

CAPÍTULO X - EUTANÁSIA - OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS E VULNERADOS

X.1 - Constituição Federal e os Fundamentos dos Bens Jurídicos

A apreciação e constatação da relevância dos bens jurídicos, a ponto de erigir-se como crime a sua violação, devem ser retiradas da própria Constituição, tendo-a como fundamento para tal. As teorias constitucionalistas do Direito Penal, mormente a da Constituição como Limite Positivo a ele, buscam explicar essa inter-relação.³³⁷

A Lei Maior, portanto, atua como matriz no tocante à hierarquia dos bens jurídicos. É a partir dela que o legislador, representante do povo,

337. Leciona Janaína Conceição Paschoal (*in* Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, pp. 51-59), que a partir “da idéia de que se deve buscar o bem jurídico penal na sociedade, começaram a surgir teorias segundo as quais é a Constituição que reflete os referidos bens, ou seja, tendo-se em vista o fato de a Constituição ser o documento que alberga os valores mais caros para uma dada sociedade, é nela que o legislador deverá se pautar quando da escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, podendo-se deduzir que, enquanto o constituinte busca os bens jurídicos penais na sociedade, o legislador os retira da Constituição... Além dessa relação entre valores sociais e Constituição, também fundamenta as teorias constitucionalista o fato de o Direito Penal atingir, direta ou indiretamente, a liberdade individual, que tem cariz constitucional, sendo coerente pretender que o bem, cuja lesão poderia ensejar a máxima intervenção estatal, possua, igualmente, natureza constitucional”. Assenta, ainda, que a idéia de dignidade penal está em direta relação com a identificação, na sociedade, de bens passíveis de receberem a tutela penal, sendo a Constituição justamente a reveladora dessa dignidade, para o merecimento da tutela. Os bens que a merecem integram, pois, a ordem constitucional por terem sido reconhecidos na sociedade como relevantes para tal, mas essa só dignidade não se mostra suficiente para justificar a criminalização, sendo preciso verificar-se também, no caso concreto, se existe a necessidade de uma tutela de natureza penal. Por fim, recorda das vertentes das teorias constitucionalistas, tendo, uma delas, a Lei Maior como limite positivo, e a outra, como limite negativo ao Direito Penal. Como limite negativo, importa dizer que toda criminalização que não desrespeite frontalmente o texto constitucional será admitida (nesse passo, o Direito Penal não se diferencia dos demais ramos do Direito, pois em quaisquer deles não se pode elaborar lei que contrarie a Carta Magna), ainda que o bem tutelado não esteja albergado na Constituição, isto, é, não se exige para a criminalização o reconhecimento da dignidade constitucional do bem para a proteção pelo Direito Penal. Como limite positivo, o legislador ordinário só poderia se utilizar da tutela penal para proteger bens reconhecidos pela Constituição como caros à sociedade em questão, identificando-se nessa concepção duas subdivisões, quais sejam, a do Direito Penal enquanto potencial espelho do texto constitucional e a do Direito Penal enquanto instrumento de tutela de direitos fundamentais. Conclui, pois, que negativa (a criminalização não pode ser contrária aos valores constitucionais) ou positiva a limitação (só o que está albergado na Constituição pode ser objeto de proteção penal e, de forma mais restritiva, apenas o que por ela é reconhecido como direito fundamental pode ser protegido pelo Direito Penal), o objetivo é restringir o poder punitivo estatal. Em função, porém, dos princípios da mínima intervenção, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da lesividade, opina ser mais coerente a concepção segunda a qual a Constituição exerce limitação positiva sobre o Direito Penal, restringindo-se à proteção de direitos fundamentais.

expressa, nos limites dos princípios fundamentais e do rol de direitos e deveres individuais postos como vigas mestras e, geralmente pétreas, pela própria Carta Magna, a vontade do Poder Constituinte, que se confunde ou deve se confundir, nas democracias, com a vontade popular.

Assevera Renato de Mello Jorge Silveira que a doutrina penal, em sua maioria, entende mesmo ser missão do Direito Penal a proteção aos bens jurídicos, sendo ponto pacífico o entendimento hodierno segundo o qual é o legislador quem decidirá os bens que devem ser defendidos penalmente em cada momento histórico.³³⁸

Após ter em mãos o fundamento constitucional anotado, o legislador ordinário utiliza a relevância fornecida pela Carta Magna em relação a um determinado bem jurídico para, como antecedente lógico, resolver acerca

338. Renato de Mello Jorge Silveira, *Direito Penal Supra-Individual: Interesses Difusos*, pp. 35-55. Lembra, entretanto, que Jakobs é uma das vozes discordantes, a compreender ser o escopo do bem jurídico unicamente a revalidação fática da norma penal. Assenta, outrossim, que antes do entendimento de que o legislador decidiria acerca dos bens a serem penalmente defendidos, outras compreensões existiram com o passar das diversas linhas e Escolas do pensamento jurídico, desde as considerações de Fuerbach (teoria dos direitos subjetivos, fundada na existência de um contrato social entre os homens que, ante a insegurança social, decidem organizar-se em sociedade e confiar ao Estado a conservação da nova ordem criada) e de Birnbaum (ao publicar seu estudo sobre a tutela da honra, originando-se daí o moderno conceito de bem jurídico, a substituir o conceito de direito subjetivo), passando por Jhering (com a idéia de danosidade social, posta na sua teoria dos titulares dos bens jurídicos), por Binding (que tinha para si consistir o delito na lesão de um direito subjetivo do Estado, devendo haver total congruência entre a norma e o bem jurídico, sendo a primeira a única e definitiva fonte de revelação deste, emergindo daí a noção de um positivismo normativista no qual se entende que o bem jurídico é tudo aquilo que assim é eleito pelo legislador), e também por Von Liszt (ainda positivista, porém com fundo naturalístico-sociológico, sob a dimensão material do conceito de injusto, a iniciar seus estudos com concepções sociopolítico-criminais, apresentando nova idéia do fim no Direito Penal, de modo a transportar o centro de gravidade do conceito de bem jurídico, do subjetivo, para o ‘interesse juridicamente protegido’, vendo nele o núcleo da estrutura do delito). Recorda, outrossim, a concepção neokantiana do bem jurídico, que pretende equiparar valor e fim, renunciando à busca da função garantista liberal do bem jurídico, centrando sua atenção no rendimento teleológico do conceito, isto é, em sua capacidade de criação de um critério de interpretação a partir de seu fim (valor) protegido. Por fim, desfia que após a Segunda Grande Guerra, após a repercussão nazista macular o Direito Penal, revaloriza-se o conceito de bem jurídico, com os limites do *jus puniendi* estatal, sendo dois os contornos mais emblemáticos dados pelas modernas teorias, quais sejam, as ‘sociológicas’ (Amelung, que se ancora nas formulações sociológico-funcionais de Luhmann, passando a ter o bem jurídico como disfunção sistêmica, sendo o Direito Penal fundado com vistas a um conceito de danosidade social; Hassemer, para o qual é imprescindível a confirmação de uma danosidade social tendente à legitimação da intervenção punitiva por parte do Estado, sendo os bens jurídicos considerados desde uma perspectiva político-criminal geral; e Habermas, entendendo ser substancial a implantação da teoria do consenso no âmbito penal, pois o critério de legitimidade das decisões reside no consenso social advindo de uma situação ideal de diálogo) e as ‘constitucionais’, estas com grande aceitação na doutrina italiana, ganhando novas feições com Roxin, que fixa a necessidade de lastreamento da ciência penal, da Constituição e da Política Criminal, sendo a única restrição prévia à eleição dos bens jurídicos residente nos princípios da própria Constituição, e ainda com Rudolphi, a compreender que os valores essenciais devem ter referência constitucional, estando o legislador ordinário obrigatoriamente vinculado a uma proteção de bens jurídicos, prévia ao ordenamento.

da necessidade de tutelar-se penalmente o referido bem, graduando-se o rigor da punição para quem o lesar ou o colocar em perigo de lesão de acordo com tal relevância. O legislador, assim, ao eleger determinada conduta como crime, estará tornando clara que é ela de tal modo perniciosa à sociedade que quem a praticar deve receber pronta resposta do direito penal, com a conseqüente sanção criminal, repise-se, maior ou menor, sempre de acordo com a relevância do bem jurídico que se deseja efetivamente proteger.³³⁹

São, pois, as teorias constitucionais do bem jurídico aquelas que pretendem produzir critérios ao legislador ordinário, impondo-lhe limites no tocante à criação de ilícitos penais. Luiz Régis Prado, de seu turno, leciona que tais teorias podem ser postas em dois grandes grupos, sendo a particularidade essencial entre eles tão somente o modo pelo qual cada feixe de teorias se vincula à norma constitucional. Assim, têm-se as teorias de caráter geral, em que a referência à Constituição é feita genericamente, isto é, remetendo-se à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, além dos princípios inspiradores da norma fundamental, sendo o sistema punitivo edificado a partir dessas bases, e as teorias de fundamento constitucional restrito, orientadas pelo texto da Constituição no grau das prescrições específicas, que podem ou não estarem ordenadas de modo explícito na Lei Maior, encontrando-se nessas prescrições o objeto da tutela e a maneira como ele deve se revestir.³⁴⁰

O mesmo fundamentado, advindo do feixe de princípios constitucionais norteadores do legislador ordinário para o estabelecimento das condutas que **devem** ser criminalizadas, é de ser utilizado para limitar, como garantia à liberdade individual, o que **pode** ser considerado delito. Esse referido fundamento, ademais, é de ser ponderadamente apreciado e analisado acerca do que também pode e deve ser descriminalizado.

