

2. DOCTRINA NACIONAL

2.2

EUTANÁSIA E DOGMÁTICA PENAL:

por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa

CARLOS AUGUSTO CANÊDO

e

LÚCIO CHAMON JUNIOR

“O critério de acordo com o qual nos orientamos quando do sopesamento de normas conflitantes não pode, neste ponto, ter um conteúdo material pré determinado que dê prioridade a certos pontos de vista normativos em detrimento de outros.”

KLAUS GÜNTHER. *The sense of appropriateness.*

SUMÁRIO: 1. Acerca da noção de Estado Democrático de Direito – 2. Do ético e do jurídico – 3. O problema: é a eutanásia indireta uma causa de impedimento do juízo de tipicidade ou um estado de necessidade? – 4. Das causas de justificação como ponderação entre bens – 5. Por uma releitura das causas de justificação: a contribuição da teoria da adequabilidade normativa de Klaus Günther – 6. Conclusão: da eutanásia indireta como estrito cumprimento do dever legal – Bibliografia.

Resumo: O presente texto trabalha o Direito Penal sob um enfoque constitucionalmente adequado. A compreensão paradigmaticamente levada a cabo do sistema jurídico, em um Estado Democrático de Direito, permeia toda a discussão desenvolvida em torno de um ponto específico da matéria referente à eutanásia indireta, a qual, em outro momento, se referiu Claus Roxin como uma hipótese de estado de necessidade justificante. Apresentando diversa interpretação, que lança mão do juízo de adequabilidade normativa através de argumentos não éticos, senão jurídicos, central nesta discussão se faz a consideração das obras de Klaus Günther e Jürgen Habermas.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito – Direito Penal e Filosofia do Direito – Causas de justificação – Eutanásia – Paradigma e Direito.

1. Acerca da noção de Estado Democrático de Direito

Vivemos em um ocidental mundo fluido. Não mais há amarras como o direito natural, seja como entendido na Grécia ou na Idade Média. Não mais há privilégios institucionalmente estabelecidos em razão da força da tradição.

Assim, se solidificar significa estabelecer padrões, os pesados e densos sólidos do período medieval foram liquefazendo-se: era necessário um ambiente mais fluido para que um novo modo de vida pudesse estabilizar-se e se desenvolver. É nesse sentido que Zygmunt Bauman acaba por concluir que a empreitada do início da modernidade se caracterizava pela liquefação daqueles pesados sólidos: mas, por mais incrível que se poderia imaginar, a destruição destes não tinha como intuito a manutenção de um espaço rarefeito. Novos sólidos foram imaginados e erguidos com a pretensão de serem perfeitos e eternos, porque erigidos sobre o alicerce da razão, e não da tradição.¹ Havia *standards*, quadros e molduras nos quais os indivíduos através do uso de sua liberdade deveriam procurar encaixar-se.

Vivemos o que hoje é chamado, por Bauman, de “pós-modernidade”. Tal rótulo é criticado por vários teóricos, inclusive por Niklas Luhmann, para quem não é adequado se referir a um momento “pós-moderno” visto que *estamos na modernidade*, entendida esta enquanto uma redução de complexidade do sistema social em razão da diferenciação funcional dos diversos subsistemas – o que não deixou de significar, também, um incremento da complexidade.²

O avanço tecnológico e científico não só trouxe novos e maiores *riscos*, mas permitiu uma nova leveza no campo social: agora são os padrões de interação e relacionamento que se tornaram fluidos. A instantaneidade ao percorrer distâncias antes longínquas marca este novo momento. Diferentemente do período incipiente da modernidade, não mais é tão simples o estabelecimento de padrões fixos: o líquido é bem mais maleável que denso, significando uma instabilidade em sua forma e incapacitando a implicação de uma padronização.³

A toda esta discussão pode ser aliada uma interpretação jurídico-paradigmática: houve uma mudança de paradigma que não mais nos permite enxergar a atualidade com os olhos do momento inicial da modernidade. Nesse sentido devemos entender um *paradigma* como um *horizonte de sentido*⁴ que, sendo com-

⁽¹⁾ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2001. p. 9. “Lembremos, no entanto, que tudo isso seria feito não para acabar de uma vez por todas com os sólidos e construir um admirável mundo novo livre deles para sempre, mas para limpar a área para *novos e aperfeiçoados sólidos*; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso não mais alterável”.

⁽²⁾ LUHMANN, Niklas. “Il moderno della società moderna”. *Osservazioni sul moderno*. Trad. Francesco Pisolato. Roma : Armando, 1995.

⁽³⁾ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, cit., p. 14.

⁽⁴⁾ “Esse pano-de-fundo compartilhado (...) decorre de uma gramática de práticas sociais que nós realizamos todos os dias sem nos apercebermos dela (...) aguç a torna precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros”. CARVALHO NETTO, Menelick. “Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo”. In MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). *Direitos humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte : PUC Minas, 2001. v. 1, p. 50.

partilhado por todos, permite aos indivíduos o alcance de consensos em determinado momento e no que tange a determinadas questões então problematizadas. O paradigma não significa mais que aquilo intersubjetivamente compartilhado e que é considerado, em seu todo, aproblemático por, justamente, se referir às práticas sociais de determinado momento e local. Não diferente é o pensamento de K. Günther, para quem a noção de paradigma reporta sempre àquilo socialmente compartilhado.⁵

É assim que Habermas, desde sua *Teoría de la acción comunicativa*, se expressava:

“Al actuar comunicativamente los sujetos se entienden siempre *en el horizonte* de un mundo de la vida. Su mundo de la vida está formado de *convicciones de fondo*, más o menos difusas, pero siempre aproblemáticas. El mundo de la vida, en tanto que transfondo, es la fuente de onde se *obtienen las definiciones de la situación que los implicados presuponen como aproblemáticas*”⁶ (grifos nossos).

Não se pode confundir *mundo da vida* com paradigma. Como se pode perceber acima, o mundo da vida compreende uma noção muito mais ampla e não se esgota em um paradigma que é sempre próprio. O paradigma, embora se refira ao mundo da vida, *não se esgota neste*, mas permite um *consenso nele* no que diz respeito a questões pontuais problematizadas. É por também ser um pano de fundo aproblemático que o próprio mundo da vida permite estabelecimentos de variados paradigmas que realizam rupturas e se sucedem.

Realizando uma releitura de Bauman, percebemos que o paradigma jurídico da chamada “pós-modernidade” não mais é o mesmo que de outros momentos anteriores da história. Se há uma fluidez nas interações e padrões de dependência, isto decorre não só de um aperfeiçoamento tecnológico, mas, também, em razão do reconhecimento, intersubjetivamente levado a cabo, de um pluralismo social antes não compartilhado justamente pela impossibilidade de outros paradigmas lidarem com essa situação.

