

HOMICÍDIO A PEDIDO: UMA QUESTÃO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA?

MURDER ON REQUEST: A MATTER OF OBJECTIVE IMPUTATION?

Ian Matozo Especiato*

RESUMO

O homicídio a pedido tem que ser juridicamente compreendido à luz do moderno Direito Penal de matiz teleológica, assim estará aberto aos câmbios sociais que nele podem ingressar a partir dos fins político-criminais presentes no Estado de Direito democrático e social. A correta concepção da função do ordenamento penal como protetor subsidiário de bens-jurídicos condicionados pela política criminal tem de permear toda a teoria do Delito, só desse modo o indivíduo é tomado como participante dos processos sociais. É nesta seara que se insere o consentimento do ofendido, entendido como expressão da autodeterminação individual frente ao bem jurídico vida, entendido como disponível, o que deslegitima a intervenção paternalista do Direito Penal em heterolesões consentidas. O risco produzido e refletido no resultado não está abarcado pelo âmbito de proteção da norma, que não visa interferir quando não há ofensa ao bem jurídico, vez que aquele que lesa tem o mesmo interesse daquele que é lesado. Quando não há ofensa ao bem jurídico, também não pode haver responsabilidade penal. O consentimento do ofendido tem de ser entendido - quando for expresso livremente por alguém imputável, sem qualquer vício que possa elidir a vontade autônoma do sujeito passivo - como um filtro objetivo da tipicidade penal. Melhor dizendo: se perfaz em critério de imputação objetiva para determinação do penalmente relevante.

PALAVRAS-CHAVE: homicídio; consentimento; ofendido; imputação objetiva.

ABSTRACT

The murder with a request have to be legally understood in the light of modern criminal law of teleological hue, so be open to social changes that it can join from the political-criminal purposes present on the democratic and social rule of law. The correct conception of the function of criminal jurisdiction as subsidiary legal assets protector - conditioned by legal criminal policy has to permeate the whole theory of the crime, there is the only way that individual is taken as a participant of the social processes. This is the harvest to the consent of the offended, understood as expression of self-determination of the individual facing the legal life, understood as available, which a mere demand for patronizing of criminal law intervention in the injuries consent. The risk produced and reflected in the result is not covered by the scope of protection of the standard, which does not aim to interfere when there is no offense to the legal asset, because who offends has the same interest of the one who is injured. When there is no offense to legal asset, also there can be no criminal liability. The consent of the offence must be understood - when it

* Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

is expressed freely by anyone without any fault of addiction that can circumvent the will of the taxable person unattended - as a filter objective of criminal typicity. Better yet: this is a criterion of objective imputation for determining the criminal relevant.

KEYWORDS: murder; consent; offended; objective imputation.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Entender a dinâmica da dogmática atual se faz imprescindível para a análise dos temas propostos nesse trabalho bem como a relação que a moderna teoria do Direito Penal tem com o bem jurídico na atribuição de responsabilidade penal ao agente que pratica o homicídio a pedido, ou seja, que age com autorização da vítima, tendo, pois, o consentimento do ofendido para lesar o bem jurídico vida. O paternalismo penal, apesar de ser uma conceituação decorrente do liberalismo anglosaxão, é também relacionado a uma eticização¹ ou moralização do direito penal decorrente de teorias que ganharam força após a segunda guerra mundial, como a finalista, que foi questionada pelas teorias funcionalistas surgidas nas décadas de 60 e 70. Começa-se, então, com a breve análise do desenvolvimento da dogmática penal do pós-guerra até se chegar às teorias teleológicas que iram constituir o plano de fundo em que se moverá a reflexão em torno do homicídio a pedido.

A teoria final da ação ou teoria do injusto pessoal começou a desenvolver-se ainda na década de 1930 na Alemanha, período em que ganhava vulto a retomada do direito natural. As teorias causal, neokantiana e neohegeliana, não se mostraram tão solidas em suas premissas ante a crítica finalista das mesmas fundarem-se em produtos artificiais teóricos, normativamente construídos e que o núcleo do Direito Penal formado por ação, antijuridicidade e culpabilidade, assentava-se no plano ontológico, ou seja, no plano do Ser, condicionado por estruturas lógico-objetivas pré-jurídicas. Assim, o legislador não poderia modificar o sentido do justo de acordo com suas conveniências – uma das críticas ao relativismo axiológico tão presente na Escola de Kiel -, mas sim encontrá-lo na realidade.

¹ Segundo Alamiro Velludo Salvador Neto, para o finalismo a “Função primordial da dogmática penal enquanto ciência prática responsável pela explicitação sistemática dos pressupostos de imposição da pena – é proteger e reafirmar valores ético-sociais, isto é, olhar para o futuro, formar eticamente os indivíduos [...] Tais valores ético-sociais não são realidades etéreas e vagas, mas sim constitutivas das balizas mínimas de convivência social, estão arraigadas no ser [...]”, SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena, Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. Tese (Doutorado em Direito Penal), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2008, p. 54-55.

Essa escola penal não só partiu de uma base jusfilosófica consistente, mas também modificou as categorias dogmáticas, como a inserção do tipo subjetivo (translado do dolo e culpa para a tipicidade), autoria e participação, omissão imprópria, diferenciação entre erro de tipo e erro de proibição, além de fornecer uma melhor explicação para a tentativa (dolo como elemento constitutivo no tipo da tentativa).² Por mais que o finalismo se influencie pelas outras ciências na apreensão do que é ontológico, após coletar esses dados, ele se fecha nas categorias dogmáticas não permitindo influxos de outras searas, dessa forma constitui-se em um sistema cognitivamente fechado.

Apesar da aceitação de suas consequências para a estruturação do delito (na Alemanha na metade da década de 70 e no Brasil com a reforma da parte geral em 1984) a metodologia finalista foi sendo, aos poucos, questionada. Essa crítica metodológica foi baseada na fronteira pouco nítida entre as realidades dadas e sua valoração jurídica. A estruturação da dogmática penal do final do século XIX com Franz von LISZT até a teoria finalista de Hans WELZEL fundou-se em um sistema fechado. Noutro dizer: na “solidificação hermética dos enunciados científicos”³, valorizando a parte material do Direito Penal, tornando imutáveis os enunciados normativos em decorrência da imutabilidade da categoria do “Ser” e dispensando pouca (ou nenhuma) atenção à suas consequências práticas. Não se permitia a entrada da política criminal nas categorias do delito, com isso impedia-se a formação de um sistema penal integral ou “ciência penal total”⁴, como prefere Winfried HASSEMER.⁵

A nova dogmática tem de responder às críticas da psicologia e sociologia à ciência penal como um instrumento de dominação e seletividade. Em razão disso volta sua reflexão para as sanções e execução penal, bem como para a formulação de uma teoria da política criminal, valorização da criminologia e outras ciências sociais e empíricas. As críticas exigiam um maior esforço da dogmática em sua legitimação racional, ou seja, essa dominação exercida pelo Direito Penal havia de ser útil àqueles que a ele se submetiam. Dessa forma, os compromissos assumidos por essa dogmática penal orientada aos fins do próprio Direito, eram: proteção subsidiária de bens jurídicos, prevenção geral e ressocialização (com o menor custo possível aquele que delinuiu).⁶

² HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n. 118, abr./jun., p. 237-292, 1993, p. 247-249; HIRSH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. Trad. Luís Greco. *RBCCRIM*, São Paulo, n. 58, 2006, 64-69; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *op. cit.*, p. 50-56.