339. Conforme já apreciamos e expusemos no sub-capítulo 'Bem Jurídico Tutelado, Hierarquia de Bens Jurídicos, Função do Direito Penal e Sociedade do Risco' (*in* Guimarães, Marcello Ovídio Lopes - Tratamento Penal do Terrorismo, pp. 51-52).

340. Luiz Régis Prado, Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 62-65.

Nesse contexto, tem-se que a definição da conduta como ilícito penal não é, por evidência, arbitrária, estando o legislador limitado e restrito a princípios que retratam o conteúdo do comportamento aplaudido ou proibido, aplicando-se ao tema as considerações sobre a antijuridicidade formal e a material, compreendida a primeira como simples contraste da conduta com o sentido literal da lei, enquanto a segunda “penetra na substância da conduta e da lei, confrontando-as com o sistema, vinculadas aos valores imanentes no ordenamento jurídico”.³⁴¹

Hodiernamente, com as rápidas transformações e alterações que vem experimentando a sociedade, com todos os riscos inerentes à vida e convivência humana, particular e especialmente gregária, emerge de modo claro a necessidade de que a legislação acompanhe o desenrolar social para logo não se tornar obsoleta e de difícil ou mesmo inócua aplicação.

Assim é que na sociedade moderna, mormente nas quais vigora ou se pretende que vigore um estado social e democrático de direito, a atualização legislativa, precipuamente no que concerne à seara penal, passou a ser uma necessidade premente, de modo a fornecer alguma resposta à constante procura para solucionar situações de enfrentamento há pouco inexistentes, sobretudo diante do surgimento de novas idéias e de novas espécies de conflito, da flexibilização de conceitos arraigados, da atualização de costumes e de principiantes ponderações e discussões acerca da manutenção deles, além do rápido e assustador avanço da ciência, mormente a tecnológica.³⁴²

341. De acordo com Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr., *in* Direito Penal na Constituição, pp. 147-148.

342. Janaína Conceição Paschoal, *op. cit.*, pp. 116/120, assinala que “a transformação do Estado liberal em social e democrático de direito está diretamente relacionada à alteração do conteúdo dos direitos fundamentais, pois do individualismo que caracterizou o surgimento do Estado de direito e a postulação inicial dos direitos individuais, migrou-se paulatinamente para a postulação de direitos de natureza social, econômica e cultural”. Diz também que a idéia central do Estado social e democrático de direito “é a de que de nada adianta garantir as liberdades individuais se os titulares de referidas liberdades não dispuserem de condições materiais para gozá-las”, assim como que “a mudança nas expectativas havidas com relação ao papel do Estado e o alargamento dos direitos fundamentais acabaram por alterar também o papel atribuído ao Direito Penal, que passa a ser reputado como um meio de concretização dos direitos sociais, muita vez, em prejuízo dos individuais”. Alerta, por fim, que há o temor de que o objetivo de concretizar os direitos sociais possa desrespeitar garantias conquistadas, o que se exaspera em relação ao Direito Penal, posto não se olvidar de que a hodierna sanha criminalizadora se deve muito à noção de que “o Estado precisa concretizar os direitos sociais a todo custo, mesmo que, para isso, tenha que utilizar quase que *prima ratio* a pena”.

Foi o que ocorreu justamente com a criminalização ou a intenção de se criminalizar condutas, tidas como delituosas, praticadas por meio virtual, o assédio sexual nas relações hierárquicas do ambiente de trabalho, os transplantes de órgão e tecidos não autorizados legalmente ou ainda a manipulação genética indevida, mormente com células tronco-embrionárias, ao se extrapolarem os limites determinados pela lei. Do mesmo modo foi que ocorreu com a descriminalização do adultério, da sedução, do rapto consensual ou ainda do rapto violento ou mediante fraude.

No caso da eutanásia, o enorme avanço tecnológico, particularmente na área médica, com irradiações pelos setores da engenharia genética, da indústria química, da descoberta e aprimoramento de novas drogas e técnicas de tratamento, e ainda da modernização dos equipamentos e aparelhos médicos (conjunção de esforços entre a medicina e a engenharia), fez com que fosse possível um prolongamento artificial virtualmente sem fim da vida do indivíduo já em estado terminal irreversível.

Tal circunstância fomentou a alteração do comportamento do enfermo no estágio final da doença, assim como de seus familiares e amigos, provocando novas discussões acerca da manutenção ou da suspensão do tratamento, geralmente com uma maior aceitação social com referência ao desligamento de aparelhos e à interrupção de medidas médicas inúteis, mesmo que pudesse haver, ainda que não precipuamente desejada, eventual antecipação do período vital em relação ao que seria o termo final natural da vida.

De todo o modo, resta claro que na generalidade dos ordenamentos jurídicos o direito à vida é tido como dos mais, se não o mais relevante, sempre posto no rol de maior tutela e proteção dentre os bens jurídicos. Ao lado dele, no entanto, outros direitos de relevo como a liberdade, a segurança individual e a dignidade costumam ser explicitados nos textos legislativos mais importantes. A proteção desses direitos, com efeito, esteve indicada, expressa

ou indiretamente, nas constituições brasileiras ao longo da história nacional.

A Carta Magna de 1988, no título dos direitos e garantias fundamentais, logo no caput do art. 5º, efetivamente dispõe que são todos, sem distinção de qualquer natureza, iguais perante a lei, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida. No texto da mesma cabeça do citado artigo fala-se, dentre outros, também da inviolabilidade dos direitos à liberdade e à igualdade.

A Constituição do Império, de 1824, no art. 179, dispunha acerca da inviolabilidade dos direitos civis e políticos, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Também a primeira constituição republicana, de 1891, e as Cartas de 1934 (adicionando o direito à subsistência) e de 1937, repetiram a fórmula do período imperial. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, no art. 141, primeiro dos direitos e das garantias individuais, falava da garantia da inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. O texto foi seguido pela Carta de 1967.³⁴³

X.2 - Eutanásia e o Balanceamento dos Bens Jurídicos

Há inúmeras situações no transcorrer da vida humana, especialmente por ser o homem o mais gregário dos seres gregários, vivendo em sociedades cada vez mais complexas, além do avanço científico-tecnológico atualmente experimentado, em que conflitos entre dois ou mais valores e, conseqüentemente, direitos relevantes, emergem com força e constância, obrigando os indivíduos, imersos nas situações conflituosas, ao balanceamento dos bens jurídicos envolvidos. Vicente Greco Filho, aliás, leciona que o

343. Alexandre Sanches Cunha, *Todas as Constituições Brasileiras*, pp. 42, 70, 127, 187, 242, 346 e 376.

Direito não pode ser entendido senão em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana.³⁴⁴

Esse balanceamento impinge uma necessária ponderação entre qual valor deve suplantar e qual deve ser suplantado, se é possível a manutenção de ambos, se há necessidade de que cada bem deva ceder parcialmente no que pertine à sua integridade como valor social, ou ainda se, para o caso concreto, é preciso sacrificar um deles para que o outro subsista.³⁴⁵

Decorre daí, conforme lição de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, que a intervenção penal deve apresentar-se de maneira *proporcional* ao valor que se intenta preservar, repisando-se que o direito penal, no Estado Democrático de Direito, está balizado pelas garantias decorrentes do princípio da legalidade, aliadas às necessidades de que os direitos fundamentais contidos na Constituição não sejam diminuídos senão frente à necessidade de preservação de outros igualmente essenciais para o ser humano, e apenas na medida em que tal diminuição se demonstrar necessária.³⁴⁶

No caso da eutanásia, em particular, e sem perder de vista os princípios da intervenção mínima do Direito Penal, da lesividade e os da

344. Vicente Greco Filho, Tutela Constitucional das Liberdades, pp. 1/11, e Manual de Processo Penal, pp. 5/11. Informa que a história das civilizações demonstra que a sociedade sempre se moldou segundo normas de conduta, podendo-se estudar cada uma delas do ponto de vista normativo, compreendendo-se suas características pelo conjunto de regras na qual se desenvolveu a ação humana. Lembra que não se pode entender o direito com abstração de seus valores constitutivos, devendo evitar-se os extremos, quais sejam, o dos que pretendem atingir um conceito livre de qualquer nota axiológica, com a idéia de justiça fora do processo da juridicidade positiva (não admitem, no direito, qualquer estimativa de valor, ou o direito natural), e o dos que identificam positividade jurídica e justiça (inexistem direitos fora ou acima do Estado ou da ordem jurídica estabelecida). Assenta que tais posições são mesmo extremadas para concluir que toda a ordem jurídica só tem sentido se tiver por fim ou conteúdo a realização de valores.

