes à dignidade humana, uma vez que a vida, conforme os padrões civilizatórios vigentes num sistema democrático, somente seria digna se ajustada a uma maior liberdade dos sujeitos a viverem de acordo com a própria concepção de dignidade, isto é, livres em suas escolhas e vontades personalíssimas e autorreferenciais.

Nesse mesmo sentido, também não há como observar a máxima da dignidade humana sem reconhecer um pluralismo que pressupõe, naturalmente, a convivência pacífica entre projetos de vida diferentes (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 336). Isso porque não existe apenas um modelo de dignidade, mas sim diferentes concepções baseadas nos valores pessoais de cada indivíduo, as quais devem ser igualmente asseguradas.

A perspectiva apresentada corresponde ainda com o contexto de ruptura de um modelo ditatorial intervencionista em que a Constituição de 1988 foi instituída, o que fortalece a ideia de que impor determinado estilo de vida ou impedir alguém de atuar conforme os seus desejos e valores pessoais é negar-lhe não só a autonomia, mas a sua dignidade (SIQUEIRA, 2020, p. 25).

Ademais, a autonomia caracteriza-se também como uma expressão intrínseca do direito fundamental à liberdade (MINAHIM, 2015, p. 28), cujo conteúdo compreende a vedação de interferências na esfera da subjetividade alheia e a proteção das liberdades humanas em seu sentido de livre formação, manifestação, desenvolvimento e expansão (SIQUEIRA, 2020, p. 77).

Partindo desse pressuposto, não é possível garantir um direito fundamental de liberdade sem admitir a autodeterminação dos indivíduos sobre o seu próprio corpo, bem como sua autonomia para realizar suas escolhas a partir das suas próprias convicções e de desenvolver-se livremente, de acordo com os seus valores pessoais⁵. Trata-se de assegurar o direito de determinar autorresponsavelmente o seu próprio destino, o seu corpo, a sua mente e, conseqüentemente, de escolher a forma que irá viver ou morrer (SANTIN, 2020, p. 70).

Dessa forma, não há outra saída que não seja reconhecer a autonomia como uma das dimensões constitucionais do direito fundamental à liberdade, à pluralidade e à dignidade da pessoa humana. Isto posto, levanta-se o seguinte questionamento: as intervenções jurídico-penais paternalistas, isto é, que ignoram a vontade autônoma do beneficiário, são legítimas? Em outras palavras, o art. 122 do Código Penal, ao tipificar conduta daquele que somente contribui com uma autolesão, é constitucional?

⁵ Negar a autonomia de um indivíduo é, portanto, negar a sua liberdade e, conseqüentemente, “retirar a vontade que lhe é intrínseca como ser racional e o reduzir à condição de mero objeto, anulando-o”. (SANTIN, 2020, p.70).

O principal argumento utilizado para legitimar um modelo paternalista e, desse modo, possibilitar tipificações como aquela disposta no referido artigo, trata-se da idealização de um direito absoluto à vida, por, teoricamente, se tratar de um bem jurídico indisponível. Aqui se elevam as seguintes indagações: existem bens jurídicos indisponíveis diante da autonomia de seu titular? Quais os limites da atuação do direito penal diante das escolhas autônomas e autorreferenciais dos seus tutelados?

O primeiro questionamento será respondido, posteriormente, no decorrer da apresentação da proposta dogmática (item 4) deste artigo. Contudo, agora, convém averiguar as bases da legitimação da tutela penal no Estado Democrático de Direito, a fim de estabelecer os limites das intervenções jurídico-penais na esfera privada.

2 A LEGITIMAÇÃO DAS INTERVENÇÕES JURÍDICO-PENAIIS NA ESFERA INDIVIDUAL

Superadas as questões quanto à consolidação de um direito constitucional à autonomia no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário compreender os fundamentos e limitações das intervenções do direito penal na esfera pessoal dos cidadãos, especialmente no contexto das autolesões.