³ HASSEMER, Winfried, *op.cit.*, p. 251.

⁴ *Idem.*

⁵ *Ibid.*, 250 e ss.; HIRSCH, Hans Joachim, *op. cit.*, p. 64 e 68.

⁶ HASSEMER, Winfried, *op.cit.*, p. 254-257.

O sistema jurídico-penal teleológico, atendendo aos fins propostos ao Direito Penal situado em um Estado democrático e social, apresenta uma abertura cognitiva e um fechamento operacional, isto é, a transformação do fato em delito é dada pelos elementos dogmáticos sem influência de agentes externos, mantendo-se, assim a segurança jurídica e o papel de *ultima ratio* do Direito Penal. Todavia, essa transformação não pode se dar de maneira inconsequente, puramente formal, tem de ser orientada aos fins preventivos da pena como uma estrutura de sentido (que realizem os fins compatíveis com a realidade social), representando, estes, critérios materiais na legitimação da intervenção penal.⁷ Fatores que antes estavam fora do direito agora podem adentrar neste, quando da resolução de casos concretos. A introdução desses dados valorativos não implica, necessariamente, em maior punição, subjetivismo e incerteza. O Sistema ser aberto decorre da constatação de que em um Estado democrático “Não se pode mais postular a total imunidade do universo jurídico em face das irritações do meio envolvente”.⁸

É nesse cenário que se insere a questão da pessoa como ser autônomo, capaz de traçar planos para a própria vida. O bem jurídico orientado por critérios político-criminais - notadamente o princípio da ofensividade - do Estado de Direito democrático e social desempenha papel fundamental na tipicidade quando há o consenso de interesses entre aquele que lesiona e o sujeito passivo cuja vontade não viciada tem essa mesma direção. Há ofensa ao bem jurídico quando não há colisão de interesses? Qual o papel que o consentimento do ofendido desempenha no delito de homicídio? Analisa-se a seguir o consenso nas hipóteses de terminação da vida.

1 Eutanásia, Homicídio a pedido e Suicídio Assistido

No campo penal a questão da autonomia no fim da vida é permeada por três conceitos fundamentais: homicídio a pedido, eutanásia e suicídio assistido. Essas três modalidades envolvem sempre um indivíduo que deseja morrer e um terceiro que o auxilia ou instiga nesse intento. Porém, a questão, que de primeiro plano parece de fácil entendimento, é bem mais complexa do que as linhas gerais acima delineadas.

⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, op. cit., p. 16-17.

⁸ *Ibid.*, p. 61.

A eutanásia é o ato de matar alguém imbuído pela solidariedade para com o indivíduo que sofre. O móvel do sujeito não é matar pura e simplesmente, mas sim por fim à dor física ou psíquica do paciente. Ao invés de deixar a morte seguir seu curso natural o agente a antecipa.⁹ Segundo Claus ROXIN a eutanásia pode ser compreendida em sentido amplo e estrito, no primeiro o indivíduo não está morrendo, pode conviver com o aquele sofrimento, mas pede ajuda a terceiro para que este lhe tire a vida. Já em sentido estrito a morte se afigura como inevitável, mesmo sem a interveniência de alguém.¹⁰

Ainda, de acordo com o penalista alemão, não por fim à dor do paciente poderia conformar um delito, vez que a omissão em aliviar a dor por parte do médico ou dos familiares do paciente, que desempenham posição de garantes do bem jurídico, ensejaria a comissão por omissão de lesões corporais, bem como o não evitar ou diminuir a dor pode ser subsumido na figura dos maus-tratos, faltando, todavia, o dever de garante, seria considerado uma omissão de socorro. Parece claro que ROXIN utiliza essa argumentação para mostrar o giro no pensamento penal em relação à concepção tradicional para qual a eutanásia em todos os casos configuraria homicídio. Não aliviar a dor passa a carregar um sentido delitivo. Entretanto, ele não admite a descriminalização do homicídio em todas as situações de terminação de vida movida por compaixão e com o consentimento de quem é titular do bem, pois, segundo ele, não seria uma solução humanitária. Ao invés disto, tenta fundamentar a impunidade da eutanásia passiva e indireta, conforme observa “Se a eutanásia indireta é impune, se deve a que junto à vontade do paciente orientada a um resultado concreto, se conjuga a consideração de que, dado o caso, o dever de prolongar a conservação da vida cede frente à obrigação de atenuar o sofrimento” e aduz mais adiante “Fala-se de eutanásia passiva quando uma pessoa, normalmente o médico ou seus ajudantes, mas também algum parente – que se encontra ao cuidado de outra, omite prolongar uma vida que está chegando a seu fim”.¹¹

⁹ ESPECIATO, Ian Matozo; SEGATTO, Antonio Carlos. Novos Paradigmas da Eutanásia no Neoconstitucionalismo. In: ENGELMANN, Wilson; OLIVEIRA, José Sebastião de; Mônica Neves Aguiar (Coord.). *Biodireito*. Florianópolis: FUNJAB, p. 359-388, 2013, p. 361.

¹⁰ ROXIN, Claus. Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 1, 1999.* Roxin não cita explicitamente quais as situações abarcadas no sentido amplo ou no estrito. Entretanto, se pode deduzir que a situação de doentes terminais, em que o esforço terapêutico se afigura como inútil, seria aquelas afetas ao sentido estrito e as outras hipóteses (tetraplegia completa, coma permanente e irreversível, doenças crônicas que provocam dores constantes, sofrimento psíquico) estariam abarcadas pelo sentido amplo. *Publicação eletrônica sem paginação nos artigos.

¹¹ Tradução livre dos excertos: “Si la eutanasia indirecta es impune se debe a que junto a la voluntad del paciente orientada a un resultado concreto, se añade la consideración de que, dado el caso, el deber de alargar la conservación de la vida cede frente a la obligación de atenuar el sufrimiento” e “Se habla de eutanasia pasiva cuando una persona –normalmente el médico o sus ayudantes, aunque también algún ariente- que se encuentra al cuidado de otra, omite alargar una vida que está tocando a su fin”, Vide: ROXIN, Claus, op. cit.