345. Lembra Guilherme Alfredo de Moraes Nostre, Bioética e Biodireito - Aspectos jurídico-penais da manipulação de embriões, do aborto e da eutanásia, p. 45, que no caso das condutas advindas da engenharia genética, por exemplo, em que existem formas de manipulação profunda da vida humana, tem-se observado o surgimento de novos bens jurídicos, como o 'patrimônio genético do ser humano' (cuidando-se da manipulação e alteração genética sem fins terapêuticos), a 'identidade e irrepetibilidade do ser humano' (tratando do problema da eventual criação de seres humanos idênticos por clonagem), ou o 'direito à dotação genética dupla e advinda de ambos os sexos' (ante a possibilidade de se obter seres humanos a partir de gametas de pessoas do mesmo sexo ou a partir de um só gameta, qual seja, o óvulo).

346. Mariângela Gama de Magalhães Gomes, O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, p. 230.

subsidiariedade e fragmentaridade, resta evidente que esse balanceamento é realizado, inicialmente - e no mais das vezes de modo automático e informal, isto é, sem que se perceba de imediato que uma decisão pode constituir escolha entre bens jurídicos tutelados pela norma legal, com sacrifício de um ou alguns deles - pelo próprio enfermo (o primeiro interessado), seguido dos familiares e amigos, então dos médicos e, se o caso, do julgador ao qual a situação pode ter sido remetida, após eventual dúvida ou reticência médica, ou ainda por divergência de decisões entre familiares ou entre eles e a equipe médica. Esse julgador, por seu turno, de qualquer modo forma a sua decisão baseado em seu auto-convencimento e nas circunstâncias do caso concreto que lhe é apresentado, mas também, antes disso, como limite decisório, se baseia em uma escolha anterior, feita pelo próprio legislador, que já postou os bens jurídicos, nas normas constitucionais e na lei ordinária, de forma tal a demonstrar a relevância que desejou imprimir a cada um deles.³⁴⁷

De se ter em mente, de qualquer modo, que o delito somente pode se integrar quando afeta o bem jurídico, provocando dano ou perigo. Daí a relevância do princípio da lesividade.

Demais disso, em interesse ao tema eutanásico, ainda que existente a definição legal do dano ou do perigo, não existirá crime se a conduta ajustou-se ao Direito, não se olvidando da ocorrência de excludentes implícitas, extraídas dos pressupostos do ordenamento, como acontece com o consentimento do ofendido e a inexigibilidade de conduta diversa. Destarte, somente interessam ao Direito Penal as condutas desvaliosas, em choque com o Direito em toda a sua grandeza, jamais sendo delituoso o

347. A respeito do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, Luiz Luisi (*in* Os Princípios Constitucionais Penais, pp. 25-26), leciona que, se por meio do princípio da legalidade impõe-se limites ao arbítrio judicial, por intermédio do princípio da intervenção mínima se procura eliminar o arbítrio do legislador. Isso porque o Estado, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar figuras delitivas iníquas e instituir penas vexatórias à dignidade humana, impondo-se, assim, de modo a se evitar uma legislação inadequada e injusta, a busca de mecanismos que, na medida do possível, eliminem ou reduzam o arbítrio legislativo. Assinala que o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já determinava que ‘a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...’, pondo-se, com isso, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia, desse modo, o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, “preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é

comportamento aplaudido, que não se posta contra o Direito, mas em verdade o *secunda*, daí porque a antijuridicidade, em consideração tão somente formal, não é suficiente para revelar a extensão e a grandeza do Direito Penal.³⁴⁸

Desse modo é que à vida, com efeito, imprime o ordenamento jurídico valor relevantíssimo. A própria Constituição Federal, entretanto, em interpretação sistemática, afasta de algum modo o caráter antes dogmático de que deva ser o direito à vida tratado como absoluto e, portanto, inflexível,³⁴⁹ no sentido mesmo de não ser ou poder ser o indigitado bem ‘vida’ passível de toda e qualquer discussão.³⁵⁰

(cont.) 347. ... é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”. Diz, outrossim, que mesmo por vezes não sendo tal princípio explicitado nas constituições e legislações penais contemporâneas, é ele um princípio imanente que, por seus vínculos com outros postulados explícitos e com os fundamentos do Estado de Direito, se impõe ao legislador e ao hermeneuta. Desafia, ainda, que o conjunto dos valores constitucionais deve servir de limite intransponível ao legislador ordinário, não podendo existir divergência entre o sistema constitucional dos valores e o sistema penal. Arremata, recordando *Binding*, que do princípio da intervenção mínima decorre o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária, eis que o direito penal não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica. E não se olvida que, destes fundamentos, retira-se ainda o chamado princípio da humanidade como reitor do cumprimento da pena privativa da liberdade, consistindo no reconhecimento do condenado como pessoa humana.

348. Conforme lição de Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr., *Direito Penal na Constituição*, pp. 148-150. Repisam, ainda, que “há condutas que se ajustam, formalmente, a um tipo penal, entretanto, analisadas no complexo do Direito, observa-se, a adequação é apenas aparente”. Assinalam, em arremate, que “nos quadrantes da Constituição, que se propõe realizar justiça, como valor supremo (Preâmbulo), logicamente, inclui-se a reprovabilidade ou censurabilidade, pouco importando o vocábulo, como dado indispensável para a conduta receber o estigma de infração penal. Nesses termos, conduta adequada à norma, substancialmente, não se ajusta à mera forma da lei. Esta se completa com o esquema cultural de que desce. Somente o todo fornece a resposta exata... Não se pode, portanto, prescindir da reprovação ao agente para pensar uma infração penal. Ação meritória enseja aplauso ao seu autor. Somente as ações que repugnam ou postas contra valores eleitos ingressam no terreno penal”.

349. É certo que esse posicionamento mais flexível enfrenta, mesmo atualmente, firme oposição. Com mais força era repellido em outros tempos, ainda em passado muito recente. Nelson Hungria, concorde com o tempo em que viveu e escreveu suas respeitáveis lições, fazia emergir essa virtual inflexibilidade. Repisou que a vida é pressuposto da personalidade, sendo o supremo bem individual, ao passo que a integridade corporal é condição de plenitude da energia e eficiência do indivíduo como pessoa natural. Desfiou que “tutelando esses bens físicos do indivíduo, a lei penal está servindo ao próprio interesse do Estado, pois este tem como elemento primacial a população...”. Por tal fato, recordava que o bem jurídico como a vida é inalienável, indisponível e irrenunciável, representando o conteúdo de direitos subjetivos que a lei penal considera intangíveis, ainda quando preceda, para o seu ataque, o consentimento do interessado, chegando a dizer que defender a eutanásia, por exemplo, nada mais era do que fazer apologia de um crime (*in* *Comentários ao Código Penal*, Volume V, edição de 1942, pp. 14-15 e 120).

350. Emerson Ike Coan (*Biomedicina e Biodireito. Desafios Bioéticos, in Biodireito - Ciência da Vida, os Novos Desafios*, org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, pp. 256-260), mais recentemente, e no mesmo sentido e posicionamento, fala - com base nos traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana (como fundamento da República) e da inviolabilidade do direito à vida (encabeçando os direitos e garantias individuais), observados os preceitos da sociedade livre, justa e solidária, com

Tanto assim é que a Carta Magna de 1988, já no caput do art. 5º do capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, determina, em fundamental texto normativo, a garantia, a todos, não somente da inviolabilidade do direito à vida, mas também dos direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, balanceando-se, em princípio, de uma ou outra maneira, tais direitos.