É assim que também no campo do Direito temos vivido uma sucessão de paradigmas. O paradigma do Estado Democrático de Direito não é tão-somente um postulado da Constituição da República de 1988. Há uma abertura e uma vivência deste momento plural quando percebemos uma pluralidade de estilos de vida e pensamento, uma pulverização dos valores individuais e grupais. Os distintos grupos, antes alijados das discussões, não mais são “postos em seu devido lugar”, em uma pretensa segregação, mas têm a *possibilidade* e a *capacidade* de participar e conviver nos mesmos foros que os demais grupos. O Estado Democrático de Direito perante o Estado de Bem-Estar significa antes de mais nada um

(5) GÜNTHER, Klaus. “Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale”. *Archives de philosophie du droit*. Sirey, 1992. t. 37, p. 269-297.

(6) HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid : Taurus, 1987. t. I, p. 104.

diferencial no *reconhecimento da diferença*: não mais se pretende estabelecer para os *outros* aquilo que se julga bom para estes, mas o que importa agora é uma superação desse modelo eticizante⁷ pela ruptura significada por uma visão democrática que diz antes respeito a uma procedimentalização. Trata-se, destarte, de um paradigma procedimental em respeito não só à pluralidade mas também à *capacidade de todos participarem e se reconhecerem como co-autores do Direito*. O Estado Democrático de Direito implica uma pretensão de aceitabilidade do Direito por todos, diferente do Estado de Bem-Estar Social, em que a expansão do Estado, no sentido de buscar um tratamento jurídico de qualquer situação que visasse o “fim social”, acabou criando “guetos jurídicos” (direito dos negros, da criança, das mulheres, dos idosos etc.) sem que houvesse uma efetiva participação dos afetados pelas normas criadas. Isto levou, em vários momentos, a um efeito contrário ao desejado: em vez de gerar inclusão, foi gerada mais exclusão ainda.⁸ Para tanto, basta lembrarmos das reivindicações feministas, bem como questões referentes à família e à educação.⁹

Em um mundo plural – e que tem pretensões de se reconhecer como tal de maneira *inclusiva* –, não mais há espaços para a construção de sólidos eternos e imutáveis porque elaborados racionalmente. Os valores são voláteis e incapazes de serem reduzidos e solidificados em uma estrutura eterna. A pluralidade, e o reconhecimento dessa pluralidade ética, irradia-se e não mais podem permanecer leituras como a da época do Estado de Bem-Estar em que determinado grupo estabelecia o *útil* e o *bom* não só para si, mas também para toda a sociedade. O *útil* e o *bom*, enquanto referentes a questões éticas, não são capazes de ser impostos ou determinados por outrem. O Direito válido surge agora de discussões acerca de pretensões éticas (referentes àquilo que é *bom* para nós enquanto determinado grupo), pragmáticas (questões políticas, econômicas etc.) e também morais (atinentes a uma concepção do *justo* para *todos*, em uma perspectiva mais universalizante).¹⁰

(7) HABERMAS, Jürgen. “Tres modelos de democracia”. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Buenos Aires : Paidós, 1999. p. 231.

(8) Para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, toda inclusão gera exclusão. Incluir é excluir, e o que aqui pretendemos afirmar é que a pretensa inclusão que era buscada por um tratamento jurídico da matéria acabou levando, justamente, a uma exclusão mais desastrosa e em sentido contrário como, por exemplo, a recusa da mão-de-obra feminina considerada, em razão da pesada legislação imposta, extremamente desvantajosa diante da mão-de-obra masculina.

(9) Por uma leitura no tocante a este ponto cf. Miracy de Sousa Barbosa Gustin, *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 183 *et seq.*

(10) HABERMAS, Jürgen. “Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática”. *Estudos avançados*. Trad. Márcio Suzuki. São Paulo : USP, 1989. v. 3, n. 7, p. 4-19.

A eticização do Direito, como na época do *Welfare State*, não mais é possível de ser levada adiante justamente porque estamos vivendo um novo paradigma. Uma leitura axiológica é inadequada porque não existe um padrão ou uma hierarquia de valores aos moldes de M. Scheller e N. Hartmann capazes de serem seguidos.

2 Do ético e do jurídico

Toda essa discussão se faz pertinente no momento da discussão da eutanásia. A argumentação jurídica, quando deste tema, constantemente se vê ameaçada por argumentos éticos e religiosos. Sempre se indaga e se discute acerca do tema da vida. O aborto é um assunto recorrente, seja em nível filosófico,¹¹ seja em discussões menos compromissadas. Atualmente novo tema é trazido a essas considerações. A clonagem é certamente um campo que ainda vai permitir inúmeros embates. Dworkin, em seu último livro, por exemplo, ironicamente se refere à clonagem como uma brincadeira por parte dos homens: estaríamos brincando de ser Deus.¹²

Não vamos aqui nos ater a questões filosóficas acerca da vida e suas implicações – não é esta nossa pretensão. Antes, queremos enfatizar que a vida pode ser enfocada tanto sob uma perspectiva ética como também jurídica. Isto significa, portanto, pontos de vista que se orientam por códigos diferentes, sendo que também diferentes argumentos devem ser levados em consideração quando de um procedimento argumentativo.

Sob uma perspectiva ética a vida pode ser encarada de variadas maneiras, porque aqui o norte da discussão é aquilo *bom, interessante* e inclusive referente aos projetos de *auto-realização* do indivíduo ou de determinado grupo. Em uma leitura levada a cabo em campo ético, os valores de cada um, ou compartilhados pelo grupo, assumem grande relevo. A vida será considerada como útil, ou não, dependendo das considerações referentes aos valores tidos como *seus* ou *nostros* enquanto integrantes de determinado grupo. O aborto, a eutanásia e a clonagem são temas que permitem uma discussão acirrada quando o embate é, por exemplo, realizado entre determinado grupo religioso, que em razão dos valores compartilhados se mostra contrário, e um grupo de cientistas experimentais. Toda a discussão a ser desenvolvida será pautada em argumentos construídos sobre valores e interesses: cada grupo, em defesa de seu ponto de vista ético, apresentará argumentos que refletem suas posições e pretensões de validade.

⁽¹¹⁾ Cf., por exemplo, a obra de Ronald Dworkin, *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1998.

⁽¹²⁾ DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. London : Harvard University, 2000. p. 427 *et seq.* Cf. ainda Jürgen Habermas, "An argument against human cloning: three replies", *The postnational constellation*, trad. Max Pensky, Cambridge, The MIT, 2001, p. 163-172.