No Estado democrático-liberal, o direito penal, enquanto instrumento mais agressivo de restrição da liberdade, tem a sua atuação condicionada aos valores e máximas instituídos constitucionalmente (KINDHÄUSER, 2020, p. 32). A tutela penal deve ser restrita, proporcional e subsidiária, de modo a configurar a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos (SCHÜNEMANN, 2013, p. 89), conservando, assim, uma função eminentemente preventiva.

Em razão desse caráter subsidiário, a liberdade dos indivíduos só pode ser restringida na exata medida necessária (ROXIN, 2002, p. 82), ocasião em que se proíbe ações que lesionam ou colocam em perigo bens jurídicos relevantes (KINDHÄUSER, 2020, p. 44).

Além disso, os limites impostos ao legislador na formulação dos tipos penais precisam ser racionalizados a partir das condições que fundamentam o seu poder punitivo dentro de um Estado Democrático (SCHÜNEMANN, 2013, p. 75), uma vez que “a segurança por meio do Estado e segurança contra o Estado limitam-se reciprocamente” (KINDHÄUSER, 2020, p. 43).

Dessa necessidade de limitar a atuação do direito penal é que se desenvolve a máxima da *ultima ratio* que, em poucas palavras, pressupõe uma ponderação, orientada pelos fins político-criminais (GRECO, 2000, p. 126), entre a necessidade de proteção dos bens jurídicos e a adequação de tal proteção ao direito penal pelo legislador (SCHÜNEMANN, 2013, p. 79).

Nessa perspectiva, o legislador, ao criminalizar determinada conduta, precisa atentar-se a uma rede de categorias, tais como a espécie do bem jurídico protegido, sua estrutura e, ainda, ao papel empenhado pela vítima (SCHÜNEMANN, 2013, p. 86).

No que se refere à espécie do bem jurídico protegido, tem-se que, ao se tratar de bens

jurídicos individuais, tais como a vida, a saúde ou a integridade física, as intervenções jurídico-penais, para que sejam legitimadas, precisam garantir o livre desenvolvimento dos indivíduos pelo Estado (KINDHÄUSER, 2020, p. 44). Isto é, não basta a mera proteção dos bens jurídicos de ataques externos, tal proteção deve se alinhar às vontades do indivíduo protegido pela norma penal.

Por tal razão, vê-se que uma das clássicas expressões do paternalismo duro é, justamente, a estratégia de esconder o paternalismo por meio da criação superficial de bens jurídicos aparentes (SCHÜNEMANN, 2013, p. 96). Implica dizer: aplica-se a errônea aglomeração de bens individuais como pseudo-justificação de incabíveis antecipações do direito penal (SCHÜNEMANN, 2013, p. 101), ignorando a autonomia do titular em prol de uma suposta proteção de bens jurídicos “coletivos”.

Um exemplo disso seria a “saúde pública”, classificada pela doutrina como um bem jurídico coletivo, no entanto, aquela nada mais é do que a soma das saúdes de cada cidadão, isto é, trata-se, na verdade, de um bem individual (SCHÜNEMANN, 2013, p. 81). Assim, quando o indivíduo autônomo decide, por exemplo, autolesionar-se, as intervenções jurídico-penais que visem protegê-lo contra a sua vontade, sob a justificativa de proteção da “saúde pública”, na realidade, não se legitimam.

Em outras palavras, sendo um bem jurídico individual, a proteção da saúde pelo direito penal deve estar alinhada à autodeterminação do seu titular, pois a liberdade sobre o próprio corpo não pode ser “esmagada em nome de vagas entidades plurais, como bem comum, interesses comuns ou a vontade geral” (MINAHIM, 2015, p. 59).

Em relação à última categoria que deve ser observada pelo legislador durante a criminalização de uma conduta, qual seja, o papel empenhado pela vítima, desenvolve-se a chamada vitimodogmática, que, como máxima de interpretação, confere limitações à atuação do direito penal e indica não ser possível proteger um bem jurídico contra a vontade autônoma de seu titular (SCHÜNEMANN, 2013, p. 87).