É evidente, outrossim, que o só fato de se colocar a propriedade e a vida como invioláveis no mesmo artigo de norma constitucional, especialmente postado de forma tão relevante (direitos e garantias fundamentais), não significa simplesmente que o legislador anotou a mesma importância ou valor à vida e ao patrimônio, como bens jurídicos. Deixa-se claro, no entanto, que há valores também extremamente caros ao homem, ao lado do bem 'vida', como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade.

Antônio Magalhães Gomes Filho recorda, nesse diapasão, a vantagem de uma análise que tenha como ponto de partida a visão unitária do objeto, não apenas como fenômeno normativo, mas também de seus aspectos sociológicos e históricos, daí porque a opção por uma investigação crítica, mais preocupada em expor o caráter ideológico das prescrições legais do que apenas em buscar uma conciliação entre elas. Leciona que tal atitude, ao contrário do que possa parecer, não implica a renúncia ao uso dessas normas na

(cont.) 350. ... promoção do bem de todos, da prevalência dos direitos humanos e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, da não submissão a tratamento desumano ou degradante, da inviolabilidade da consciência e da livre expressão da atividade científica, dentre outros - que a dignidade é valor espiritual e moral inerente à pessoa, manifestando-se singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, ao passo que a inviolabilidade do direito à vida é bem maior ou supremo (princípio do primado do direito mais relevante) na esfera natural e jurídica, em volta do qual todos os demais direitos gravitam, daí porque é irrenunciável, intransmissível e indisponível (assenta que o direito à vida não significa direito sobre a vida), sendo, assim, ineficaz qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceá-lo. Aponta, ademais, que o jurista, para a busca de adequada solução, deve recorrer a valores e princípios que estão acima de qualquer revolução social ou científica. Defende, com tal compreensão, que qualquer projeto de lei tendente a abolir essa inviolabilidade, intangibilidade ou intocabilidade seria inconstitucional, insuscetível mesmo de emenda à Carta Magna. Nota: a semiologia se apresenta como “meio e modo de se examinar um doente, especialmente de se verificarem os sinais ou sintomas; propedêutica, semiótica, sintomatologia”. A semiótica, em particular, encerra a teoria geral das representações, significando o termo ‘semio’ o estudo dos fenômenos culturais considerados como sistemas de significação, incluindo, assim, as práticas sociais, os comportamentos etc. A semiótica jurídica seria, na esteira dessa consideração, o estudo ou observação das mudanças de significação nas palavras empregadas no Direito - Fonte: Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p. 2.543

luta por uma efetiva realização dos ideais de liberdade, igualdade e respeito à dignidade humana no âmbito da justiça criminal, mas sim forja a busca desses mesmos ideais.³⁵¹

Em análise sistemática do texto constitucional, ademais, verifica-se dele emergir que da mesma forma que há, em certas situações-limite, licenças (suspensões) excepcionais aos direitos à liberdade de ir e vir (casos de prisões em flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária competente), à igualdade (tratamento desigual a situações desiguais), ou à propriedade (submissão à sua função social, além das desapropriações), de igual modo existem tais exceções em relação à vida, sobretudo quando genericamente considerada. Tal ocorre, por exemplo, nas hipóteses de pena de morte em casos de guerra declarada, ou a ‘licença’ (causas que excluem a ilicitude e, portanto, o crime) para matar no estrito cumprimento do dever legal ou em estado de necessidade.³⁵²

Algumas outras disposições da Lei Maior podem ser também apreciadas sistematicamente com o tema eutanásico. O inciso III do referido art. 5º, de seu turno, determina que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante. Já o inc. X do mesmo artigo fala em inviolabilidade da intimidade e da imagem das pessoas, enquanto o art. 1º da Constituição Federal, inserido no título dos princípios fundamentais, desde logo anota, pela importância de seu valor, que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a ‘dignidade da pessoa humana’, dispondo ainda o art. 4º que o país é regido, em suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

351. Antônio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar - Introdução*, p. 4.

352. Flávio Augusto Monteiro de Barros, no tocante à matéria, aponta que a Magna Carta assegura a inviolabilidade do direito à vida, aduzindo, entretanto, que nenhum direito é absoluto. Diz que mesmo o direito à vida pode ser licitamente sacrificado quando o agente agir acobertado por alguma excludente da antijuridicidade. Ao mesmo tempo, assenta que a vida é direito indisponível, não conferindo o ordenamento jurídico o direito de morrer, tanto assim que o legislador torna lícito empregar-se violência para impedir suicídio. Ademais, acerca do direito de morrer, proclamado pela escola positiva de Ferri, defende que seja repudiado e esquecido. Ainda que afirme, por fim, a não existência de direito absoluto, opina, lembrando Hungria, em relação à eutanásia, que sua defesa não é mais do que apologia ao crime (*in Crimes contra a Pessoa*, pp. 8 e 25).

Nesse caminho, Dalmo de Abreu Dallari assenta que as finalidades mais importantes da Constituição consistem mesmo na proteção e promoção da dignidade humana, eis que a dignidade de cada ser humano deve ser tida como um valor supremo que não pode ser prejudicado sob pretexto de dar segurança ou estabilidade ao conjunto da sociedade. Assinala, mais, que a experiência constitucional tem demonstrado, frequentemente, que a dignidade da pessoa humana pode ser ofendida ou negada ainda que sejam todas as leis cumpridas, até porque a noção de proteção costuma se ligar à idéia de conservação de situações estabelecidas, simplesmente considerando-se que proteger o indivíduo significa proteger seus direitos, que se acham contidos nas leis, ausente uma maior ponderação entre bens envolvidos ou um balanceamento entre valores, até porque, sem uma busca tendente à promoção efetiva dos direitos individuais, pode não se escapar de uma imóvel interpretação dos controladores de sempre dos mecanismos de definição dos direitos.³⁵³

A gama de princípios, o rol de direitos, a anotação dos valores sociais e os bens jurídicos irradiados a partir do texto constitucional mostram, assim, inseridos em um efetivo sistema, a necessidade de se buscar, sem perder de vista a extremada relevância do bem 'vida' e do direito a ela, um balanceamento intrínseco entre bens jurídicos tutelados, mormente utilizável em situações concretas limítrofes e de difícil solução, tudo para que, em razão da tendência de absolutização do direito à vida, outros valores, por vezes tão caros e importantes, como o são, repise-se, o da dignidade humana, o da liberdade individual, o da autonomia pessoal aliada ao consentimento informado, os da intimidade e da imagem pessoal e o da não obrigatoriedade da submissão a tratamento (médico, no caso) desumano ou degradante, não sejam simplesmente descartados sem maior discussão e ponderação. De se anotar, nesse contexto, que o direito à vida poderia conflitar com o direito à vida digna, o direito à morte digna, o direito à (ou eventualmente sobre a) própria vida ou ainda o (discutível) direito de dispor da própria vida.³⁵⁴

353. Dalmo de Abreu Dallari, *Constituição e Constituinte*, pp. 24-25.

354. Guilherme Alfredo de Moraes Nostre, *Bioética e Biodireito - Aspectos jurídico-penais da manipulação de embriões, do aborto e da eutanásia*, pp. 201-202, recorda, nesse passo, a consideração de Binding acerca da eutanásia não ser um meio de matar, mas sim um meio de curar. Nesse ponto, repisa que algumas vidas perderiam

Nessa linha, particularizando o balanceamento de bens jurídicos envolvidos no tema eutanásico, com o perceptível aumento da aceitação social dessa prática, mormente no tocante à sua forma passiva e, por evidência, à ortotanásia, compreendem Dereck Humphry e Ann Wickett que, com o passar do tempo, cada vez mais uma maioria significativa tem estado de acordo com o fato de que não se deve manter com vida, contra a sua própria vontade, o paciente terminal que sofre pesadamente. Daí porque questionam acerca da existência de um direito constitucional de morrer, já defendendo que a livre disposição do corpo não é um novo conceito jurídico, recordando que nos Estados Unidos, por exemplo, o direito consuetudinário e a Constituição protegem, há tempos, a liberdade pessoal contra a agressão corporal (incluindo-se aí os tratamentos médicos).

Assinalam que a partir dessa desejada proteção iniciou-se reconhecimento do direito à intimidade como uma garantia de primeira ordem, tendo esta garantia adquirido grande relevância em casos relativos ao ‘direito de morrer’.