Essa dimensão ética não se confunde, em um Estado Democrático de Direito, com uma discussão jurídica. Argumentos éticos, enquanto referentes a valores, não podem ser trazidos à baila, de maneira *determinante*, quando de uma argumentação jurídica de aplicação. Isto porque, enquanto uma discussão ética envolve argumentos que se referem aos valores ligados à questão, bem como interesses, a argumentação jurídica se desenvolve no campo do *devido* e não do *melhor* ou do *bom*. Isto é que levou Habermas, em crítica à teoria da argumentação de Alexy, a afirmar que o código do Direito é binário e não gradual.¹³

A vida há de ser encarada, no campo do Direito, não como um bem, mas sim como um *objeto de tutela jurídica*. O direito à vida aplica-se, ou não, de acordo com um código binário, e não no sentido gradual da “melhor” e da “maior” forma *possível*, de maneira a sacrificar o mínimo *possível* outro direito.¹⁴ Se a vida fosse enfocada sob a perspectiva de sua utilidade ou do interesse que por ela se tem, complexa seria a solução de controvérsias penais quando, por exemplo, uma vida fosse sacrificada em defesa do patrimônio. A aplicação da norma referente à legítima defesa aqui estaria condicionada a uma *ponderação de valores*: o que valeria mais no caso concreto: a vida ou o patrimônio? A impossibilidade desse raciocínio é porque ele se funda em uma perspectiva eticizante. Isto não deixa de ser bastante problemático em um Estado Democrático de Direito, em que há uma pulverização axiológica incompatível com uma aplicação *certa* do Direito – ou submetida a um *juízo de correção* – nos moldes de uma leitura como a de Alexy.

Em uma argumentação jurídica de aplicação, a vida, o patrimônio, a liberdade não de ser enfocados sob uma mesma perspectiva: enquanto objetos de tutela jurídica, devendo a discussão ser concernente ao devido, e não ao *bom*, pois não mais é possível afirmar, sequer, uma falsa padronização dos valores.

Isto nos permite constatar que, se há uma pluralidade axiológica, por outro lado há uma certeza deontológica: desde que se entenda o Direito como um sistema composto não só de regras – como pretendeu H. Kelsen¹⁵ –, mas também de princípios deontologicamente aplicáveis – R. Dworkin,¹⁶ K. Günther¹⁷ e J. Haber-

(13) HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 328.

(14) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 185.

(15) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 215 *et seq.* É certo que Kelsen se refere a normas, e não a regras. Mas aqui estamos realizando uma leitura de Kelsen, e do positivismo, mediante o entendimento e críticas de R. Dworkin.

(16) DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999. p. 61 *et seq.*; *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 213 *et seq.*

(17) GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York, 1988. p. 229 *et seq.*

mas¹⁸ –, há a possibilidade de, perante um caso concreto e as circunstâncias de aplicação normativa, alcançar a resposta adequada.

Os princípios jurídicos devem ser entendidos, portanto, enquanto normas, e não como valores, como pretendido por Alexy.¹⁹ A introdução de uma perspectiva que entenda os princípios como valores acaba conduzindo a uma transmutação do código do Direito. Ao invés de se discutir o que é devido, ou não, passa-se a perguntar o que é *mais* ou *menos* interessante naquele caso, o que sem dúvida destoa do momento paradigmático atual.

O juízo de adequabilidade – *sense of appropriateness* – há de ser levado a cabo no curso de um procedimento argumentativo em dois níveis. Em um primeiro momento deve haver a completa descrição do caso e suas circunstâncias de maneira argumentativa e no bojo do procedimento, e, em um segundo momento, deve ser verificada a coerência normativa, que significa um juízo de adequabilidade da norma – ou normas – antes tão-somente *prima facie* aplicável ao caso descrito. É esta a tese de Günther e que aqui seguiremos como fio condutor. O próprio autor nos alerta que “Alexy’s conception of principles as optimizing prescriptions already drew our attention to the danger that can arise when, for instance, a *value model is projected onto a theory of norm structure*”²⁰ (itálicos nossos). A lógica interna do sistema estaria invertida: deixaria de ater-se a uma perspectiva normativa para operar através de uma óptica axiológica.

Antes de avançarmos é necessário tecer alguns comentários acerca da teoria de Alexy. Este autor conclui que a teoria de Dworkin não estabelece uma distinção adequada entre princípios e regras, acabando Alexy por afirmar que os princípios seriam, na verdade, *comandos de otimização* que deveriam ser cumpridos no *maior grau possível*, levando em consideração a possibilidade não somente fática, mas também jurídica de sua realização. Diferente seria uma regra, que seguiria como um mandado de determinação, e não de otimização. Quanto aos princípios, “Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento se trata de una regla”.²¹

Os princípios não seguiriam um código binário, mas sim gradual, já que seriam comandos de otimização perante circunstâncias fáticas e em consideração a questões jurídicas: podem ser mais ou menos cumpridos de acordo com a *lei da ponderação*.

(18) HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 263 et seq.

(19) ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Ciudad de México: Fontamara, 1993. p. 16.

(20) GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*, cit., p. 241.

(21) ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, cit., p. 14.

Tais princípios poderiam ser restringidos se entrassem em colisão com outros direitos ou bens coletivos,²² mas sempre devendo ser realizados em seu grau ótimo.

Ora, os princípios, enquanto normas, não são comandos graduais, mas sim *normativos*, adequados, ou não, ao caso concreto, e não *mais* ou *menos* realizáveis. A norma, seja enquanto princípio ou regra, deve ser *sempre cumprida* enquanto prescrição normativa que é. A leitura alexyana permite abertura para tratar questões jurídicas como questões de ponderação de comandos graduáveis, e não determinantes. Tal ponderação se dá em uma perspectiva gradual – e não binária – permitida, justamente, por um entendimento axiológico – e não deontológico. É o próprio Alexy quem afirma: “Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa”.²³

A problemática dessa concepção já foi trabalhada. Considerar conflitos de princípios como conflitos de valores, entendendo aqueles como comandos de otimização, é impróprio²⁴ a um paradigma que pretende superar as falhas do anterior em busca de um distinto reconhecimento da diferença – os valores são múltiplos, não sendo mais possível falar em “homem médio” ou “ética comum” enquanto *standards* plenamente compartilhados.

É certo que em algumas situações estaríamos diante de casos em que uma argumentação axiológica permitiria um alcance da solução devida em uma óptica deontológica. Mas em outros momentos tal perspectiva pode começar a oferecer problemas e a ruptura de paradigma nada mais nos remete que à questão de superação e solução de questões antes não percebidas ou trabalhadas por um paradigma anterior.