Por meio dessa ótica, confere-se à vítima maior relevância no plano da dogmática jurídico-penal. Noutros termos, implica dizer que “nos casos em que a vítima está em condições de autoprotoger-se e essa autoproteção pode dela ser exigida, faltaria a necessidade, segundo o princípio da *ultima ratio*, de fazer uso do direito penal” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 12).

Nesse alinhamento, vê-se que as normas penais fundadas em um paternalismo duro – visando o bem estar do beneficiário e contra a sua vontade – não se legitimam diante de um Estado Democrático-liberal. Desse modo, alicerçar responsabilidade penal em um indivíduo que meramente contribui com condutas autolesivas de terceiros é atuar em flagrante descompasso com as máximas que norteiam, fundamentam e legitimam o direito penal.

3 CRÍTICAS AO ART. 122: SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE E A ILEGITIMIDADE DAS INTERVENÇÕES PENAIS DIANTE DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

Na doutrina tradicional, argumenta-se que a vida é um bem jurídico indisponível e irrenunciável⁶. Tende-se, assim, à concepção de que a vida tem proteção absoluta no ordenamento brasileiro⁷. No entanto, ao passo que as discussões sobre autonomia, especialmente num cenário pós-constituição de 1988, ganham espaço, especialmente no plano jurídico-penal, é possível constatar que, na verdade, não se levam a sério os custos da perspectiva tradicionalmente adotada.

O direito constitucional à autonomia confere ao indivíduo o direito de viver conforme a sua própria concepção de vida boa (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649) e de hierarquizar os seus próprios valores individuais (GRECO; KASECKER, 2018, p. 136). Assim, ainda que o direito à vida pressuponha um dever do Estado de proteger o cidadão contra agressões externas, aquele não impõe ao indivíduo um dever de viver (SIQUEIRA; KASECKER, 2019, p. 2), pois, do contrário, as intervenções estatais recairiam em verdadeiras imposições paternalistas, ilegítimas no contexto jurídico-penal.

Conforme as observações já pontuadas neste estudo, o direito penal se ocupa da proteção dos bens jurídicos relevantes, mas não da proteção a qualquer custo, devendo, segundo a máxima da *ultima ratio*, limitar-se às situações em que a vítima carece de proteção estatal. Se tais premissas são assumidas como válidas, não há razões para criminalizar a conduta de alguém que meramente contribui com o suicídio querido e realizado pela “vítima”.

No que concerne à integridade física, alguns manuais traduzem-na como parcialmente disponível pelos bons costumes (BITENCOURT, 2016, p. 214). Com efeito, para a correta compreensão do dispositivo em comento, é de se questionar: qual o conteúdo jurídico da *cláusula dos bons costumes*?

Os argumentos proferidos pela maior parte da doutrina podem ser resumidos em dois critérios essenciais: a gravidade e a irreversibilidade da lesão (SIQUEIRA, 2019, p. 400). Esses, no entanto, mostram-se inadequados e incoerentes, pois existem diversas situações em que a lesão, apesar de grave e irreversível, é permitida, como, por exemplo, as cirurgias que envolvem a redesignação sexual.

Parte da literatura, por outro lado, considera que a *cláusula dos bons costumes* deve ser compreendida como uma cláusula de ponderação e, dessa forma, para avaliar a legitimidade das intervenções do direito penal na proteção da integridade física, seria necessário sopesar as vantagens e desvantagens da referida conduta no caso concreto (SIQUEIRA, 2019, p. 404).

No entanto, tal argumento também não merece prosperar, pois a autonomia não pode ser submetida a argumentos de instrumentalização ou de ponderação (SANTIN, 2020, p. 69). A autonomia é, justamente, o direito de ponderar, isto é, o direito de hierarquizar os seus próprios valores, de viver conforme a sua própria concepção de vida digna e, conseqüentemente, decidir a

⁶ Nesse entendimento, cf. Hungria (1958, p.226); Bitencourt (2020, p.476); Nucci (2019, p.164).

⁷ Na mesma linha, cf. Figueiredo (2007, p.479); Minahim (2008, p.226); Prado (2013, p.457).

respeito da destinação do seu próprio corpo (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649).