O direito à intimidade, assim, estaria a proteger o indivíduo de certas ações contrárias às suas liberdades e também da intervenção estatal, sempre que o interesse público fosse respeitado. A partir desse reconhecimento, pode se considerar a viabilidade de uma legislação autorizando, com os devidos cuidados e limites, a prática eutanásica, ou ao menos o efetivo início de uma discussão, provavelmente com conclusão positiva, acerca da constitucionalidade de uma proposta nesse sentido.

Antes da existência de eventual legislação quanto ao assunto, seguem dizendo, entretanto, que tribunais, ao enfrentarem a questão, em casos concretos, sopesam e devem balancear, com efeito, de um lado a

(cont.) 354. ... qualidade de bem jurídico, eis que já não teriam valor para os seus titulares, nem para a sociedade, sendo agrupados esses indivíduos em três categorias, quais sejam, a dos que por enfermidade ou lesão chegam a um estado de dor sem limite e pedem pela morte; a dos que não tem morte imediata mas são incuráveis, como os loucos ou perturbados, chamados de mortos espirituais; e a dos que, sendo sãos espiritualmente, em razão de alguma ocorrência acabam por perderem o sentido, retornando à consciência no mais miserável estado.

autodeterminação, e de outro, os interesses da sociedade, que deseja preservar a moral e o controle sobre a conduta dos demais.³⁵⁵

Ainda quanto ao balanceamento de bens jurídicos, diante do conflito de valores, defende Maria Casado Gonzalez que em caso de decidir-se, em determinado caso, que a morte é um mal menor do que continuar vivendo, se está realizando uma ponderação (ato de sopesar) entre dois valores que resultam contrapostos, ou seja, a vida, de um lado, e a qualidade de vida, de outro, sendo este o principal problema de fundo da eutanásia. Trazendo lição de J. Ferrater Mora, assinala que se a eutanásia, seja ativa ou passiva, é considerada aceitável moralmente, tal se dá em razão de se proclamar a obrigação de minorar os sofrimentos de alguém, afirmando-se que esta obrigação suplanta o dever de preservar a vida.

Assevera, na senda dessa lição, que na eutanásia, com efeito, existem bens jurídicos em conflito, e isso necessariamente obriga à eleição de primar um bem sobre o outro por meio de uma ponderação entre eles, aliás como é comum em muitas outras manifestações de tensões jurídicas, tais quais os conflitos entre a liberdade e a igualdade ou entre os direitos à informação e à intimidade.

A maior dificuldade, repise-se, é o de compatibilizar o direito a uma morte digna - o que significa não receber tratamentos desumanos ou degradantes, mediante a possibilidade de recusar medidas médicas, além do direito à intimidade, à autodeterminação e à livre disposição corporal e da

355. Dereck Humphry e Ann Wickett (El Derecho a Morir, pp. 135 e 299-302). Asseveram, ainda, que a Suprema Corte dos EUA, acerca de um caso em que indivíduo interessado em não mais se submeter a medidas médicas, decidiu, já em 1981, que não existe direito algum mais inviolável, nem mais cuidadosamente salvaguardado, do que o direito do indivíduo a controlar a sua própria pessoa, livre de qualquer impedimento de terceiros, a menos que a lei disponha contrariamente de forma clara e inquestionável. De outro lado, anota o problema de se saber se o interesse público justifica a imposição de limites sobre a autonomia do indivíduo, quando esta autonomia implica a morte de uma pessoa, concluindo que certamente justifica, alertando-se, de qualquer forma, que os casos concretos e o necessário balanceamento dos valores envolvidos flexibilizam a posição final. Desfiam, nesse contexto, que é comum indicar-se que o Estado deve se interessar na preservação do bem comum, da inviolabilidade da vida, da moral pública, da proteção do indivíduo contra si mesmo (que pode degenerar em indevido paternalismo) e na proteção de terceiras pessoas, ao mesmo tempo em que, em cada caso que se apresenta concretamente, deve-se cuidadosamente sopesar entre o interesse público e as liberdades individuais.

própria vida - com a concepção de um direito à vida que quer se converter em absoluto. A partir desse conflito valorativo, defende que esta concepção deve ceder passo a concepções mais de acordo com o caráter laico do Estado e com o respeito à autonomia pessoal,³⁵⁶ devendo se ter em conta a relevância que o Direito deve prestar ao consentimento do interessado, concluindo que o direito à vida significa mais o dever de respeitar a vida alheia do que o dever de viver contra a própria vontade em condições penosas.³⁵⁷

Seguindo-se na discussão acerca da ponderação de valores no tema da eutanásia, Maria Auxiliadora de Almeida Minahim também assevera que o desenvolvimento da ciência a partir da última metade do século XX fez emergir inúmeras indagações a respeito dos limites, possibilidades e utilizações das novas técnicas em face do irrenunciável princípio do respeito pela dignidade humana, eis que a possibilidade do prolongamento artificial da vida impôs, como conseqüência, o exame de seu corolário, qual seja, a validade de abreviá-la diante de certas situações, surgindo a eutanásia como expressão da inquietação social diante da vida, da ciência, dos valores e da morte.

Assinala que quando é apresentada a questão sob o enfoque de bem jurídico, pode-se ganhar formato legal mais nítido, recordando que já se defendeu a existência de vidas que perdem a natureza de bem jurídico, o que imprimiria uma viabilidade de serem elas suprimidas, posto não haver mais

356. Segue anotando que, se do ponto de vista moral se reconhece que a vida é desejável a todo custo, então não pode ser a eutanásia, ativa ou passiva, voluntária ou não, permitida. Por outro lado, se a obrigação de minorar o sofrimento alheio é admitida como uma obrigação superior, e o interessado acede reflexiva e voluntariamente, seria desejável e possível a adoção dos meios eficazes para alcançar o fim pretendido. Nesse caso, opina que é de ser considerada moral a prática da eutanásia, mesmo na forma ativa (Maria Casado Gonzáles, *La Eutanasia: Aspectos Éticos e Jurídicos*, pp. 26 e 36-38 - n. tradução livre).

357. A valoração e o balanceamento entre bens jurídicos é mesmo comum, não somente em tema espinhosos, mormente para um caso concreto, como também, diuturnamente, nas circunstâncias de justificação. Assim é que numa hipótese de conflito entre dois interesses, deve ser salvaguardado o interesse prevalente. Outrossim, a causa de justificação deve operar, além da hipótese em que um interesse menor cede lugar a um maior, também quando se atue vindo a faltar o interesse tutelado, eis que a norma penal não tutela o nada, mas sim um valor, pelo que, não estando ele presente, não se concebe efetiva lesão, por faltar antijuridicidade. Isso se torna possível, por exemplo, pela utilização do instituto do consentimento do ofendido (isto é, do titular do direito), podendo não se punir quem ofende um direito com a aquiescência de quem possa dele dispor validamente. Demais disso, não é porque um bem jurídico acabe por ser penalmente tutelado que deva ser considerado, incondicionalmente, público (de interesse, pura e simplesmente, do Estado). Na medida em que aquele que está legitimado para o gozo do mesmo consinta em sua perda, pode dar o ordenamento jurídico-penal relevância tal à vontade individual que, por meio do consentimento, faz desaparecer o objeto da tutela penal (Guiseppe Bettiol, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo II*, pp. 255 e 260).

sentido em sua continuidade, nem para o indivíduo, nem para a sociedade, bastando, nessa ordem de idéias, para a licitude eutanásica, acrescentar o elemento do consentimento do interessado ou de quem pudesse representá-lo, caso estivesse mentalmente incapaz de fazê-lo.³⁵⁸

Não se olvida, ademais, de que a partir de tempos recentes, tem-se contraposto ao princípio da intangibilidade da vida o da liberdade de construí-la da forma que ao interessado pareça mais satisfatória e feliz, de modo que, em não suportando mais a existência, possa decidir sobre o seu próprio fim. Deixa claro, entretanto, que essa liberdade também deve ser cuidadosamente analisada, eis que pode se questionar que a decisão final acabou por advir de um constrangimento causado pelo sofrimento. Alerta, nesse passo, especialmente acerca da autonomia da vontade, pura e simplesmente ilimitada, em relação à própria vida, que o debate sobre o assunto foi instalado pelos utilitaristas, que consideravam o homem como um meio para alcançar uma finalidade extra-pessoal, e se tal finalidade não poderia mais ser atingida, padeceria a vida de valor, pelo que o homem teria sobre ela irrestrita disponibilidade. Essa consideração, como é notório, levou a práticas hoje repudiadas, daí porque, do mesmo modo que a intangibilidade da vida como valor sagrado, em perspectiva humanística ou teológica, não é de ser absoluta, também não pode ser ilimitada, por evidência, a liberdade de disposição sobre ela. Daí a relevância da ponderação entre valores envolvidos no tema.