3. O problema: é a eutanásia indireta uma causa de impedimento do juízo de tipicidade ou um estado de necessidade?

Mas a análise que aqui pretendemos levar adiante se refere a alguns aspectos da eutanásia. Mais propriamente no que diz respeito à “eutanásia indireta”, utilizando aqui expressão empregada por C. Roxin.

(22) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 185.

(23) Idem. *Derecho y razón práctica*, cit., p. 16.

(24) Cf. autor nacional central nesta discussão: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2001, p. 139 *et seq.* A Escola Mineira de Direito Constitucional apresenta, em nosso país, importante enfoque no que tange a uma compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito. Essa nova fase, estabilizada por Carvalho Netto e levada adiante por Cattoni de Oliveira e Baracho Junior, sofre influência direta da filosofia de J. Habermas. Nesse sentido, e no que tange ao ponto aqui específico, afirma Cattoni “que as normas possam refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca de o que é justo *para todos* (morais) mas também sobre o que é bom, no todo e a longo prazo *para nós* (éticas), não quer dizer que elas *sejam* ou *devam ser tratadas* como valores” (op. cit., p. 150).

Segundo este, podemos entender a eutanásia como uma ajuda prestada a determinado indivíduo gravemente enfermo, seja em consideração a seu pedido “ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana”.²⁵

É claro que aqui o objeto jurídico “vida”, enquanto *passível* de tutela, há de ser devidamente enfocado de acordo com o horizonte de sentido compartilhado intersubjetivamente. A vida deve ser compreendida não de maneira tão-somente biológica: quando se diz e se refere à vida enquanto objeto de tutela, está-se com isto trazendo toda uma carga de sentido que deverá ser considerada. A vida deve ser entendida sob uma perspectiva atinente aos direitos fundamentais, significando um direito à vida mais que tutela das funções biológicas, mas sim interpretada sob a perspectiva da *dignidade da pessoa humana* (Constituição da República, art. 1.º, III).

É tal dignidade envolve não só direitos fundamentais sempre lembrados, como direito à saúde, à educação e à alimentação. Refere-se também a questões atinentes ao seu próprio destino e tomadas de decisão acerca de um eventual melhor tratamento médico, sob *sua perspectiva*,²⁶ em face de determinado quadro clínico. A garantia da dignidade da pessoa humana aqui se refere tanto à opção de não se submeter a um tratamento, como o caso de Patricia Diana Trumbull, citado por Dworkin,²⁷ como também à opção por determinado procedimento médico. O que há de ser levado em conta é a impossibilidade, em um momento atual, de se ignorar a vontade expressa, ou às vezes presumida, do paciente capaz de decidir – ou de quem detém essa capacidade – quando do início de um tratamento médico.

Esse quadro delineado é importante para o enfoque que pretendemos desenvolver. A eutanásia indireta, segundo Roxin, trata-se de medidas que, não obstante *sejam capazes* de acelerar a chegada da morte do paciente, visam melhorar, ainda que momentaneamente, seu estado de sofreguidão²⁸ – seja diminuindo as dores seja aliviando algum mal-estar insuportável.

Em razão da concepção de vida constitucionalmente adequada, tal prática não pode ser, em razão do risco de morte produzido, considerada sempre penalmente punível. Algumas circunstâncias devem ser sempre analisadas, como a adequação

(25) ROXIN, Claus. “A apreciação jurídico-penal da eutanásia”. Trad. Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 32/10, São Paulo, RT, out./dez. 2000, p. 10.

(26) Para uma leitura referente à questão da eutanásia e da liberdade de escolha, cf., Maria de Fátima Freire de Sá, *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 87 et seq.

(27) DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual*, cit., p. 233.

(28) ROXIN, Claus. “A apreciação jurídico-penal da eutanásia”, cit., p. 13.

do medicamento ministrado, bem como a vontade do paciente, seja esta declarada, seja presumida. A questão do dolo é também instigante: enquanto o dolo eventual é perfeitamente compreendido, o dolo direto passa a ter um tratamento mais cauteloso, principalmente sob a modalidade de dolo direto de primeiro grau, quando a finalidade da conduta não é o alívio da dor, mas sim a morte do adoentado. Nessa circunstância há de ser considerada punível a conduta.²⁹

Mais instigante ainda, porém, é a indagação realizada pelo autor: a eutanásia indireta, quando preenchidos os requisitos de sua não-punibilidade, é uma causa de “exclusão do tipo” ou um “estado de necessidade justificante”?

4. Das causas de justificação como ponderação entre bens

Desenvolvendo aqui as teses expostas por Roxin³⁰ desenharemos as possibilidades que nos são abertas pelo autor.

I) No que diz respeito à teoria que pleiteia a “exclusão do tipo”, afirma Roxin que os defensores de dita posição, certamente apoiados em princípios da teoria da imputação objetiva, postulam que tal conduta característica da eutanásia indireta não seria capaz de permitir um juízo de imputação porque se tratar-se-ia de conduta “socialmente adequada” e não compreendida, destarte, nos tipos referentes a homicídio (§ 212 do StGB) ou homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB). O próprio autor rechaça essa teoria como extremamente vaga e incapaz de fundamentar a impunibilidade do fato.

II) A segunda teoria se refere à não-punibilidade como referente a um estado de necessidade justificante. A impunibilidade, todavia, estaria na dependência de um consentimento expresso ou presumido do paciente no que diz respeito às práticas médicas. Esta é a corrente dominante, da qual o autor compartilha afirmando que, “Se a eutanásia é impunível, trata-se do resultado de uma *ponderação*, determinada pela vontade do paciente, em que o dever de estender a vida alheia o *máximo* de tempo possível cede lugar ao dever de diminuição do sofrimento alheio”³¹ (grifos nossos).

O consentimento expresso deve ser levado em conta, sendo que o consentimento presumido deve ser aferido, dentre outros fatores, não só por atitudes anteriores do paciente, como pela intensidade dos sofrimentos.

Do ponto de vista dogmático devem ser feitas algumas considerações. No tocante à primeira teoria (I), não acreditamos ser adequado se referir ao termo “exclusão de tipo”. O fato, quando ocorre, já nasce típico ou atípico, *não existindo, nesse caso, uma tipicidade que será posteriormente excluída*. Ape-

(29) Idem, ibidem, p. 18.

(30) Idem, p. 14.