Com efeito, constata-se que nenhuma posição desenvolvida pela doutrina consegue alcançar um critério homogêneo e determinado (SIQUEIRA, 2019, p. 407). Ademais, justificar uma disponibilidade parcial da integridade física sob o argumento dos bons costumes é, na verdade, desrespeitar e negar a autonomia do indivíduo e, conseqüentemente, a sua autodeterminação.

Neste limite, outro tanto de argumentos político-criminais poderiam ser ventilados, mas todos conduziram à seguinte conclusão: as justificativas de imputação das condutas previstas no art. 122 do Código Penal confirmam intervenções estatais que viabilizam um moralismo jurídico-penal infundado e uma imposição de valores hegemônicos à indivíduos dotados de autonomia (SARMENTO, 2016, p. 160).

Luís Greco e Alaor Leite (2011, p. 10) ensinam que um tipo penal tem sua legitimidade condicionada a certos quesitos. São estes: (i) a proteção de um bem jurídico penalmente relevante; (ii) a não intervenção do Estado na esfera privada e na autonomia dos seus tutelados; e, por fim, (iii) a tipificação praticável em sentido amplo. Assim, é possível observar que o art. 122 é alheio ao cumprimento da segunda exigência, vez que despreza totalmente o arbítrio daquele que renuncia, livremente, à proteção dos próprios bens jurídicos.

Como já adiantado, não raramente fala-se em ponderação dos interesses fundamentais. Contudo, parece pouco sustentável suceder a ponderação entre vida e/ou integridade física e o direito de autodeterminação, pois, afinal, o que é autonomia senão o direito de ponderar? No Estado liberal, a autonomia assegura aos indivíduos o direito de viver conforme os seus próprios projetos de vida, nesse limite, ponderar a autonomia, por meio de valorações externas ao sujeito é, na verdade, transformá-la em heteronomia (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 655).

Como possivelmente já percebido pelo leitor, nota-se na doutrina nacional uma dificuldade injustificada em reconhecer de forma plena o direito à autodeterminação⁸. Dentre as poucas tentativas de se admitir o respeito à autonomia individual diante de um conflito com a vida, por exemplo, argumenta-se que seria possível auxiliar aquele que deseja morrer quando estiver gravemente enfermo, sob a justificativa de que o Estado não pode forçar alguém a viver com dor e angústia ou a lutar contra uma doença (NUCCI, 2019, p. 170).

Essa não nos parece a decisão mais acertada, afinal, se a autonomia pressupõe o direito a hierarquizar valores segundo seus próprios critérios e determinar o seu próprio destino, como seria possível legitimar uma sobreposição de valores por parte do Estado? É dizer, respeitar a autonomia de um sujeito enfermo que decide dar fim à sua vida e de alguém totalmente saudável que, por suas razões, decide não mais viver, não apresenta, no campo prático e teórico, qualquer diferença (SANTIN, 2020, p. 70).

Arigor, verifica-se que a reforma consumada em 2019 é ainda mais inacreditável: participação em automutilações é o mais alto grau do paternalismo, o que apenas se agrava diante da supressão da materialidade da conduta típica, agora perfectibilizada diante da irrazoável existência de um

⁸ Há quem justifique a indisponibilidade dos bens jurídicos individuais nas situações em que a lesão ao bem jurídico é capaz de gerar a perda futura da autonomia individual, o que fundamentaria, por exemplo, a indisponibilidade da vida pelo titular. Nesse sentido, Cf. Martinelli (2010, p. 253-261).

“resultado” puramente formal. Nesse cenário, numa situação na qual, por exemplo, X dispara ao seu amigo a simples frase “se mate”, o tipo já estará consumado.

Justifica-se o tipo em exame em um dever social ou moral como se isso, por si só, satisfizesse aos critérios de uma dogmática penal pretensamente racional. Mas e quanto ao dever jurídico? É certo que uma vez reconhecido o direito à autonomia, havendo demonstração clara e inequívoca da vontade e da liberdade de pessoa capaz no momento da tomada de decisão, esta deve ser respeitada, não havendo, portanto, razões para criminalizar a conduta de quem meramente contribui para uma autolesão.