Múltiplas divisões permeiam a eutanásia, alguns preferem até agrupá-las como categorias operacionais relacionadas à terminação da vida¹². Entretanto, para tornar mais clara a discussão, divide-se a eutanásia por ação ou por omissão (ação e omissão não são entendidas em sentido naturalístico, mas ação e omissão em sentido penal, principalmente nesse último caso o dever de cuidado que cabe a quem ocupa a posição de garante). Eutanásia por omissão se relaciona com as situações de eutanásia passiva e indireta, em que: a) deixa-se morrer em seu curso natural, suspendendo ou não iniciando o tratamento médico (ortotanásia); b) retira o suporte técnico indispensável à manutenção do paciente vivo; c) o medicamento que seda o paciente, ou seja, que lhe ameniza a dor, conduz aos poucos a sua morte (como é o caso da morfina). Esses medicamentos de duplo-efeito podem estar relacionados aos cuidados paliativos, ou seja, mesmo sem ser desejada a antecipação da morte, vez que o objetivo é fazer o controle da dor, ela é previsível¹³.

Para o ordenamento jurídico-penal brasileiro a eutanásia pode ser considerada causa especial de diminuição de pena do homicídio¹⁴, em razão do móvel solidário do agente, que acarreta a possibilidade de redução da pena de um sexto a um terço, conforme disposto no artigo 121, § 1º, Código Penal. Similar à redação da causa de diminuição desse artigo é tipo de homicídio privilegiado que aparece no artigo 133 do Código Penal Português “Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”. Entretanto não é este delito no ordenamento português que mais se assemelha a uma tipificação da eutanásia - não considera o consentimento da vítima como um dos elementos da estruturação do tipo penal -, porquanto existe a figura do “homicídio a pedido da vítima”, conforme a redação do artigo 134 do Código Penal

¹² Com relação às distintas modalidades relacionadas à terminação da vida, podem-se citar as seguintes categorias operacionais: “[...] a) eutanásia; b) ortotanásia; c) distanásia; d) tratamento fútil e obstinação terapêutica; e) cuidado paliativo; f) recusa de tratamento médico e limitação consentida de tratamento; g) retirada de suporte vital (RSV) e não oferta de suporte vital (NSV); e i) suicídio assistido”, BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 15-59, 2010, p. 18.

¹³ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, op. cit., p. 20-21; ESPECIATO, Ian Matozo; SEGATTO, Antonio Carlos, op. cit., p. 368-371.

¹⁴ BARROSO e MARTEL definem de forma elucidativa a postura penal tradicional em relação à eutanásia, como se pode observar “A legislação penal brasileira não extrai consequências jurídicas significativas das categorizações mencionadas [...] salvo o suicídio assistido. Assim sendo, tanto a eutanásia quanto a ortotanásia – aí compreendida à limitação ao tratamento – constituiriam hipóteses de homicídio. No primeiro caso, na modalidade comissiva e, no segundo, na omissiva. O auxílio ao suicídio é tratado em tipo penal próprio. Nessa interpretação, que corresponde ao conhecimento convencional da matéria, a decisão do paciente ou de sua família de descontinuar um tratamento médico desproporcional, extraordinário ou fútil não alteraria o caráter criminoso da conduta. A existência de consentimento não produziria o efeito de salvaguardar o médico de uma persecução penal. Em suma: não haveria distinção entre o ato de não tratar um enfermo terminal segundo sua própria vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, também a seu pedido”, in: id. *ibid.*, p. 23.

Português: “1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos. 2 – A tentativa é punível”.¹⁵

Prosseguindo na análise da legislação comparada, pode-se encontrar em outros ordenamentos a figura do homicídio a pedido ou homicídio consentido a exemplo de Portugal. Assim, na Alemanha essa tipificação aparece no artigo 216 do Strafgesetzbuch (StGB)¹⁶, com a seguinte redação “(1) Se alguém tiver pedido a outrem que o mate por meio de séria e expressa petição do próprio falecido, então, deve-se impor pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos (2) A tentativa é punível”¹⁷; na Espanha está presente no artigo 143.4 do Código Penal Espanhol “Aquele que causar ou cooperar ativamente com atos necessários e diretos à morte de outro, pela petição expressa, séria e inequívoca deste, no caso em que a vítima padecesse de grave enfermidade que conduziria necessariamente a sua morte ou que produziria graves padecimentos permanentes e difíceis de suportar, será castigado com pena inferior a um ou dois graus das assinaladas nos números 2 e 3 deste artigo”¹⁸; no art. 312 do Código Penal Federal do México se confunde com o suicídio assistido “Aquele que prestar auxílio a outro para que se suicide, será castigado com pena de um a cinco anos de prisão; caso o prestar até o ponto de executar ele mesmo a morte, a prisão será de quatro a doze anos”.¹⁹

Infere-se, da análise dos injustos penais acima citados, que a maioria deles não tem como elemento subjetivo do tipo (que juntamente ao dolo forma o tipo subjetivo) o fim solidário (relevante valor social ou moral) para com aquele que padece, em suma, não são delitos de intenção²⁰. Diversamente do que ocorre com a figura de homicídio privilegiado presente no Código Penal português e da causa especial de diminuição de pena do injusto de homicídio no ordenamento pátrio. Dessa forma, o homicídio a pedido distancia-se do conceito

¹⁵ Similar à redação adotada no StGB alemão.

¹⁶ A tradução literal é livro de leis penais, mas correta é Código Penal.

¹⁷ Tradução livre do original “§ 216 Tötung auf Verlangen (1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen. (2) Der Versuch ist strafbar”

¹⁸ Iguamente tradução livre do original “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

¹⁹ Traduzido do original “Artículo 312 - El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años”

²⁰ Estes podem ser conceituados como “[...] delitos nos quais o autor busca uma finalidade expressa no tipo (intenção de realizar certos atos posteriores), mas que não precisa necessariamente alcançar. Faz parte do tipo de injusto uma finalidade transcendente: um especial *fim* de agir”, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 305.

de tradicional de eutanásia que exige do agente o móvel humanitário de extinguir a dor de outrem. O principal elemento da estrutura do homicídio a pedido é o consentimento prestado por parte do ofendido para que o sujeito ativo lese sua vida. Este elemento da estrutura do tipo penal, em razão de sua importância para o tema em tela, merece uma análise mais detida e será retomado no decorrer do texto.