Reitera que há, de qualquer maneira, “situações em que a vida perde toda a aparência de humanidade e que mantê-la a qualquer custo (distanásia) com os recursos criados pela própria humanidade pode significar a negativa da humanidade”. São casos de pessoas ‘coisificadas’, manipuladas por terceiros em centros de tratamento intensivos herméticos, que aguardam a

358. Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, *Direito de Morrer no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*, pp. 175, 179 e 182, leciona que esse formato legal mais nítido dado à questão, quando apresentada sob o enfoque de bem jurídico, foi fornecido, sobretudo, por Grinspigni, na Itália, Binet-Sanglé, na França e por Binding, na Alemanha. Alerta ainda que hodiernamente o problema se apresenta com ainda mais novas variáveis, tanto pela estimativa crescente dos limites etários de sobrevivência, acompanhada de enfermidades dolorosas física e emocionalmente, como pela capacidade de suportes artificiais da vida que, prolongada indefinidamente, encarcera o indivíduo em forma e limites que negam a própria humanização, compelindo juristas e biotécnicos a buscar uma significação compatível com os valores da contemporaneidade.

“construção de princípios morais e regras jurídicas que dêem um mínimo de segurança quanto às decisões que devem ser tomadas”.³⁵⁹

Consideração similar quanto à dicotomia ‘dignidade da pessoa e direito à vida’ faz Roxana Cardoso Brasileiro Borges, analisando que a Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança, dentre outros, compreendendo não serem tais direitos, entretanto, absolutos. Alerta, demais disso, que principalmente não são eles ‘deveres’, isto é, a norma constitucional não estabelece deveres de vida, liberdade ou segurança.

Alega que o próprio longo rol dos direitos e garantias fundamentais, posto no art. 5º da Carta Magna, estabelece os termos nos quais estes direitos são garantidos, pelo que conclui ser assegurado o direito (não o dever) à vida, ao mesmo tempo em que não se admite ser o indivíduo obrigado a se submeter a tratamento.

Assim, o direito do interessado à não submissão a tratamento e o conseqüente direito de interrompê-lo seriam conseqüência da garantia constitucional da liberdade, da inviolabilidade da intimidade e da honra, da liberdade de consciência e da dignidade da pessoa, garantindo-se ainda o direito desse interessado em recorrer ao Poder Judiciário visando a impedir qualquer intervenção ilícita, contra a sua vontade, em seu corpo, sem se olvidar, ainda, de que a inviolabilidade à segurança passa a envolver a inviolabilidade à integridade física e mental.

Pondera que não é de se prever, com tal posicionamento, um direito à morte, até porque a ninguém pode se imputar o dever de matar. Garante-se, por certo, o direito à vida, sendo inexistente, porém, o dever à vida, tanto assim que não é tipificada, como ilícito penal, a tentativa de suicídio. Nessa linha, tendo a pessoa a proteção legal de sua dignidade, para torná-la plena é fundamental o exercício do direito de liberdade, de autonomia

359. Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, op. cit., p. 183.

e de decisão acerca de onde e como se deseja morrer, mormente após obter-se clara e total informação sobre o diagnóstico e o prognóstico do mal instalado.³⁶⁰

De igual forma diz Miguel Angel Núñez Paz, no sentido de que o direito à vida tem evidente consideração de direito fundamental, pelo que o Estado e os demais indivíduos têm a obrigação de respeitá-lo e de protegê-lo, sendo esse dever, de um lado, negativo, ou seja, de não fazer, consubstanciando-se em uma abstenção de toda ação de menoscabo à vida humana, e de outro lado, positivo, isto é, de proteção à vida frente ao ataque de terceiros. De todo maneira, essa função garantista do direito à vida se refere à faceta positiva de viver e não à negativa de morrer, o que faz deduzir, por conseguinte, que não existe um “dever de viver”.

Assinala, demais disso, que a vida humana constitui mesmo o suporte indispensável para o desfrute dos demais bens e direitos, explicando-se assim a especial proteção que merece do Direito, particularmente do Direito Penal. Esse bem jurídico descansa em uma realidade material, mas não se identifica com seu substrato que, como dado biológico, é valorativamente neutro. O bem jurídico, portanto, em Direito Penal, deve determinar-se a partir de critérios normativos e, por conseguinte, não prescinde das concepções sociais, o que viabiliza ao legislador penal autorizar a despenalização em determinadas situações limites (como ocorre nos casos eutanásicos). Estas situações podem ser consideradas causas de justificação específicas, indicativas de que é possível sustentar a impunidade acudindo-se de critérios valorativos. De igual maneira informa que o legislador também protege a autodeterminação, como é demonstrado na impunidade do suicídio, cabendo ainda dizer que o objeto de proteção pode ter caráter disponível, quanto à vida

360. Roxana Cardoso Brasileiro Borges (Direito de Morrer Dignamente ... *in* Biodireito - Ciência da Vida, Os Novos Desafios, org. Maria Celeste Cordeiro Leito Santos, pp. 297-299). Informa, ademais, que o conceito de dignidade humana é mesmo categoria central na discussão da eutanásia, pois traz questionamentos acerca do prolongamento artificial da vida apenas vegetativa, que pode representar uma manipulação que viola a dignidade humana, assim como determinados tratamentos coativos e desnecessários podem vir a ultrajar a dignidade da pessoa. Segue anotando que o princípio da não futilidade exige o respeito pela dignidade da vida, e este respeito exige que se reconheça que tratamentos inúteis ou fúteis somente prolongam mera vida biológica, sem resultado algum.

do interessado, com o limite de não conceder a terceiro uma decisão, justificada pelas circunstâncias, que deve ser tomada apenas pelo próprio titular do bem tutelado.³⁶¹

Na mesma senda da ponderação entre valores em aparente ou efetivo conflito, também Alice Bianchini anota a relevância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que tem por significação a necessária proporção entre o sacrifício de bens e os males a evitar, isto é, representa a confrontação entre o peso do sacrifício que uma restrição de direitos fundamentais implica a um indivíduo afetado, de um lado, e os benefícios daí advindos para o estabelecimento de certo interesse individual ou coletivo.

Tal princípio é extraído dos objetivos fundamentais do Estado, dentre os quais inclui-se a construção de uma sociedade livre e justa, sendo, portanto, a liberdade e a justiça vigas mestras para o desenvolvimento do referido princípio da proporcionalidade.

Leciona, ademais, que a “importância do princípio da proporcionalidade decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter sua variação atrelada ao grau de dignidade do bem jurídico e da sua afetação, fazendo nascer o binômio *merecimento de pena e restrição da liberdade humana*. A solução de equação exige que se estabeleça uma hierarquia de valores, o que é tarefa acérrima, já que há uma enorme dificuldade em se obter consenso sobre o grau de importância de grande parte de bens jurídico-penais”.

Também princípio informador para a adequação da tutela penal, mormente nos casos de conflito entre valores individuais e sociais dos mais relevantes é, como já repisado, o da dignidade da pessoa humana, ponto comum a todos os demais direitos fundamentais, sendo um princípio material de justiça de validade *a priori*, no qual o direito não quer ser mera força ou terror, e sim

361. Miguel Ángel Núñez Paz, Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a Morir con Dignidad, pp. 305-322.

obrigar o cidadão em sua consciência, priorizando o respeito da condição do homem como pessoa.³⁶²

Sem embargo da dificuldade da busca de solução para o problema existente quando valores pessoais e sociais relevantes conflitam, não há como deixar de procurar a viabilização de uma pronta resolução, mormente na seara legal. É fato que os problemas referentes ao assunto são trazidos diuturnamente pelos casos concretos que se apresentam, sempre ávidos de serem solvidos porque geralmente premidos pela emergência, a despeito da aparente invencibilidade quanto à dissolução da divergência. Mais que isso, ao lado do balanceamento entre valores, é de todo relevante o estabelecimento do que deve servir como limite para disposição de bens, tratando-se especificamente da validade ou não da aquiescência do titular do bem, o que se irradia para a noção de disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos.³⁶³

Anota Alessandra Orcesi Pedro a necessidade da distinção, nesse contexto, de crimes contra bens do indivíduo e contra bens da coletividade, alertando que em relação a estes últimos o consentimento seria inviável, porquanto a proteção se exerce sobre valores estatais ou supra-estatais, imprescindíveis à estabilidade social e insuscetíveis de renúncia, situação que ocorre, por exemplo, nos ataques à administração pública, em detrimento à integridade do Estado, ou ainda à incolumidade de um número indeterminado

362. Alice Bianchini, *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, pp. 83-117. Anota que a eficácia do direito penal deve ser vista em relação com a sua aptidão para servir ao fim a que foi instituído, ou seja, deve exigir-se uma demanda manifesta da sociedade autorizando sua adoção. Alerta, outrossim, no tocante ao princípio da dignidade humana, que existe dificuldade em lidar com ele porque cada vez mais entende-se ser o seu conteúdo cambiante, não se consubstanciando em um mero dado material pré-determinado objetivamente, mas sim devendo ser conformado por concepções do interessado, a quem, em última instância, competirá determinar o sentido de sua dignidade. Dessa forma, em contraponto com a concepção tradicional que transfere o conceito para o domínio dos bons costumes ou da decência, geralmente sob a luz de interpretações ideológicas dominantes, deve privilegiar-se uma concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto, no qual impera a autonomia do interessado e o seu poder de conformação da própria vida, delimitando-se um núcleo material mínimo de dignidade pessoal ligado à autonomia individual e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Deve cuidar-se, entretanto, para que essa autonomia não chegue ao ponto de anular as condições de autodeterminação futura ou impossibilite a conformação da vida, de acordo com planos pessoais livremente concebidos, posto que isso significaria degradação pessoal e violação oblíqua da dignidade da pessoa humana.