(31) Idem, p. 15.

sar de toda a doutrina tradicional³² e contemporânea³³ se referir à exclusão do tipo e do “injusto”, trata-se, na verdade, de postulado inadequado, visto que, como em matéria da ilicitude, não há exclusão, mas sim, quando muito, impedimento do juízo de tipicidade e de ilicitude por incidência de uma norma *prima facie* aplicável que impede a adequação de outras. A falha que remete a esse raciocínio encontra-se enraizada em uma noção que pretende enxergar a aplicação normativa a partir de uma relação de regra/exclusão,³⁴ típica de paradigmas anteriores, e que não mais se coaduna, inclusive, com os avanços da moderna Ciência do Direito.

No que tange a Roxin, não devemos pretender enxergar sua posição quanto à eutanásia indireta como uma hipótese de consentimento do ofendido. O consentimento do ofendido, sob a perspectiva do autor, é uma causa que “excluye el

(32) É bastante assentado na doutrina, todavia, a referência à exclusão do tipo, da ilicitude e do “injusto”. Podemos perceber a referência, exemplificadamente, de exclusão do dolo por erro em Franz von Liszt, *Tratado de direito penal alemão*, trad. José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1899, t. I, p. 281; Jürgen Baumann, *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 248, refere-se à exclusão do dolo bem como também à do “injusto”. De maneira geral se referindo à exclusão do ilícito e da ilicitude, cf. Robert von Hippel, *Manuale di diritto penale*, trad. Roberto Vozzi, Napoli, Eugenio Jovene, 1936, p. 151; Ernst von Beling, *Esquema de derecho penal*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 25; James Goldschmidt, *Metodología jurídico-penal*, Madrid, Reus, 1935, p. 41; Edmund Mezger, *Tratado de derecho penal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, t. I, p. 408; Guillermo Sauer, *Derecho penal: parte general*, trad. Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1956, p. 261; Armin Kaufmann, *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 30; Wilhelm Gallas, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959, p. 8; Hans Welzel, *Derecho penal alemán: parte general*, 11. ed., Santiago, Editorial de Chile, 1976, p. 261.

(33) Cf., sempre exemplificadamente, quanto ao erro como “exclusão do injusto ou da culpabilidade”, Wolfgang Frisch, “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”, in *El error en el derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda, Buenos Aires, Ad-hoc, 1999. Referindo-se à “exclusão” do ilícito por causas de justificação: Günter Stratenwerth, *Derecho penal: parte general, el hecho punible*, trad. Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982, p. 125. Quanto à “exclusão do dolo” por erro de tipo e “exclusão da ilicitude”, cf., respectivamente, Johannes Wessels, *Derecho penal: parte general*, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1976, p. 26; Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal: parte general*, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. 1, p. 439 *et seq.* Do consentimento do ofendido como “causa de exclusão do tipo”, cf., Claus Roxin, *Derecho penal: parte general*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 517.

(34) Cf., por todos, Wilhelm Gallas, *La teoría del delito en su momento actual*, cit., p. 8.

tipo”.³⁵ Tal posicionamento se deve ao fato de que o “bem jurídico” é para ele considerado como “circunstancias dadas a finalidades que son *útiles* para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”³⁶ (grifo nosso).

Não pretendemos discutir aqui a problemática que envolve o raciocínio no tocante ao consentimento do ofendido como impeditivo do juízo de tipicidade. Muito menos levaremos adiante críticas ao conceito de “bem jurídico” do autor. Pretendemos tão-somente marcar que, quando Roxin se refere ao consentimento como pressuposto da não-punibilidade, o faz como necessário à verificação do estado de necessidade justificante.³⁷

Quando Roxin se refere, em seu texto, ao “consentimento ou consentimento presumido” não está pretendendo tratar a eutanásia indireta como uma forma de impedimento do juízo de tipicidade, mas sim como pressuposto do estado de necessidade justificante – do contrário haveria que considerar a eutanásia indireta não como estado de necessidade, mas justamente como uma maneira de “exclusão” do tipo.

Isto é patente quando o autor se refere à *ponderação de interesses que caracteriza a situação*. A razão disso é que Roxin segue uma linha segundo a qual a métrica das causas de justificação é dada por “principios de ponderación de intereses y necesidad: en una situación de conflicto inevitable es legítimo el sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor. Pero en el consentimiento no está en juego ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho”³⁸ (grifos nossos).

Não tão distante é a perspectiva de Tavares, segundo a qual a orientação das causas de justificação se dá no sentido de uma “ponderação de bens e valores [em que] a lesão de bem jurídico se vê compensada pela possibilidade de se evitar um mal maior”.³⁹

Dentro dessa noção podemos perceber que a aplicação de determinado tratamento médico, não obstante aumentar o risco de morte, estaria *compensada* por

(35) ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 517.

(36) Idem, ibidem, p. 56.

(37) Também aqui não levaremos adiante a questão no que se refere à diferença entre estado de necessidade justificante e exculpante. Basta marcar que tal dicotomia permanece bastante problemática em um paradigma que pretende trabalhar questões jurídicas de maneira “jurídica” e não de maneira ética. É no mínimo intrincada a questão de se pretender estabelecer uma relação entre os “bens jurídicos” de acordo com o seu “valor” para se optar pela incidência de uma, ou de outra, norma referente aos distintos estados de necessidade.

(38) ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 521.

(39) TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000. p. 262.

impedir um sofrimento maior por parte do paciente. Em um conflito de interesses, *o maior valor seria manter uma vida sem sofrimentos, ainda que arriscando sua própria existência.*

Quanto à posição de Juarez Tavares, este afirma, explicitamente, que identificar a noção de “bem jurídico” com valores não significa aceitar uma sistematização material dos princípios aos moldes de Scheller e Hartmann.⁴⁰ Todavia, acredita este autor que entender o objeto jurídico no sentido de “um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real”⁴¹ (grifos nossos) permite e ensina a possibilidade da crítica feita por Günther à concepção de Alexy. O perigo de entender o objeto jurídico como valor é possibilitar, justamente, uma predeterminação de certos conteúdos em detrimento de outros.

Mais complexa ainda é a caracterização das causas de justificação como dependentes, em sua adequabilidade, de uma solução de conflitos entre bens. A perspectiva de Tavares é aceitável em se tratando de uma óptica que leve em conta um discurso de justificação da validade da norma (Günther), mas não no que se refere ao discurso de aplicação. Argumentos éticos, enquanto argumentos de valor, podem e devem ser considerados pelo juiz na medida em que as partes, argumentativamente, reconstroem, no curso do processo, não só o caso concreto, mas também o Direito na medida em que indicam as normas pretensamente aplicáveis. Mas os valores, e suas relações axiológicas, não têm como *determinar* juridicamente a decisão a ser tomada.