Correlato ao tema do homicídio a pedido, mas não similar é o suicídio assistido (não é similar, porque o próprio titular do bem leva a cabo os atos executivos que conduzem à morte). Esse tipo penal é conhecido da nossa legislação, está inscrito no artigo 122 do Código Penal, e comporta as condutas de *induzir, instigar e auxiliar*, respectivamente, criar no ofendido o desejo de se suicidar, fomentar esse desejo, auxiliar materialmente o sujeito no seu intuito, propiciando-lhe meios de cometer o suicídio, por exemplo. Em relação à autolesão do bem jurídico vida afirma-se um antagonismo entre a filosofia marginal, que afirma a liberdade moral sobre a matéria, e a religião cristã, para qual a vida é um bem divino e, assim, apenas a divindade pode dele dispor. Nas democracias modernas os Códigos Penais não abarcam o injusto de suicídio, como dantes já foi feito pelo direito romano e canônico, isto porque, em argumentação inicial, os fins político-criminais que permeiam o bem jurídico e a pena em um Estado democrático e social de Direito, são preventivos, e não há sentido socialmente útil na imposição de uma sanção criminal ao suicídio.²¹

A manutenção desse delito na atual configuração típica é risível, pois não respeita os fins político-criminais que fundamentam o modelo constitucional de Estado. Ademais uma análise historiográfica mostra que a inserção desse delito se deu em um estado ditatorial na década de 40, em um modelo autoritário de política criminal, com elevada arbitrariedade e ingerência estatal na autonomia do indivíduo, tanto é que ele foi inspirado no Código Penal italiano de 1930, decorrente do modelo de Estado fascista. Tais fins político-criminais não foram recepcionados pela Constituição de 1988 que rompe com o modelo de Estado anterior. É se concordar com a afirmação de que a manutenção de tal delito é de duvidosa legitimidade, vez que “A incriminação da cooperação no suicídio alheio daquele plenamente capaz, perniciosamente, outorga a vida um caráter de dever ou encargo sustentável mesmo contra a vontade do indivíduo”.²²

²¹ FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Um exame analítico acerca do paternalismo jurídico-penal e seu antagonismo à luz da autonomia da vontade pessoal – lineamentos a partir da cooperação em suicídio. *RBCCRIM*, São Paulo, n.98, p. 209-237, out./set., 2012, p. 219-223. Tal delito encontra correspondente na primeira parte do artigo 312 do Código Penal Mexicano e no art. 135 do Código Penal Português, não encontrando correspondente na legislação alemã atual.

²² id. *ibid.*, p. 227. Tais autores formulam proposta sugerem que o delito se restrinja às hipóteses de vulnerabilidade do sujeito passivo.

Essa afirmação abre caminho para a análise da legitimidade da intervenção penal no âmbito de atuação individual, da relação entre o indivíduo e seu bem jurídico, noutros dizeres, para o paternalismo em âmbito penal. Pode o estado incriminar condutas que estejam de acordo com o próprio interesse do titular do bem jurídico para garantir a manutenção de uma moralidade comunitária (ético-social) sobre os caminhos que o indivíduo traça sobre sua própria vida (ou morte)? Essa concepção de autonomia limitada heteronormativamente é compatível com o modelo de Estado atual? Em que situações? São algumas das questões a serem respondidas a seguir.

2 Paternalismo Penal e Bem Jurídico

Pode se definir como paternalismo quando o Estado intervém na liberdade dos indivíduos contra a sua vontade manifesta, para seu benefício. Faz-se analogia à figura do pai (*pater*), que toma as medidas que considera mais benéficas à sua prole, não considerando os interesses de cada um destes. Apesar da expressão “*pater*” ter origem latina, a expressão paternalismo tem origem no liberalismo do século XIX, principalmente a partir da obra “*On Liberty*” de John Stuart MILL, ganhando reforço da doutrina antipaternalista da década de 80 do século XX, tendo como expoentes Joel FEINBERG, cujos trabalhos orbitaram em torno do princípio de lesão (*harm principle*) e princípio da ofensa (*offense principle*), em sua obra “*The Moral Limits of Criminal Law*” tratando especificamente do paternalismo em âmbito penal e Gerald DWORKIN, que tenta formular alguns princípios em que o paternalismo é aceitável, partindo da leitura de MILL, principalmente com suas seus trabalhos “*Paternalism*” e “*Moral Paternalism*”.²³

Conforme aduz DWORKIN, definição genérica de paternalismo pode ser compreendida como “[...] a interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida”²⁴. Entretanto, completa mais a frente “[...] a classe de pessoas que sofrem a restrição nem sempre coincide com a classe de pessoas cujos

²³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo Jurídico-Penal*. Tese (Doutorado em Direito Penal), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2010, p. 122 e ss.

²⁴ DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v.4, n.6, p. 7-25, 2012, p. 9.

bens estão em jogo”.²⁵ O que já denota que o paternalismo não só se preocupa com as lesões provocadas pelo próprio titular do bem, mas também com aquelas provocadas por terceiros com o consentimento daquele.

Divide o paternalismo estatal em duas classes: *puro e impuro*. No primeiro as pessoas que sofrem a restrição são as mesmas supostamente beneficiados por ela, no último para beneficiar uma determinada classe de indivíduos, restringe a liberdade daqueles não “beneficiados” imediatamente pela constrição da liberdade, se estende, assim, a sujeitos cujos interesses não estejam em questão. Ainda, segundo este autor o paternalismo é justificado apenas quando conduz a maior grau de liberdade do indivíduo por ele afetado. Três situações podem ser consideradas para delinear uma teoria paternalista limitada: a) irracionalidade humana na tomada de decisões, atribuição de peso incorreto a seus valores, ex. ilusões cognitivas (percepções erradas da realidade); b) tomada de decisões sobre pressão extrema psicológica ou sociológica, ex. estabelecimento de um conselho que atenderia suicidas no intento paternalista de dissuadi-los; c) perigos insuficientemente compreendidos ou notados pelos envolvidos, ex. diminuição da expectativa de vida de quem fuma determinada quantidade de maços por dia. Porém, termina dizendo que se existir meios alternativos que não levem ao paternalismo, mas impliquem em altos custos, estes devem ser preferíveis à limitação da liberdade.²⁶

Em âmbito criminal a doutrina antipaternalista ganha novo fôlego com o terceiro volume da tetralogia de FEINBERG, em suas reflexões acerca da intervenção penal do Estado nas autolesões e heterolesões consentidas (*harm to self*). Dentro do pensamento deste, encontram-se as quatro classificações de maior vulto das intervenções paternalistas, são elas: a) paternalismo moderado (*soft*): somente é legítimo restringir autolesões quando não se puder determinar se o indivíduo cuja liberdade é restringida tem plena consciência e vontade de se autolesionar, é o caso de crianças e doentes mentais, ou perturbações mentais temporárias e nas intervenções temporariamente necessárias para determinar se a vontade é livre ou não; b) Paternalismo rígido (*hard*): haveria legitimidade em restringir autolesões ou heterolesões consentidas tanto a sujeitos responsáveis como irresponsáveis no caso de bens jurídicos considerados indisponíveis; c) Paternalismo direto: restrição da liberdade de indivíduos que se comportam de modo autolesivo, o “beneficiário” da restrição é o aquele que pratica a

²⁵ id. *ibid*, p. 11. Para Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA as intervenções paternalistas caracterizam-se por se dirigirem ao bem jurídico do indivíduo que sofre a restrição e pela impossibilidade desse indivíduo repelir a medida paternalista, pois ela é coercitiva, vide: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre Docência), Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, p. 189-190.