363. A matéria foi também abordada, mormente sob o vetor da Teoria do Consentimento, no capítulo VII, da 'Eutanásia e Consentimento'.

de pessoas, incluindo-se também nessa categoria fatos localizados em uma zona de fronteira em que, além da lesão social, produz-se também uma lesão individual, como acontece nos delitos contra a família ou contra os costumes.

Afirma, outrossim, que para traçar uma separação mais apurada entre ser o bem disponível ou indisponível, deve-se recorrer à pesquisa das fontes reguladoras da disponibilidade, sendo estas os usos e costumes, além do estudo dos aspectos históricos, sem se olvidar de que os critérios utilizados para isso variam de acordo com o contexto legislativo, cultural e histórico de uma certa sociedade, possibilitando ao legislador alterar os parâmetros de modo a ampliar ou restringir a disponibilidade dos bens. Defende, pois, que “os valores relevantes para a sociedade, em um dado momento histórico, devem servir de norteadores para se fixar a disponibilidade de um bem jurídico”, não podendo o consenciente dispor validamente de um bem jurídico apenas quando se conclua, de acordo com os princípios que se extraem do complexo de normas que compõem o ordenamento jurídico estatal, que o ato de renúncia contraria a ordem pública.³⁶⁴

Lameira Bittencourt, quanto à indisponibilidade da vida humana, recorda da premissa, em princípio absoluta, de que é ela um bem sagrado e inalienável, pois considerada célula do organismo social, em um contexto de ser a vida mais de interesse coletivo do que do próprio indivíduo, já que é um bem pertencente à sociedade, sendo parte integrante de seu corpo e patrimônio. Diante disso, não poderia ser sacrificada por ação de terceiro, mesmo com seu consentimento.

Defende que tal premissa, entretantes, não é rigorosamente exata, bem como que o princípio que dela irradia não é inteiramente

364. Alessandra Orcesi Pedro, A autocolocação da vítima em risco, pp. 95-99. Em relação ao balanceamento entre o interesse público e o particular, lembra a lição de Jescheck, assinalando que a valoração dos bens jurídicos pelo interessado é reconhecida dentro de determinados limites, pelo ordenamento jurídico, eis que o uso da liberdade pessoal se apresenta como valor social no Estado de Direito liberal, devendo ser analisado com o interesse da comunidade na conservação dos bens jurídicos. Informa, ainda, que o Estado, com o seu ordenamento jurídico, tutela as próprias condições que possibilitam a convivência social, protegendo-se o interesse que impele o Estado a ditar normas jurídicas em geral, já que o ordenamento jurídico é um ordenamento de tutela, inserindo-se, nesse passo, a ordem pública, a significar, efetivamente, o bem comum e o interesse geral e social.

verdadeiro, admitindo-se restrições, por vezes tão numerosas que quase infirmam a regra, ao invés de confirmá-la. Desafia que em face da organização social e dos princípios básicos do Direito, universalmente aceitos e praticados hodiernamente, pode se dizer que o homem teria o ‘direito de matar’ sempre que se fizesse necessário à sociedade ou que a esta não prejudicasse em sua segurança, tranqüilidade e interesse, sendo a justa necessidade da morte o fundamento de sua legitimidade, isto é, a morte seria justa e jurídica enquanto necessária à sociedade ou mesmo quando a esta não ofendesse ou prejudicasse.

Daí dizer que as objeções à eutanásia poderiam ser afastadas. A primeira delas, ou seja, a de que o direito à vida seria intangível por pertencer ao corpo social, estaria afastada, como mencionado, pela necessidade social ou porque em certos casos não chega a ofender ou a prejudicar essa mesma sociedade. A segunda, de que há sempre o perigo da incerteza ou falibilidade do critério da incurabilidade, ter-se-ia por afastada porque a morte boa seria dada, em geral, aos incuráveis de mal agudo e breve e, de qualquer modo, o estado da medicina permitiria decidir, especialmente de acordo com os meios terapêuticos disponíveis, que há doenças incuráveis em um determinado momento do processo nosológico, além de ser certo que riscos e eventual irreparabilidade são inerentes à vida e às atividades humanas.

Assim também afasta a objeção quanto à desvalia do consentimento do moribundo desesperado em razão da dor, ao assinalar que a aquiescência não seria elemento essencial à legitimidade eutanásica, sendo a prática da morte piedosa, devidamente acautelada, justificada pela necessidade para o bem do indivíduo e sua concordância com o interesse social. Por fim, a quarta objeção afastada seria a de que não há dores impossíveis de suportar ou que não cedam, ao menos parcialmente, à ação sedativa. Opina, nesse passo, que cada qual recebe a dor de um modo, pois o que sabe sofrer padece menos, enquanto o que não sabe sofre mais. Essa insuportabilidade da dor, ademais, deveria ser mensurada no caso concreto, não se podendo exigir que alguém ‘saiba sofrer’. Demais disso, a sedação que procura combater a dor trazida por moléstia definhante nada mais seria do que, aumentada a dose na mesma

medida da exasperação da dor, uma eutanásia lentamente obtida à custa de entorpecentes. Conclui, assim, pela recepção de uma acertada fórmula, científica e humanitária, de que mais vale morrer para não sofrer do que sofrer para não morrer.³⁶⁵

Releva anotar, ainda, acerca da efetiva necessidade ou, em verdade, da eventual desnecessidade da pena em casos estritamente eutanásicos, mormente os praticados na modalidade passiva, remetendo-se à idéia de função da pena. Luiz Régis Prado assinala que “a relação entre bem jurídico e pena opera uma simbiose entre o valor de bem jurídico e a função da pena”. Assim, tem-se que se deve tutelar o que em si mesmo possui um valor, de modo que o marco da pena é justamente uma consequência imposta pela condição valiosa do bem. De outro turno, e ao mesmo tempo, a significação social do bem se confirma porque para a sua proteção vem estabelecida a sanção, tudo contribuindo para concretizar os requisitos da capacidade e necessidade de proteção.³⁶⁶

Irradia-se, a partir da noção de função da pena, a idéia, mais ampla, da própria função do Direito Penal e do porquê do estabelecimento de uma conduta como ilícito penal. Esse ideário funcional advém como uma nova ordem ao lado da clássica importância conferida ao bem jurídico. Claus Roxin, nesse passo, defende a reconstrução de cada conceito, em virtude da revisão do sistema da teoria do delito, à luz de sua função político-criminal. Eis, assim, o surgimento de uma dogmática funcionalista do delito. Esse funcionalismo insere-se, dessa forma, em um contexto metodológico mais amplo chamado jurisprudência de valores (*Wertungsjurisprudenz*), relevante para a apreciação da conduta eutanásica, repleta que é de aspectos sócio-políticos, ideológicos, culturais e religiosos.³⁶⁷

365. Lameira Bitteoncourt. Da Eutanásia, pp. 61-90.

366. Luiz Régis Prado, Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 23.

367. Claus Roxin, Funcionalismo e Imputação Objetiva, pp. 63-64. Assinala, na mesma linha, que enquanto o neokantismo trabalha com os valores como um problema de foro interno (pessoal) e não como um objeto de conhecimento, o funcionalismo procura esclarecer que os valores e os fins fundamentais são fornecidos pela política criminal, porém não por uma política criminal qualquer, que poderia ser até uma lei ou ordem abolicionista, mas sim por uma política criminal do Estado Social e Democrático de Direito, que dirige ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, por meio da preservação geral e especial, e sempre com estrito respeito aos direitos e garantias assegurados constitucionalmente.