Aqui não se ignora o fato de que o suicídio e a automutilação, muitas das vezes, está vinculado a determinadas alterações psicológicas ou psíquicas, que podem ou não gerar uma incapacidade. Convém ressaltar, no entanto, que nos casos de dúvida, isto é, quando não há certeza da liberdade da vontade do agente, legitimam-se as intervenções fundadas no paternalismo moderado.

Assim, por exemplo, se Y encontra X desmaiado ao lado de uma cartela vazia de remédio e não há meios para auferir a sua autonomia no momento da tomada de decisão, considera-se o *consentimento presumido* de X em preservar a sua vida e, portanto, deve Y socorrê-lo (ANDRADE, 2020, p. 73). No entanto, na situação em que há comprovação da autonomia do sujeito, como no caso em que X é encontrado em contexto semelhante ao anteriormente descrito, no entanto, ao lado de documentos que atestem sua capacidade e sua vontade autônoma em cometer o suicídio, tal decisão deve ser respeitada.

Nesse limite, nos casos em que não há como auferir a autonomia e a vontade do sujeito ou na situação em que realmente haja uma vítima, isto é, uma pessoa que não está apta a tomar uma decisão livre, a exemplo de uma criança ou um adulto em situação de incapacidade, pode-se falar em autoria mediata. A questão, assim, seria resolvida no domínio do homicídio ou lesão corporal, sendo desnecessário o art. 122.

Ademais, olvida a doutrina paternalista que o direito penal dirige suas proibições àqueles que estão em condições fáticas de lesionar bens jurídicos (SCHÜNEMANN, 2013, p. 12), possuindo, assim, o domínio sobre o fundamento do resultado, o que não ocorre no contexto da participação em suicídio, visto que o indivíduo penalizado meramente auxilia, instiga ou induz a autolesão de um terceiro.

E são precisamente esses fatores que fazem com que, levando-se a sério o respeito à autonomia individual e, conseqüentemente, a autorresponsabilidade dos indivíduos que, dotados de autonomia, praticam uma autolesão, o art. 122 releva-se totalmente incompatível com o sistema constitucional democrático-liberal vigente. Além disso, é possível também perceber um nível de antecipação da tutela penal excessiva e de paternalismo que não faz qualquer sentido e que não corresponde aos fins político-criminais do direito penal.

O direito penal deve atuar como a *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos, logo, deve o legislador, durante o processo de criminalização de determinada conduta, se atentar a certas categoriais, tais como a espécie do bem jurídico protegido, pois ao se tratar de bem jurídico individual, o livre desenvolvimento dos indivíduos deve ser garantido (KINDHÄUSER, 2020,

p. 44) e deve observar, ainda, o papel empenhado pela vítima, pois quando essa não carece de proteção, como nas situações examinadas neste estudo, justifica-se o recuo da tutela penal.

À vista disso, fica fácil situar o claro horizonte em que se insere a legitimidade normas jurídico-penais no contexto das autolesões: as proibições penais só serão legitimadas a partir do momento em que cumprirem o seu papel de proteção dos danos a terceiros, respeitando, sobretudo, a autodeterminação do sujeito protegido.

Não há, portanto, que se falar em proteção de ilegítimos bens jurídicos pelo direito penal, instrumento sensível que, nesse contexto, passaria a interferir desnecessariamente na esfera privada e personalíssima dos sujeitos dotados de autonomia. Sintetizando: a tutela penal será necessária e adequada ao proibir somente condutas que lesionam ou exponham a perigo o bem jurídico do ofendido contra a sua própria vontade (SIQUEIRA, 2016, p. 143).

Isto posto, partindo do pressuposto da concretização do direito constitucional à autonomia, bem como dos pressupostos de legitimação da proteção dos bens jurídicos por meio direito penal, chega-se a única conclusão possível: o art. 122 do Código Penal é inegavelmente ilegítimo e inconstitucional.