²⁶ DWORKIN, Gerald, *op. cit.*, p. 12-25.

autolesão, parece guardar relação com o paternalismo “*puro*”, proposto por DWORKIN; d) Paternalismo indireto: legitima a interferência na liberdade de um grupo de pessoas com o intuito de beneficiar grupo distinto, categoria similar ao paternalismo “*impuro*” do autor antes citado.²⁷ O paternalismo será presumido como reprovável quando não considerar adultos como capazes de manifestar sua vontade, ou seja, infantilizá-los. Porém, quando o objetivo do paternalismo for defender pessoas relativamente vulneráveis de perigos externos, tal atitude paternalista não pode ser tida a priori como reprovável. A legitimação do paternalismo só pode se dar nessa última hipótese.²⁸

O Direito Penal geralmente utiliza manifestações paternalistas indiretas ou impuras, vez que criminaliza com maior intensidade comportamentos que cooperam na autolesão intencional. Um delito correlato ao tema proposto que é expressão dessa espécie de paternalismo no ordenamento penal brasileiro é o já mencionado suicídio assistido (art. 122, CP).²⁹ Também em âmbito penal é comum o paternalismo rígido, considerado uma espécie de intervenção ilegítima no modelo de Estado atual, porquanto quer prevenir resultados danosos obras de autônoma e livre decisão pessoal, tendo, assim, caráter autoritário.³⁰

3. Autonomia na disposição do bem jurídico vida

Quando se fala em disposição da vida envolvendo um terceiro participante do processo morte, argumenta-se que o direito à vida seja absoluto, disso também decorre a sua compreensão como bem jurídico indisponível. Em situações de eutanásia, é lugar comum afirmar que a obrigação da equipe de saúde é empregar todos os meios para a cura ou salvaguarda do bem estar do paciente mesmo que esta não seja a vontade por este manifesta, ratificando no imaginário jurídico a absoluta indisponibilidade da vida. Entretanto, essa visão decorre de uma moral com fundo religioso, com inaptidão para uma fundamentação racional que é exigida pelo Direito. A dignidade é o fundamento da autonomia individual, todavia, não raras vezes, funciona de maneira ambivalente. Noutros dizeres: ora fundamenta a valorização e defesa das concepções sociais da vida, ora a morte com intervenção. Por ser um *slogan* que

²⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini, op. cit., p. 115-117.

²⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini, op. cit., p. 132-137.

²⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva, op. cit., p. 190-191.

³⁰ FERREIRA; Pedro Paulo da Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores, op. cit., p. 216.

pode se moldar a discursos conflitantes, necessita de “[...] maior densidade jurídica, objetividade e precisão”³¹ para aumentar seu rendimento na resolução de conflitos jurídicos.

A dignidade comporta uma dimensão privada e outra pública. Na primeira ganha relevo a autonomia individual, ou seja, a tomada de decisão sobre a própria vida deve partir da pessoa e não de pressões externas a ela, tem, pois, o direito de escolher seus próprios projetos de vida não podendo ser discriminada por isso, já que todos têm direito à igual respeito e consideração às suas escolhas, sua argumentação fornece justificativa para a morte com intervenção. A segunda refere-se à dimensão social que comporta a atuação estatal para a realização da dignidade de cada um e para evitar que comportamentos individuais interfiram em direitos próprios (paternalismo), de outros ou de todos, podendo ser definida como heteronomia, fundamenta a proibição da intervenção de terceiros na morte de outrem.

Os componentes da autonomia que chamam atenção quando se fala em consentimento no homicídio são: a capacidade de autodeterminação e as condições para o exercício desta. São capazes de se autodeterminar indivíduos adultos que não sofram de nenhum transtorno mental, que sejam, em termos penais, plenamente imputáveis, sendo que as condições para o exercício dessa autonomia é o substrato material que a propicia, melhor dizendo, que garante o seu exercício.³² Assim sendo, o indivíduo não pode ser vulnerável nem apreender a realidade de forma viciada (compulsão, distúrbios psicológicos, coerção, fraude, ignorância, erro nas expectativas), estas são as duas hipóteses de elisão do consentimento.³³

Se uma forma de opressão decorre da própria configuração cultural da sociedade (violência doméstica como decorrente do machismo patriarcal ou racismo ligado aos discursos de ódio) e estabelece uma específica relação de poder, nesses casos pode haver vulnerabilidade, que obstará o consentimento do ofendido. Por mais que seja tentador considerar presumida essa vulnerabilidade, ela deverá ser analisada no caso concreto, de forma objetiva, a fim de se assegurar a autodeterminação individual. Pode ser legítima a interferência paternalista nesse caso, não propriamente em decorrência da dignidade como heteronomia, mas pela própria apreensão da estrutura social como desigual. Limita-se a

³¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, op. cit., p. 32.

³² id. ibid., p. 29-45. De acordo com MARTINELLI em diálogo com o pensamento de FEINBERG a autonomia comporta quatro significados, são eles: a) capacidade: habilidade de autogoverno por meio de escolhas racionais; b) condição: conjunto de virtudes que conduzem ao autogoverno (autenticidade; autolegislação - lei moral nos impõe uma obrigação legítima porque parte de nós mesmos; fidelidade a si próprio – autoconfiança; autorresponsabilidade); c) ideal: autonomia ligada a tolerância, respeita as convicções alheias e exige respeito para as próprias (não é, pois, sinônimo de individualismo); e d) direito: autonomia de alguém decidir como viver a própria vida, especialmente como fazer criticamente decisões sobre seus atos, delimita os “limites territoriais da pessoa”, até onde o paternalismo pode agir. Aqui bem-estar se contrapõe à vontade, vide: MARTINELLI, João Paulo Orsini, op. cit., p. 137-141.

³³ MARTINELLI, João Paulo Orsini, op. cit., p. 142-143.

liberdade para o bem do próprio sujeito, que poderia agir de forma diversa fora daquela relação de poder, não se quer impor um padrão de ético da sociedade ao indivíduo em seu âmbito privado (forma de paternalismo moderado).