Também sob tal dogmática pode-se questionar, especificamente, acerca da função ou da finalidade do estabelecimento da conduta eutanásica como delito e da conseqüente imposição de pena nesses casos, eis que é viável argumentar-se que a função da reprimenda pode ser nenhuma ou, ao menos, tida como não razoável nessas situações, justamente, como anotado, porque cada conceito revisado pela nova ordem deveria ser visto em face de sua função político-criminal, em um contexto firmado pela jurisprudência de valores.³⁶⁸

Alerta Renato de Mello Jorge Silveira, no entanto, especialmente quanto à definição de política criminal, que vem sendo ela deturpada no entendimento moderno. Leciona que um dos marcos fundamentais da política criminal foi dado por Von Liszt, ao desvincular-se da idéia de mera repressão para seguir a senda de que, distante da ciência dogmática pura, dever-se-ia ter a visão dos ideais fundamentos do punir, com caráter político criminal ideal ou racional, compreendendo-se a política criminal quer como ciência social, que como ciência jurídica (caráter duplo). Atenta, ainda, que o entendimento viciado do que venha a ser política criminal exasperou-se com a confusão, comum, entre ela e a política penal, devendo assentar-se que enquanto “a política criminal deve sempre ter em mente a política de transformação social e

368. Antônio Luis Chaves de Camargo, *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*, pp. 22-28 e 161-169, desfia, no contexto, que o sistema fechado no Direito Penal tinha como fundamento ser o único capaz de garantir sua segurança e eficácia, apoiando-se no conhecimento científico através de um número limitado de fórmulas (axiomas) das quais derivariam todos os demais enunciados por meio da lógica dedutiva (sistema denominado por Kant como ‘de juízos sintéticos a priori’), assentando-se no positivismo-jurídico. Alerta, de outro lado, que é inviável a inexistência de um sistema jurídico-penal, pois do contrário estaríamos diante do arbítrio e do totalitarismo do legislador e do intérprete. Ao mesmo tempo, porém, indica que a formulação de um sistema aberto é o ideal que deve ser objetivado pela sistemática do Direito Penal, que será representado pela ordenação e conservação dos conhecimentos alcançados pelo debate científico. Esse sistema, ao lembrar Schünemann, requer que o conhecimento existente se disponha a transformar-se a qualquer momento, assim como os problemas não conhecidos podem ser analisados com a modificação do sistema dado. Isso não significa ser a configuração do sistema aberto do Direito Penal algo arbitrário e em constante transformação, mas sim que os conhecimentos jurídicos decorrentes do debate científico, e que foram assentados como ordenados dentro do próprio sistema, são levados em conta, no momento da aplicação. Afirma que “o que não se acolhe, como definitivo, são as soluções encontradas, por não serem permanentes, nem eternas, e poderão, a qualquer momento, levar a novos debates, modificando conclusões anteriores”. No que pertine à imposição de reprimendas, assinala que “o sistema de penas se caracteriza, como todo o sistema, pela ordenação e unidade. A aplicação da pena, entretanto, se baseia em critérios amplos que se orientam por um processo que abrange uma série de princípios, a fim de que a pena imposta, que sempre restringe a liberdade, sendo uma intervenção na dignidade humana do condenado, tenha um equilíbrio e possa atingir as funções e finalidades da imposição da sanção”. Por fim quanto à política criminal, diz que os princípios que a norteiam são aqueles de origem constitucional, relacionados com as garantias e direitos fundamentais, base do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. A intervenção na privacidade e intimidade das pessoas, assim, não pode ocorrer de modo arbitrário, havendo a necessidade de um equilíbrio entre esta atuação e a liberdade das pessoas.

institucional em sentido amplo, a política penal versa unicamente sobre as respostas do Estado à questão criminal, circunscrita ao âmbito do exercício do punir”, ou seja, esta cuida apenas de aumentos e diminuições da reprimenda penal, ao passo que aquela se preocupa com o real fenômeno criminal.³⁶⁹

Tornando à necessidade ou desnecessidade de criminalização ou de imposição de pena (merecimento da reprimenda), em particular na hipótese da eutanásia, poderia se dizer que, em última análise, a par do caminho percorrido, deseja-se impedir arbitrariedades na resposta penal, seja a partir do clássico sistema de ponderação e balanceamento de valores, na estrita acepção de valor como bem jurídico, seja a partir da dogmática funcionalista do delito.³⁷⁰

De qualquer forma, portanto, seja pelo balanceamento entre bens jurídicos envolvidos, tendo a Constituição como limite positivo de tutela penal, seja pela apreciação da função do Direito Penal e da finalidade da pena propriamente dita, diante da política criminal firmada pela jurisprudência de valores e advinda do contexto e dos fins buscados por um Estado de Direito Social e Democrático, pode-se dizer da efetiva viabilidade constitucional a admitir a discussão, e conseqüente aprovação, no tocante à especial mitigação de reprimenda, ou à isenção de pena, ou ainda à descriminalização da prática eutanásica.

369. Renato de Mello Jorge Silveira, *A nova política criminal brasileira ... (in Nova Lei Antidrogas Comentada, coord. Marcello Ovídio Lopes Guimarães)*, pp. 432-434. Recorda, outrossim, que no “bem fecundo revisitamento da política criminal, dado a partir do Projeto Alternativo, vários pontos foram marcados. Roxin, em primeiras linhas, as quais foram derradeiramente marcantes sobre a matéria, após ampla explanação de Von Liszt, afirma que o Direito e a política criminal devem somar-se, caminhando em unidade dialética”. Conclui que “discrepantes manifestações em um sentido, destacadas do outro, se mostram como inexorável desvirtude censurável”.

370. Alamiro Velludo Salvador Netto, *Finalidades da Pena, Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*, pp. 83, 188-194 e 331-335, na linha que encerra a idéia de finalidade da reprimenda, indica que é ela a reafirmação da norma (mais do que as noções clássicas de punição, retribuição, prevenção, exemplo e ressocialização), uma mensagem de que todos podem e devem continuar a observá-la e que tal norma continua obrigatoriamente inserida nos mais variados planos comportamentais dos papéis sociais, sendo o Direito Penal, nesse sentido, tal qual mecanismo de controle social, o garantidor da operacionalidade do sistema social, atuando para a manutenção das expectativas e para a repartição dos comportamentos essenciais ao sistema de interação. Em relação à necessidade de pena, aduz que ela pressupõe o merecimento da reprimenda, e que o conceito de necessidade de sanção apresenta nítida influência da culpabilidade. Conclui que “o conceito normativo de merecimento de pena facilita a visualização do liame entre a proteção de bens jurídicos e a capacidade de rendimento atinente à cominação abstrata da sanção penal”, sendo a pena, nesse momento, orientada pelos critérios de prevenção geral positiva, como reafirmação do valor vigente que deve, por certo, apresentar relevância social fundamental. Prossegue

É de se repisar, entretanto, diante dessa apreciação, que não se pode dizer, propriamente, da existência de um direito de morrer. Ao contrário disso, é indiscutível a existência plena do direito à vida.

Por outro turno, é também certo que não há um ‘dever de viver’, podendo-se assinalar, diante da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, que ao lado do direito (e não do dever) à vida, se encontra o direito à vida digna, irradiando a partir dessa idéia algo como um direito de não morrer indignamente, o que, por fim, poderia se consubstanciar, *contrario sensu*, em uma espécie de direito de morrer dignamente, o que não se confunde, pura e simplesmente, com um direito de morrer (e menos ainda com um ‘direito de matar’), até porque o morrer dignamente seria mero corolário do mais relevante e amplo ‘direito de viver dignamente’, denominação, demais disso, mais conveniente e de maior aceitação social, justamente porque esse viver condigno indubitavelmente também encampa os momentos finais da vida, ou seja, o morrer com dignidade é parte do viver dignamente.

(cont.) 370. ... anotando que a necessidade de pena somente se faz presente por meio de um juízo político-criminal de conseqüência. Assim, “as ocorrências de violação da norma e de lesividade ao bem jurídico apenas poderão acionar a imposição concreta da pena se existente um prognóstico a respeito da viabilidade do cumprimento efetivo de sua finalidade. Arremata dizendo que a adoção de um sistema penal aberto e teleológico é a única maneira de articular a dogmática penal com a teoria dos fins da pena, sendo esta estruturação preventiva da pena o fato constituinte de um conceito material de delito que o identifica com o fato merecedor (antijuridicidade) e necessitado (culpabilidade) de pena.