Parte-se, agora, para considerações dogmáticas que, ao menos a princípio, parecem resolver mais satisfatoriamente casos penais envolvendo contribuição em suicídio ou automutilação.

4 PROPOSTA DE TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL: AS IMPLICAÇÕES DOGMÁTICAS DA AUTONOMIA NA PARTICIPAÇÃO NO SUICÍDIO E NA AUTOMUTILAÇÃO

No domínio da concepção doutrinária tradicional, as intervenções jurídico-penais paternalistas – contra a vontade do beneficiário e visando o seu bem-estar - legitimam-se na proteção de bens jurídicos indisponíveis (MINAHIM 2015, p. 59). Esses, segundo uma orientação objetiva, são estabelecidos previamente, de acordo com os interesses da coletividade (SANTIAGO NINO, 2007, p. 211).

Nessa linha, alegava Hungria (1958, p. 269) que “só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico renunciável ou disponível, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos restritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça”. Em outras palavras, a autonomia individual, conforme a perspectiva tradicional, só deve ser respeitada nos casos em que o bem jurídico afetado seja considerado disponível.

A possibilidade de disposição desses bens não raramente é justificada nos interesses da sociedade, considerando que o bem jurídico é indisponível na medida de sua essencialidade à natureza humana (MINAHIM, 2008, p. 227). Sem nenhum esforço argumentativo é possível perceber que os critérios de definição da indisponibilidade dos bens jurídicos são imprecisos e vazios, possibilitando responsabilizações arbitrárias, pautadas em argumentos meramente morais.

A despeito de ter conquistado a predileção da maioria da doutrina, o reconhecimento de

bens jurídicos indisponíveis viola frontalmente o direito constitucional à autonomia, uma vez que essa não pode se vincular a argumentos de ponderação (SIQUEIRA, 2019, p. 405). A autonomia consagra-se pelo poder conferido ao indivíduo de traçar seus próprios projetos de vida, tomando suas próprias decisões autorreferenciais, isto é, o direito de hierarquizar valores conforme seus próprios valores pessoais e de autodeterminação sobre o seu próprio corpo (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649).

A liberdade individual pode ser limitada em razão da liberdade de outrem, isto é, nas situações em que a conduta de alguém lesiona ou põe em perigo os bens jurídicos terceiros ou os chamados bens jurídicos coletivos, contudo, tal limitação não pode ocorrer quando se trata da disposição sobre o próprio corpo, pois a autonomia é um valor imponderável (SANTIN, 2020, p. 69).

Nesse sentido, Janice Santin (2020, p. 69) ensina que “a sujeição da vontade do indivíduo por meio da dominação de seu corpo retira seu direito à autodeterminação”, afinal, ponderar a autonomia nada mais é do que transformá-la em heteronomia, ou seja, negá-la (SIQUEIRA, 2019, p.81). A autonomia não pode ser considerada a partir de valorações externas, respaldadas em interesses e expectativas da sociedade (SANTOS; MARTINELLI, 2017, p. 190), mas sim da perspectiva do próprio indivíduo.

A imposição de projetos de vidas coletivos assentados na ideia de bem comum corresponde, em verdade, ao marco dos regimes totalitários (MINAHIM, 2015, p. 36). Nesses, determinados estilos de vida eram coercitivamente compelidos aos indivíduos pelo Estado (SCHÜNEMANN, 2013, p. 71), o que não corresponde com o modelo democrático-liberal estabelecido na Constituição atual.

No contexto de um Estado liberal, Greco e Siqueira (2017, p. 652) defendem que a autonomia deve ser compreendida como um *meta-valor* e, por isso, não pode ser ponderada ou submetida à instrumentalização. Os referidos autores fundamentam tal proposição no fato de que a autonomia é, por excelência, o direito de ponderar, sendo assim, encontra-se em um plano superior aos demais bens jurídicos, visto que confere ao indivíduo a liberdade de ação para decidir sobre a destinação dos referidos bens (SANTIN, 2020, p. 70).