Em relação à pessoa como não tutelada totalmente pelo Estado, mas sim com capacidade de autodeterminação e responsabilidade (características que fazem parte da própria ideia de indivíduo autônomo), afirma-se que:

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, além de romper com qualquer sistema autoritário de governo que tenha lhe antecedido, inaugura um Estado liberal, democrático e republicano, infecundo à gênese de atos de gestão de capacidade de autodeterminação dos indivíduos e contrários àqueles já existentes no início de sua vigência³⁴

A Constituição não impõe uma moral unitária, mas sim encontra campo fértil para a dialética e o pluralismo. Conforme argumentam BARROSO E MARTEL:

No ambiente da morte com intervenção, a ideia da dignidade como autonomia deve prevalecer, por diferentes razões. A primeira delas é de cunho normativo [...] o sistema constitucional dá maior importância à liberdade individual do que às metas coletivas. Ademais, do ponto de vista filosófico, é melhor a fórmula que reconhece o indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e de assumir responsabilidade por elas.³⁵

A vida não se constitui em direito fundamental absoluto, não é, pois, bem jurídico indisponível (indisponíveis são os bens jurídicos que possuem vários titulares ou estes são indetermindados). Além de bem personalíssimo, a vida é um interesse individual, cujo único sujeito apto a decidir os rumos ou o fim antecipado da mesma é o seu titular. Pode, portanto, validamente se autolesionar ou consentir em heterolesões a esse bem jurídico, se reunidos os requisitos de capacidade e condição para o seu exercício de sua autodeterminação. Não é legítimo que a autodeterminação individual possa funcionar como alicerce da responsabilidade penal, mas o sujeito não possa decidir sobre a própria morte, esse argumento é incompatível com um Direito Penal que protege bens jurídicos orientados por princípios político criminais de um Estado democrático. Após comprovada a autonomia do indivíduo na

³⁴ FERREIRA; Pedro Paulo da Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores, op. cit., p.230.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, op. cit., p. 51.

disposição de sua própria vida, necessário se faz situar o consentimento do ofendido na teoria do delito e mostrar a função que ele desempenha em relação à responsabilidade penal.

4 Imputação Objetiva e Consentimento do Ofendido

Desde a perspectiva do naturalismo, o tipo penal foi concebido com base em critérios próprios das ciências naturais e, por essa razão, se elaborou o dogma da causalidade. A ação se entendia como modificação do mundo exterior ocasionada por uma manifestação de vontade do sujeito. Para a realização do tipo bastava demonstrar que entre atividade do sujeito ativo e resultado existia um nexo de causalidade que deveria ser comprovado empiricamente. A imputação se reduziu a relação de causalidade, sendo que a teoria que explicava a imputação era a da equivalência, toda condição que concorre para a produção do resultado é causa dele (*conditio sine qua non*). A fratura do naturalismo já começa a aparecer no século XX como resultado da influência do neokantismo no direito penal, a sua crítica se dirigia ao empirismo reinante no causalismo, pois dizia que a partir de dados empíricos não é possível à dedução de fundamentos normativos para sua valoração. Do normativismo próprio do neokantismo, o direito penal retoma a uma perspectiva ontologicista, a teoria do injusto pessoal de WELZEL, como já explicitado no início do trabalho.³⁶

A teoria finalista foi responsável por trazer os elementos subjetivos do delito já para a categoria da tipicidade, conceituando ação não mais como meros movimentos causais, mas colocando a finalidade delitiva (vontade de cometer o delito e consciência das circunstâncias) na direção de processos causais. Só seria ação humana aquela querida e desejada pelo agente. Com essa modificação, o elemento limitativo da teoria da equivalência encontrava no dolo e no domínio do fato os critérios básicos para a determinação da autoria. Além do tipo objetivo estabelecido como nexo de causalidade, dita teoria também admitia critérios objetivos de valoração externa ao tipo subjetivo, a nominada teoria da adequação social de WELZEL, que incidiria após o exame do dolo e culpa, que pode ser entendida como um germe da teoria da imputação objetiva que viria a seguir.³⁷

³⁶ LOPÉZ DIÁZ, Cláudia. La teoría de la imputación objetiva. In: GONZÁLEZ, Mireya Bolaños (comp.). *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Universidad de los Andes, Mérida, p. 123-171, 2005, p. 122-125.

³⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da imputação objetiva*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 19-27; ROXIN, Claus. A teoria da Imputação Objetiva. Trad. Luís Greco. *RBCCRIM*, São Paulo, n. 38, p. 11-31, jul./set., 2002, p. 11-13.

O funcionalismo, notadamente com Claus ROXIN na década de 70 (retomando as ideias de Karl LARENZ e Richard HONIG), procurou normatizar o tipo objetivo e reestruturar sua posição na tipicidade.³⁸ A tendência moderna se dirige à que as categorias dogmáticas não podem elabora-se com base em elementos pré-jurídicos. Os elementos da teoria do delito têm de ser interpretados em conformidade com os fins e funções que cumpre o direito penal na sociedade. Antes da análise dos elementos subjetivos do tipo era necessário criar um filtro objetivo-normativo que determinasse quais comportamentos eram penalmente relevantes e quais são irrelevantes, sem que se necessitasse recorrer à vontade do agente para tanto. Desse modo, era necessária a criação de um risco não permitido e a consequente realização desse risco no resultado consubstanciada na lesão de um bem jurídico. Quer-se com esses critérios diferenciar ação de acaso permitindo a valoração de cunho social e político-criminal. Pretende-se, assim, desenvolver uma dogmática que ofereça respostas adequadas às situações concretas.

Especificamente sobre a concepção de Claus ROXIN, pode-se notar que ela equipara a possibilidade de domínio pela vontade humana, ou seja, finalidade objetiva à criação de um risco juridicamente relevante para lesão típica de um bem jurídico, independente e anterior à aferição de dolo ou culpa (tipo subjetivo). Os critérios para imputação objetiva consubstanciam-se em: diminuição do risco (criação de um risco juridicamente relevante, aumento do risco permitido (tolerado socialmente), âmbito de proteção da norma, resultado abarcado pelo âmbito de proteção da norma) e realização do plano pelo autor.³⁹

Especificamente, se faz necessário analisar o critério do âmbito de proteção da norma. De acordo com este a esfera de proteção da norma só abrange os danos diretos, afastar-se-ia, assim, a imputação do resultado provocado por danos indiretos. Seja pelo risco não se refletir no resultado, que embora criado não se concretiza naquele; ou por esse risco produzido e refletido no resultado não estar entre aqueles que a norma pretende evitar; hipóteses de desvio do curso causal; advento de consequências secundárias. Também se analisa o resultado produzido por esse risco é compreendido pelo âmbito de proteção da norma, ou seja, mesmo se o agente realizar um risco não permitido (cria o risco não permitido de lesar um bem jurídico penalmente protegido e o mesmo se realiza), o resultado não deve a ele ser imputado por contrariar outros princípios do ordenamento jurídico, tais como: *autonomia da vítima*, quando alguém a coloca em perigo (deixa uma arma perto de um suicida) ou ela mesma assim

³⁸ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *Revista Ciências Penais*, São Paulo, a. 2, p. 81-110, jul./dez., 2005, p. 81-84. BECHARA, Ana Elisa Liberatore, op. cit., p. 169-173.

³⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes, op. cit., p. 84-86.

o faz (autocolocação em risco), ou a *atribuição do resultado a diversos âmbitos de responsabilidade*, que é um critério similar às hipóteses de desvio do curso causal.⁴⁰

O consentimento do ofendido se situa nas hipóteses do âmbito de proteção da norma, diferencia-se das heterocolocações em perigo consentidas na medida em que nas lesões consentidas o ofendido tem consciência objetivamente do resultado danoso, já nas heterocolocações em perigo somente vislumbra a ação perigosa.⁴¹

Apesar da aceitação da imputação objetiva pela doutrina dominante, ela encontra pouca guarita na jurisprudência nacional, salvo em raras decisões. Não foi adotada pela legislação pátria, de traço marcadamente finalista. Encontra-se em escassa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁴²

⁴⁰ Id. *ibid.*, p. 87-89. Sobre isso Greco: ” [...] a norma proibitiva visa a evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira, se for afetado, não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio for afetado, mas por curso causal completamente diverso, o que se realizou no resultado não foi o risco que se estava a analisar”, in: GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 99-100.

⁴¹ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 72.

⁴² SÉTIMA TURMA DO TRIBUNAL HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. VÍTIMA - MERGULHADOR PROFISSIONAL CONTRATADO PARA VISTORAR ACIDENTE MARÍTIMO. ART. 121, §§ 3º E 4º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. Para que o agente seja condenado pela prática de crime culposo, são necessários, dentre outros requisitos: a inobservância do dever de cuidado objetivo (negligência, imprudência ou imperícia) e o nexo de causalidade. 2. No caso, a denúncia imputa ao paciente a prática de crime omissivo culposo, na forma imprópria. A teor do § 2º do art. 13 do Código Penal, somente poderá ser autor do delito quem se encontrar dentro de um determinado círculo normativo, ou seja, em posição de garantidor. 3. A hipótese não trata, evidentemente, de uma autêntica relação causal, já que a omissão, sendo um não-agir, nada poderia causar, no sentido naturalístico da expressão. Portanto, a relação causal exigida para a configuração do fato típico em questão é de natureza normativa. 4. Da análise singela dos autos, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, verifico que a ausência do nexo causal se confirma nas narrativas constantes na própria denúncia. 5. Diante do quadro delineado, não há falar em negligência na conduta do paciente (engenheiro naval), dado que prestou as informações que entendia pertinentes ao êxito do trabalho do profissional qualificado, alertando-o sobre a sua exposição à substância tóxica, confiando que o contratado executaria a operação de mergulho dentro das regras de segurança exigíveis ao desempenho de sua atividade, que mesmo em situações normais já é extremamente perigosa. 6. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese. 7. Com efeito, não há como asseverar, de forma efetiva, que engenheiro tenha contribuído de alguma forma para aumentar o risco já existente (permitido) ou estabelecido situação que ultrapasse os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado. 8. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta (**HABEAS CORPUS Nº 68.871 - PR (2006/0233748-1)**). O Superior Tribunal de Justiça já admitiu a imputação objetiva igualmente nas hipóteses de delitos no trânsito, como se pode observar a seguir: “IMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável. III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado - morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva. IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco

Ainda em relação ao consentimento do ofendido, Günther JAKOBS fala de competência por seu comportamento, sendo que o caso mais conhecido é o do consentimento. Ele estrutura sua teoria seguindo os papéis sociais desempenhados e as expectativas que deles advêm, sendo assim se a vítima tem o conhecimento de que tal comportamento de terceiro conduzirá a um resultado lesivo esse comportamento segue em conformidade com o seu papel “[...] na medida em que a vítima não tenha direito a que não se produza o comportamento lesivo, isto é, no tanto e enquanto o conjunto de bens, que sob o ponto de vista fático depende da organização do autor, não dependa juridicamente dela”.⁴³ Como exemplo pode-se citar o médico que desliga parte dos aparelhos, sendo isto recomendado pela *Lex artis*, mantém-se no seu papel, a despeito do seu atuar tenha efeitos causais a respeito da morte do paciente.

E JAKOBS completa em relação às hipóteses em que a própria vontade do ofendido é de lesar um dever de autoproteção:

[...] maior importância que essas hipóteses de apoio que excedem do obrigado provavelmente tenham aquelas outras hipóteses em que a vítima, com seu próprio comportamento, dá razão para que a consequência lesiva lhe seja imputada; hipóteses em que, portanto, a modalidade de explicação não é a *fatalidade*, mas a *lesão de um dever de autoproteção* ou inclusive a *própria vontade*; as infrações dos deveres de autoproteção e a vontade se agrupam aqui sob o rótulo de *ação a próprio risco*.⁴⁴

Quanto à autolesão, importante lembrar-se do princípio da autoresponsabilidade de que fala Roxin quando do alcance do tipo de cumplicidade no suicídio (o tipo não alcança autocolocações e dessa forma não é imputada objetivamente). Conforme aduz ROXIN: “O

permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão.V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida.VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada. VII. A averiguação do nexos causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída. IX. **(RECURSO ESPECIAL Nº 822.517 - DF 2006/0038086-0)**.

⁴³JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 2ed. rev. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais (RT), 2007, p. 31.

⁴⁴JAKOBS, Günther, op. cit., p. 32.

alcance do tipo (*Reichweite des Tatbestands*) não abrange essa hipótese [traficante responder por homicídio]; pois, como demonstra a impunidade da participação em suicídio, o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima”, segundo Luís Greco esse argumento não poderia ser utilizado em países que criminalizam a participação em suicídio, tendo que procurar outras formas de argumentação.⁴⁵

Quanto ao consentimento do ofendido são três as principais tendências da doutrina: a) *ausência de interesse*: ato de consentir é excludente de antijuridicidade; o consentimento dirigido à lesão do bem jurídico não produz qualquer modificação, sendo desnecessária a intervenção penal, ausente o interesse de castigo (finalidade político criminal, não é útil/necessário); b) *exercício de liberdade de ação do portador de um bem jurídico*: se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, não pode existir lesão ao bem quando uma ação se baseia em uma disposição de seu portador, que expressa seu favorecimento a essa ação lesiva. Assim, o direito penal só pode intervir quando existir necessidade de pena aplicável ao agente em consequência da lesão⁴⁶. O bem jurídico protegido pelo tipo é ao mesmo tempo o objeto e a faculdade de disposição (191-192); c) teoria eclética: quando o dissenso é elemento integrante do tipo penal, o consenso excluiria a tipicidade, ex. *violação de domicílio* – “Art. 150 – Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”; Quando não é elemento do tipo delitivo, excluiria a antijuridicidade.

47

Retomando o pensamento de ROXIN, em seu artigo sobre os aspectos penais da eutanásia, diz que a adequação social e fim de proteção da norma são critérios muito indeterminados para fundamentar a impunidade do homicídio. Na realidade há um homicídio, mas esse é impune em razão do consentimento expresso ou tácito; para ele seria impunível a eutanásia passiva, até aquela em que a pessoa não tivesse em condições de expressar seu consentimento, por meio da análise do consentimento presumido, que leva em consideração manifestações orais e escritas, valores pessoais, expectativa de vida para sua idade, sofrimento provocado pela dor, sendo que não se pode tomar a priori um pressuposto “in dubio pro vida” ou “in dubio pro morte”, pode-se relacionar às diretivas de fim de vida disciplinadas

⁴⁵ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva..., p. 16.