Coerente em sua construção, Tavares acaba por afirmar que “Quando ocorra um conflito real de deveres, será preciso distinguir duas situações. Se os deveres forem de categorias diferentes haverá justificação quando se tenha cumprido o de *maior hierarquia*. Quando, porém, se trate de deveres de *igual categoria*, não há que se falar em causa de justificação”⁴² (grifos nossos).

Em uma teoria como a construída por Günther, e retomada em seus aspectos gerais por Habermas, não se pode orientar por uma hierarquia de deveres, mas tão-somente por sua adequabilidade – e, portanto, efetiva existência do dever – ou não, sempre com referência ao caso concreto. Não existem normas adequadas em abstrato, nem uma hierarquia entre os deveres. Se *existem* dois deveres é porque ambos são igualmente *devidos*.

5. Por uma releitura das causas de justificação: a contribuição da teoria da adequabilidade normativa de Klaus Günther

Todas essas questões devem ser repensadas e refletidas à luz do atual paradigma para que se possa realizar uma leitura constitucionalmente adequada e, portanto, orientada pela noção de Estado Democrático de Direito.

(40) Idem, ibidem, p. 179.

(41) Idem.

(42) Idem, p. 265.

Como já asseveramos, há que ser sempre levado em consideração o paradigma, equivalendo dizer que o horizonte das imagens compartilhadas está sempre presente, formando um pano de fundo aproblemático. Em um Estado Democrático de Direito a característica marcante é um reconhecimento à diferença que pretende incluir os indivíduos e os reconhecer tanto em sua autonomia pública quanto privada, para que possam mutuamente enxergar-se como co-autores do Direito. Os diversos interesses conflitantes e as variadas valorações possíveis a respeito de determinado assunto são postos e contrapostos em uma discussão, v. g., legislativa, i. e., enquanto referente a um discurso de justificação, segundo a linguagem de Günther.⁴³

Mas em um discurso de aplicação jurídico-normativa não podem ser as questões tratadas como questões éticas. O juridicamente devido é assim referente a todos, justamente enquanto considerado como válido e passível de reconhecimento pelos cidadãos como tal. Destarte, sendo o Direito válido vinculante a todos, deve ele ser interpretado e aplicado de acordo com seu código⁴⁴ próprio, que é binário (Habermas) e não gradual (Alexy). Questões jurídicas devem ser tratadas enquanto questões de adequabilidade, ou não, da norma àquele caso concreto. Jamais questões jurídicas, no momento atual, poderiam ser tratadas como valoração ética: as ordens de valor são múltiplas e plurais, significando que cada indivíduo poderia apresentar sempre uma nova solução para o caso baseando-se em seus valores, seja de religioso ou cientista, seja de rico empresário ou desamparado pelas ruas.

Se as questões jurídicas fossem tratadas como questões valorativas, axiológicas, em seu momento de aplicação, estaria aberta a porta para uma grande indeterminação e insegurança, inclusive, do que seria o juridicamente devido. Se o juiz compartilhasse de uns ou outros valores é claro que as soluções para o caso apresentar-se-iam de maneiras distintas.

Isto não implica, todavia, a desconsideração dos argumentos levantados pelas partes no curso do procedimento em contraditório. É claro que as partes, enquanto situadas em um discurso argumentativo, sempre trazem elementos e razões concernentes à sua perspectiva pessoal. Significa isto dizer que o juiz não

⁽⁴³⁾ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*, cit., p. 113 *et seq.*

⁽⁴⁴⁾ O código do Direito para Luhmann também é binário, mas a partir de bases distintas da perspectiva habermasiana. O código do Direito na teoria dos sistemas trata-se, justamente, da diferença Direito/não-Direito (Recht/Unrecht), que não se confunde com lícito/ilícito; legal/ilegal como muitas traduções latinas demonstram. Uma leitura deontológica também é possível pela teoria dos sistemas segundo seus teóricos. Cf., nesse sentido, Raffaele de Giorgi, "Semântica da idéia de direito subjetivo", *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 99 *et seq.*; Juliana Neuenschwander Magalhães, "Sobre a interpretação jurídica", *Revista de Direito Comparado* 3/429 *et seq.*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, maio 1999.

ocupa um altar em que, por sua onipotência, observa, por si, o caso e o Direito sem a participação dos próprios afetados pela decisão. Ora, enquanto procedimento argumentativo em contraditório, o processo judicial permite às partes trazer argumentos e razões referentes ao caso a ser reconstruído e ao Direito a partir de uma perspectiva própria e que, portanto, imbuída está de noções pragmáticas, éticas e morais. Mas não são estas mesmas questões éticas, por exemplo, que serão *determinantes*, quando da solução do caso. O juiz deve interpretá-las e reinterpretá-las através de uma perspectiva deontológica, evitando qualquer confusão de códigos.

As causas de justificação deverão sempre, *como qualquer outra norma*, ser entendidas, em um discurso de aplicação, como sujeitas a um juízo de adequabilidade – *appropriateness* – e não referentes a valorações éticas. É com aquela leitura deontológica, devida em um Estado Democrático de Direito, que se chocam as posições de, v. g., Roxin e Tavares. Não podem questões normativas ser tratadas como colisão de valores e sim como conflito entre normas adequadas ou não. Uma norma não pode deixar de ser aplicada por ter sido submetida a questionamentos de o que é mais valioso no caso. O que é mais ou menos valioso depende sempre de noções éticas e não jurídicas. E é justamente isto que Roxin não empreende em sua análise quando afirma que “Uma vida pouco mais curta sem graves dores *pode ser mais valiosa* que uma não muito mais longa, plena de dores dificilmente suportáveis”.⁴⁵ Ora, indaga-se: se dependêssemos sempre de um juízo valorativo – aquilo que é melhor – para aplicar uma norma como a da legítima defesa ou do estado de necessidade, a qual “ordem de valores” deveríamos, então, recorrer?

Diante da inexistência de um *standard* é impossível tal pretensão, e nem devemos nos referir à “hierarquia” estabelecida pelo Código Penal, pois questões éticas não são juridicamente decididas. Argumenta-se, com frequência, que a disposição dos tipos penais no Código Penal se deu em função da importância, ou valor, do objeto jurídico. Muito embora seja um critério legislativo, não pode ser ele pretendido como universal: já estamos longe, v. g., de um jusnaturalismo de cunho racionalista, ou, ainda, de uma hierarquização dos valores aos moldes fenomenológicos como meios de determinar, para todos, aquilo que teria mais, ou menos, valor. É nesse sentido, de uma *diferenciação funcional do Direito enquanto sistema*,⁴⁶ que devemos enxergar a impossibilidade de este determinar questões éticas. Ao Direito, em uma perspectiva luhmanniana, interessam questões jurídicas e que se orientam pelo código Direito/não-Direito. Ao Direito não cabe uma planificação ética da sociedade; muito menos devem ser questões jurídicas resolvidas eticamente, i. e., com um código que não o próprio.