Nessa linha, Siqueira (2019, p. 93) desenvolve a tese de que os bens jurídicos individuais devem ser observados a partir da autonomia do seu titular. Em outros termos, significa dizer que, segundo a autora, além do próprio bem individual, inclui-se na tipicidade a autonomia do seu titular para designar como se dará a sua destinação.

No domínio do direito penal, a consequência disso se dá no fato de que o Estado somente estará autorizado a proibir condutas capazes de lesionar ou de expor a perigo o bem jurídico afetado contra a vontade do titular. Caso um sujeito autônomo pratique uma autolesão ou, ainda, consinta em uma heterolesão, não é possível aplicar uma responsabilização jurídico-criminal a terceiros que eventualmente o auxiliie.

Entende-se, portanto, que “o exercício do direito de disposição do próprio bem jurídico por parte do seu titular afasta a sua possível lesão, impedindo a consecução do tipo” (ZIPF apud

SIQUEIRA, 2019, p. 185). Assim, as condutas de quem auxilia na autolesão de terceiro ou, ainda, pratica uma lesão consentida por outrem, são, na verdade, atípicas, pois os bens jurídicos do afetado não serão violados, mas sim, reforçados, havendo a concretização da real expressão da liberdade e da autodeterminação do indivíduo em relação ao seu próprio corpo (SIQUEIRA, 2019, p. 192).

As futuras e necessárias repercussões são mais que evidentes e a razão é simples: não há necessidade de intervenção penal quando o titular do bem jurídico abre mão de sua proteção, afinal, a vítima de crime é, senão, aquela cujos bens jurídicos estão sendo ameaçados ou lesionados (GRECO, 2005, p. 62).

Para sintetizar, na situação em que o indivíduo meramente contribui com a autolesão de um terceiro, aquele não pode ser responsabilizado. A autonomia do sujeito que escolhe livremente dispor de sua vida deve ser respeitada, afinal, a própria noção de bem jurídico compreende a garantia do livre desenvolvimento humano (HILGENDORF, 2019, p. 43), que só pode ser alcançado quando há liberdade de autodeterminação pelo seu titular.

Se tais premissas são assumidas como válidas, somente nas situações em que haja um déficit de autonomia o direito penal estará apto a intervir (MARTINELLI, 2010, p. 70). Nessas situações, considera-se uma autoria mediata do agente que contribui com o suicídio ou a automutilação, aplicando, portanto, um paternalismo jurídico leve ou moderado. Reitera-se, ainda, que, por se tratar de autoria mediata, a questão seria resolvida no domínio do homicídio ou lesão corporal, sendo desnecessário o art. 122.

Por outro lado, nas situações em que o sujeito é dotado de autonomia, suas escolhas autorreferenciais devem ser respeitadas. Com isso é possível concluir que a autonomia é, na verdade, o limite da disponibilidade dos bens jurídicos pelo seu titular.

Diante do exposto, demonstra-se a necessidade de repensar o processo de criação do conjunto normativo jurídico-penal brasileiro, especialmente no que concerne ao art. 122 do Código Penal, recentemente alterado pela Lei 13.968/19, que tipifica o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio e/ou às automutilações.

Como já demonstrado, o tipo supracitado é inegavelmente inconstitucional, em vista do evidente confronto com a autonomia individual e, ainda, mostra-se ilegítimo, diante das máximas que legitimam e limitam a atuação do direito penal.

Aqui, já de saída, frisa-se que a proposta de tratamento dogmático às contribuições em suicídio e em automutilações realizada no presente artigo fundou-se no propósito de que as referidas condutas recebam o tratamento adequado, a fim de preservar o núcleo essencial de liberdade individual e combater intervenções penais arbitrárias e desproporcionais.

CONCLUSÃO

Chegando ao final, conclui-se que o art. 122 do Código Penal, ao tipificar as condutas de induzir, instigar e auxiliar o cometimento de suicídio ou automutilações, viola o direito

constitucional à autonomia. Trocando em miúdos, autoriza uma intervenção ilegítima, exclusivamente paternalista, ao alicerçar a responsabilidade penal em uma autodeterminação de indivíduos capazes de hierarquizar os seus próprios valores e tomar suas próprias decisões autorreferenciais.