⁴⁶ Para Ferrando MANTOVANI a ilicitude da eutanásia ativa e passiva é regra, salvo nas hipóteses em que o sujeito recusa o tratamento (a cura), tem de assumir relevância penal como delito de homicídio, atendendo ao princípio de *extrema ratio*, seja pelo caráter primário o bem jurídico vida, seja pela função de prevenção geral da pena, não só pela intimidação do cometimento delitivo, mas antes pela função pedagógica e de orientação social, in: MANTOVANI, Ferrando. Aspetti Giuridici della eutanasia. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XXXI, p. 448-469, 1988, p. 462.

⁴⁷ MARTINELLI. João Paulo Orsini, op. cit., p. 190-191.

recentemente pela Resolução/CRM n. 1995/2012. Nos casos limites, como o exemplo do sujeito preso no caminhão em chamas que pede auxílio para morrer, o penalista admite a impunidade até da eutanásia ativa, mas que em regra ela seria punível.⁴⁸

Há de se entender a disponibilidade com relação a um bem jurídico tomado como interesse, relacionado o sujeito a valor relevante ao seu desenvolvimento social, ou melhor, a materialização de sua dignidade, nesse caso pode-se dizer que o interesse juridicamente reconhecido não pode ser convertido em dever jurídico, imposto contra vontade de seu titular. A diferenciação do tratamento mais benéfico à eutanásia por seu móvel humanitário em relação ao auxílio ao suicídio não pode ser sustentado na atualidade, vez que se exige um juízo objetivo e não moral. Quando a análise do consentimento se dá já no tipo objetivo, não se pergunta da intenção do agente nas heterolesões consentidas, mas sim se verifica a coincidência de interesses entre o titular do bem jurídico e aquele que o lesa, assim, não se pode concordar com a argumentação da doutrina dominante, inclusive de ROXIN, um dos maiores defensores da imputação objetiva, de que o consentimento elidiria a antijuridicidade, pois esta pressupõe a existência de uma colisão de interesses, o que não existe nos casos de consenso. Concorda-se com a afirmação de que não existe vítima no presente caso: “Vítima é aquele que sofre uma lesão de terceiro sem consentir. Ninguém pode ser vítima do próprio comportamento prejudicial ou da conduta lesiva de outrem com seu consentimento válido”⁴⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao início são apresentados três conceitos similares, porém não coincidentes: eutanásia é matar alguém imbuído de compaixão pelo sofrimento da pessoa, com seu consentimento. O homicídio a pedido não compartilha desse elemento especial do tipo. Já o suicídio assistido se dá quando o próprio indivíduo se autolesiona com ajuda de outro.

O paternalismo em âmbito penal tem de ser visto com as devidas cautelas, se em outros âmbitos ele é justificável, como no direito trabalhista, previdenciário e consumerista, em se tratando de delito, a liberdade tem de sofrer a mínima restrição combinada com a máxima proteção de bens jurídicos. Assim, o indivíduo é livre para dispor de seus bens pessoais (os bens indisponíveis são os coletivos). A vida, por mais que seja importante para a

⁴⁸ ROXIN, Claus. Tratamiento jurídico-penal de la eutanásia... [artigo eletrônico sem paginação]

⁴⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini, op. cit., p. 127-128.

sociedade, o é primeiro para o indivíduo. Que, não sendo vulnerável, deve dela dispor como bem entender, pois a autonomia, a escolha das opções de vida (e porque não dizer de morte) é um dos componentes do conceito de pessoa.

A dignidade fundamenta a autonomia no fim da vida. Todavia é um conceito ambivalente que merece maior objetividade. Ela tem face privada (autonomia) e pública (heteronomia). O texto constitucional, por representar uma quebra com o modelo de estado anterior privilegiou a autonomia em benefício de uma sociedade dialética e pluralista. Esta prevalece desde que haja a capacidade de autodeterminação e as condições para o exercício desta.

O consentimento do ofendido na teoria do delito é componente do tipo objetivo, é um dos critérios para não imputação da responsabilidade penal ao agente, pela coincidência entre os interesses deste e da “vítima”. Não se pode concordar que a solução esteja na antijuridicidade, pois no presente caso não se vislumbra conflito de interesse. Se corretamente entendido, o consentimento pode conduzir à impunidade do homicídio a pedido.

Sistema Penal teleológico é cognitivamente aberto, o que pode ensejar, também, a adoção de um sistema penal integral, que não se preocupa somente com as categorias dogmáticas, mas também com a interpretação das normas no caso concreto e com a execução penal. Nessa esteia, mesmo que o consentimento não esteja tipificado ele pode ser aplicado quando se interpreta a norma no caso concreto, devido às finalidades político criminais do bem jurídico também encontrarem-se presentes na hermenêutica do tipo, como “clausula supralegal de exclusão da tipicidade objetiva”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 15-59, 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatori Silva. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre Docência), Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v.4, n.6 , p. 7-25, 2012.

ESPECIATO, Ian Matozo; SEGATTO, Antonio Carlos. Novos Paradigmas da Eutanásia no Neoconstitucionalismo. In: ENGELMANN, Wilson; OLIVEIRA, José Sebastião de; Mônica Neves Aguiar (Coord.). *Biodireito*. Florianópolis: FUNJAB, p. 359-388, 2013.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Um exame analítico acerca do paternalismo jurídico-penal e seu antagonismo à luz da autonomia da vontade pessoal – lineamentos a partir da cooperação em suicídio. *RBCCRIM*, São Paulo, n.98, p. 209-237, out./set., 2012.

GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da imputação objetiva*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n. 118, abr./jun., p. 237-292, 1993.

HIRSH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. Trad. Luís Greco. *RBCCRIM*, São Paulo, n. 58, p. 64-84, 2006.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 2ed. rev. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais (RT), 2007

LOPÉZ DÍAZ, Cláudia. La teoría de la imputación objetiva. In: GONZÁLEZ, Mireya Bolaños (comp.). *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Universidad de los Andes, Mérida, p. 123-171, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. Aspetti Giuridici della eutanasia. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XXXI, p. 448-469, 1988.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo Jurídico-Penal*. Tese (Doutorado em Direito Penal), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2010.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *Revista Ciências Penais*, São Paulo, a. 2, p. 81-110, jul./dez., 2005.

_____; _____; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus. A teoria da Imputação Objetiva. Trad. Luís Greco. *RBCCRIM*, São Paulo, n. 38, p. 11-31, jul./set., 2002.

_____. Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 1, 1999.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena, Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. Tese (Doutorado em Direito Penal), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2008.