⁽⁴⁵⁾ ROXIN, Claus. “A apreciação jurídico-penal da eutanásia”, cit., p. 15.

⁽⁴⁶⁾ Cf., a respeito, Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto*, trad. Raffaele de Giorgi, Roma, Il Mulino, 1990; *Operación y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, trad. Darío Rodríguez Mansilla, Barcelona, Anthropos; México, Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile, Instituto de Sociología, 1997.

Na inexistência de *uma* ética compartilhada, questões de aplicação normativa não podem ser submetidas a um juízo valorativo: é justamente com a modernidade que o Direito, pretendendo ser um subsistema social autônomo, se estabeleceu de maneira diferenciada de outros sistemas como, v. g., a Religião. A aplicação de normas deve orientar-se, no sentido aqui seguido por Günther, por um juízo de adequabilidade.

A norma da legítima defesa, assim, não há de ser aplicada levando-se em consideração a ponderação entre, por exemplo, o valor do “bem” defendido (patrimônio) e o do “bem” ofendido (vida). Inúmeras seriam as respostas possíveis se procedêssemos nessa orientação. O juízo de adequabilidade há de se pautar em uma leitura deontológica e concernente ao fato de que o caso concreto, totalmente reconstruído argumentativamente no curso do processo, permite a constatação da coerência normativa com a respectiva aplicação, no caso, da norma da legítima defesa – norma esta anteriormente tão-somente aplicável *prima facie*. É claro que o art. 25 do CP há de ser interpretado, e a interpretação nada mais é que atribuição de sentido realizada dentro do horizonte de imagens compartilhadas. Todavia, não será uma ponderação o que irá determinar a incidência normativa, e sim a *adequabilidade da norma à situação descrita de forma argumentativa no curso do processo jurisdicional*.

Se se tratasse de uma ponderação de bens ou valores, difícil seria a um juiz, que acredite, e seja convicto por sua fé religiosa, ser a vida um bem supremo e de valor absoluto, aplicar, dependendo sempre do caso concreto, uma norma que justifica um homicídio em legítima defesa ou estado de necessidade.

A toda essa discussão são perfeitamente plausíveis as críticas de Habermas e Günther à teoria de Alexy, inclusive porque a posição aqui criticada de Roxin e Tavares utiliza-se de raciocínio idêntico ao daquele autor. Não é de se estranhar que, sendo para Alexy os princípios comandos de otimização a serem cumpridos sempre em um maior grau possível – grau ótimo –, Roxin venha propor uma solução que leve em conta “o dever de estender a vida alheia o *máximo* de tempo possível” (itálico nosso). A proteção à vida seria aqui um princípio que deveria ser realizado em seu grau máximo diante de outros princípios e em consideração à faticidade do caso.

6. Conclusão: da eutanásia indireta como estrito cumprimento do dever legal

Após todas essas questões, uma última paira no ar: a eutanásia indireta seria, realmente, uma hipótese de estado de necessidade justificante?

Como alhures tivemos a oportunidade de anotar, a vida, enquanto objeto jurídico, há de ser paradigmaticamente enfocada, significando mais que a vida meramente encarada sob seu aspecto biológico, ou seja, envolvendo uma perspectiva que respeite a dignidade da pessoa. Isso não significa que um moribundo não tenha direito à vida: é certa a tutela a seu direito, por mais precário que seja

seu estado físico ou psíquico. Mas o direito à vida é mais *amplo* em sua compreensão, envolvendo mais que a possibilidade de tutela do seu aspecto biológico, chegando a proteger, como dito, decisões pessoais acerca de tratamentos médicos a serem realizados. Estamos deveras longe daquele entendimento de que o indivíduo sendo um “bem” do Estado deveria ter sua vida salva e sua saúde tratada mesmo que contra sua vontade.

Um ponto ressaltado anteriormente é de suma importância. Roxin, ao exigir o consentimento expresso ou ao menos presumido do paciente, reconhece a importância decisiva do querer individual. O autor expõe esse ponto de maneira bastante clara quando da consideração de outra forma de eutanásia: a “eutanásia pura”. Nesta não há diminuição do tempo de vida, mas tão-somente aplicação de anestésico para que no processo de morte, já iniciado ou em vias de se iniciar, o paciente não sinta dores ou passe por sofrimento desnecessário. É patente que a vontade do paciente há de ser sempre levada em conta em respeito, inclusive, à sua dignidade, pois, como bem expôs Roxin, “Pode o doente ter razões teológicas ou filosóficas para tanto [para viver de maneira consciente a morte], ou ser simplesmente uma pessoa sobremaneira corajosa, que deseje comunicar-se com os que lhe são íntimos, ou regular problemas sucessórios”.⁴⁷

Mais à frente o autor nos explica que se o paciente se manifesta no sentido de querer que lhe seja ministrada a injeção e o médico não aplica o anestésico, ou o aplica em quantidade insuficiente, estaria o médico realizando, sob a modalidade comissiva por omissão, o crime de lesões corporais (§ 13 c/c o § 223 do StGB). Inexistente a posição de garantidor, pode ser possível a caracterização de omissão de socorro (§ 323 do StGB), porque em ambos os casos está compreendido “o dever de evitar sofrimentos desnecessários ao paciente”.⁴⁸

Ora, diferente não é a hipótese quando da eutanásia indireta analisada sob um enfoque jurídico-penal. O paciente, em razão do direito à vida, tem *direito* de decidir qual tratamento que, dentre os possíveis, quer levar adiante para que seus sofrimentos sejam diminuídos. A necessidade do consentimento a que Roxin se refere liga-se, justamente, ao direito que lhe é conferido, em uma concepção de vida digna, de optar por um, outro ou nenhum tratamento. E no caso de morte do paciente, em razão do risco criado pela medicação, a conduta a ser analisada é claramente a do médico responsável por este.

Nessa perspectiva podemos, então, estabelecer o seguinte desenvolvimento: uma vez determinada uma posição de garante entre o médico, nos moldes do art. 13, § 2.º, do CP brasileiro, e o paciente, e tendo este o direito de escolher qual dos tratamentos possíveis quer levar adiante, a partir do momento que ele assim decide há, para o médico, enquanto garante, o dever de seguir o tratamento determinado pelo paciente – paciente este esclarecido não só acerca do tratamento, mas

(47) ROXIN, Claus. “A apreciação jurídico-penal da eutanásia”, cit., p. 12.