Além de confrontar os preceitos constitucionais de liberdade, dignidade humana e pluralidade, nos quais se engloba o direito à autonomia, a tipificação examinada viabiliza um moralismo jurídico-penal infundado, carente de razões, e, ainda, totalmente incompatível com um direito penal subsidiário, proporcional e racional.

O problema se agrava com a alteração conduzida pela Lei 13.968/19 que, além de acrescentar a conduta de participação em automutilações, retira o resultado morte ou lesão corporal do tipo, configurando o mais alto grau de paternalismo jurídico.

A doutrina se equivoca ao fundamentar a legitimidade do referido tipo na ponderação dos interesses fundamentais, afinal, a máxima da autonomia confere, justamente, o direito de ponderar e hierarquizar bens jurídicos ao seu titular. Dessa forma, não cabe ao Estado, com base em valorações externas, decidir sobre a autodestinação dos bens jurídicos dos seus tutelados.

A conduta autolesiva, portanto, deve ser respeitada diante da autonomia do sujeito que a realiza, ainda que suas escolhas, sob a ótica externa, não pareçam as mais prudentes ou racionais, afinal, o direito à autonomia é também o direito de tomar decisões tidas como ruins ou irracionais. Nesse sentido, se há demonstração clara e inequívoca da vontade e da liberdade de pessoa capaz no momento da tomada de decisão, deve essa ser respeitada.

Nos casos em que realmente existe uma vítima, ou seja, criança, adultos em situação de incapacidade ou pessoa que não toma uma decisão verdadeiramente livre e informada ao cometer suicídio ou automutilação, o sujeito ativo não responde pelo art. 122, mas sim por outros tipos penais, tais como homicídio ou lesão corporal, em razão do déficit de autonomia do ofendido.

Por fim, propõe-se que a disponibilidade dos bens jurídicos seja compreendida como consequência indissociável ao reconhecimento do direito à autodeterminação. Assim, não há o que se falar em responsabilização daquele que meramente contribui auxiliando, instigando ou induzindo ao cometimento de suicídio ou de automutilação por um sujeito dotado de autonomia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. O consentimento penal médico: o consentimento presumido. *In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade

e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 235-274, dez. 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 05 abr. 2020.

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

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 abr. 2020.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 7-25, jul./dez. 2012.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 56, p. 333-341, jul./set. 2007.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, p. 120-159, 2000.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Direito penal e doping. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 219, p. 11-12, fev. 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/329>. Acesso em: 15 ago. 2020.

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

HILGENDORF, Eric. **Introdução ao direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005.

KINDHÄUSER, Urs. **Dogmática penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**, 2010. 297 f. Tese (Doutorado

em Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

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

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT, Leonardo de Bem. **Direito Penal parte geral: lições fundamentais.** 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face dos bens jurídicos indisponíveis. **Revista de Ciências Jurídicas**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 217-236, jan./jun. 2008.

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

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

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal: tradução dos §§ 7 e 11, n. 1/119, de Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. ed,** München, Beck, 1997. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTIN, Janice. **Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do consentimento com base na autonomia do paciente.** São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Humberto Souza; MARTINELLI, João Paulo Orsini. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 186-223, jul./dec. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia,** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

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

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina.** São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. *In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (Org.). Direito penal da medicina.* São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. Recusa de transfusão de sangue em pacientes menores de idade. **O Jota**. 10 jun. 2019. Penal em foco. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/recusa-de-transfusao-de-sangue-em-pacientes-menores-de-idade-10062019 Acesso em: 03 abr. 2020.

Como citar: TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza; SOTERO, Ana Paula Silva; LOUZADA, Livia Cardoso. A (in)constitucionalidade e a (i)legitimidade do artigo 122: implicações dogmáticas da autonomia no direito penal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 207-226, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.207. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 24/05/2021

Aprovado em: 14/10/2021