(48) ROXIN, Claus. Idem, *ibidem*, p. 13.

também dos riscos e efeitos colaterais possíveis. Não é aberta ao médico a *possibilidade* de agir no sentido daquilo discutido e determinado pelo adoentado. Mais que simples possibilidade, trata-se, na verdade, de dever que há de ser exercido em respeito, inclusive, à dignidade do paciente.

O estado de necessidade – e aqui não vamos estabelecer a distinção entre justificante e exculpante, porque demasiadamente eticizante – não se trata de uma norma que estabelece qualquer dever legal (art. 24 do CP brasileiro). O estado de necessidade – enquanto norma cuja adequabilidade ao caso concreto justifica a conduta perante as demais normas penais *prima facie* aplicáveis – não determina, impõe ou vincula qualquer conduta. Trata-se de norma permissiva, bem como a legítima defesa, normas estas justificantes em referência ao indivíduo e à impossibilidade de se evitar, de outra forma, a violação de algum direito.

A eutanásia indireta, porventura realizada pelo médico, não se trata de situação que permite a adequabilidade da norma atinente ao estado de necessidade. Uma vez determinada a forma do tratamento, ao médico é exigido conduzir-se de acordo com esse dever. Omitindo a conduta devida em razão da posição de garante, estará praticando lesões corporais, nos mesmos moldes da eutanásia pura (art. 13, § 2.º, c/c o art. 129 do CP brasileiro). Na mesma situação encontrar-se-á se ministrar medicamentos em quantidade insuficiente, desde que não incidente a hipótese de erro de tipo.

Todavia, e aqui empregamos o raciocínio de Roxin, mas em sentido contrário à conclusão por ele alcançada, se o devido tratamento, que em razão dos riscos que lhe são próprios, levar à morte o paciente, não se tratará de estado de necessidade, mas sim de *estrito cumprimento do dever legal*. Ora, uma vez estabelecida uma posição de garante e uma vez necessário o *consentimento* do paciente – consentimento este vinculante –, configurado está um dever de agir, e não uma simples faculdade ou possibilidade como é aberta pelo estado de necessidade. É exigível do médico uma atuação cuja não-realização enseja o crime de lesões corporais. *O consentimento do paciente levantado por Roxin é relevante, não a uma consideração do estado de necessidade, mas sim enquanto elemento fundamental no exercício de direito próprio e estabelecimento do dever alheio.*

Dentro do quadro desenvolvido, podemos concluir afirmando que uma leitura eticizante do Direito, bem mais adequada ao Estado de Bem-Estar Social, deve ser superada, permitindo, assim, uma leitura orientada pelo próprio Direito. O delito é mais que uma afetação a um “bem jurídico”. Em uma sociedade em que os riscos são cada vez maiores, chega Klaus Günther a afirmar que são necessárias as considerações atinentes aos cuidados que se deve ter. “El ‘resultado’, la lesión del bien jurídico, aparece tan sólo como la prosecución adecuada o inadecuada de un riesgo incrementado por um comportamiento desaprobado”.⁴⁹ É claro que essas considerações só podem se referir ao delito, pois a

⁽⁴⁹⁾ GÜNTHER, Klaus. “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal?”. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada : Comares, 2000. p. 503.

afetação de determinado objeto jurídico também pode dar-se quando de uma conduta considerada lícita.

O delito, para o autor, seria determinado não tão-somente como violação de um “bem jurídico” mas, mais ainda, como infração de um dever reinterpretado enquanto dever de cuidado, e não como um dever meramente negativo de não-interferência na esfera alheia. Tal consideração insere-se no contexto de uma nova visão paradigmática do Direito Penal trazida pela teoria da imputação objetiva. Todavia, para ser coerente o seu desenvolvimento, antes há de se ater ao sentido jurídico do próprio Direito.

Bibliografia

- ALEX, Robert. *Derecho y razón práctica*. Ciudad de México : Fontamara, 1993.
- . *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Sefia. 2. ed. Barcelona : Gedisa, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2001.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires : Depalma, 1981.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires : Depalma, 1944.
- CARVALHO NETTO, Menelick. “Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo”. In MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). *Direitos humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte : PUC Minas, 2001. v. 1.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2001.
- DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Trad. Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Barcelona : Ariel, 1998.
- . *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Ariel, 1999.
- . *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999.
- . *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. London : Harvard University, 2000.
- FRISCH, Wolfgang. “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”. *El error en el derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda. Buenos Aires : Ad-hoc, 1999.
- GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona : Bosch, 1959.

- GOLDSCHMIDT, James. *Metodologia jurídico-penal*. Madrid : Reus, 1935.
- GÜNTHER, Klaus. "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el derecho penal?". *La insostenible situación del derecho penal*. Granada : Comares, 2000.
- . "Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale". *Archives de philosophie du droit*. Sirey, 1992. t. 37.
- . *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Albany : State University of New York, 1988.
- GUSTIN, Miracy de Sousa Barbosa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. "An argument against human cloning: three replies". *The postnational constellation*. Trad. Max Pensky. Cambridge : The MIT, 2001.
- . *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid : Trotta, 1998.
- . "Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática". *Estudos avançados*. Trad. Márcio Suzuki. São Paulo : USP, 1989. v. 3, n. 7.
- . *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid : Taurus, 1987, t. I.
- . "Tres modelos de democracia". *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Buenos Aires : Paidós, 1999.
- HIPPEL, Robert von. *Manuale di diritto penale*. Trad. Roberto Vozzi. Napoli : Eugenio Jovene, 1936.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1981. v. 1.
- KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires : Depalma, 1977.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro : F. Briguiet, 1899. t. I.
- LUHMANN, Niklas. "Il moderno della società moderna". *Osservazioni sul moderno*. Trad. Francesco Pistolato. Roma : Armando, 1995.
- . *La differenziazione del diritto*. Trad. Raffaele de Giorgi. Roma : Il Mulino, 1990.
- . *Operación y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona : Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile : Instituto de Sociología, 1997.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.
- NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. "Sobre a interpretação jurídica". *Revista de Direito Comparado*, v. 3, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, maio 1999.

- ROXIN, Claus. "A apreciação jurídico-penal da eutanásia". Trad. Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, São Paulo, RT, out./dez. 2000.
- . *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal. Madrid : Civitas, 1997. t. I.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.
- SAUER, Guillermo. *Derecho penal: parte general*. Trad. Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona : Bosch, 1956.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general, el hecho punible*. Trad. Gladys Romero. Madrid : Edersa, 1982.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago : Editorial de Chile, 1976.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1976.