

POR UMA REFLEXÃO CONSTITUCIONAL-PENAL DA DISPONIBILIDADE DA PRÓPRIA VIDA: SOBRE CONDUTAS AUTO-REFERENTES

Por qué morir?
Morir es jugarnos a una sola carta toda nuestra vida.
Es apostar todo al deseo de encontrar un lucero
Que nos alumbre un nuevo camión.
Y si perdemos la apuesta,
sólo perderemos la desesperanza y el dolor infinito.
Sólo perderemos el llanto que,
Lágrima tras lágrima, nos anega el alma.
Como náufrago que, después de que el barco se haya
hundido,
Solamente espera, con resignación del vencido,
Agotar la fuerza de la última brazada para entregarse,
como el rendido amante,
A las tiernas caricias de su amada mar;
A sus besos salados y arrullos de brisas.
Y si ganamos la apuesta de la muerte, si la
Esquiva suerte una vez nos mira,
Ganaremos el cielo,
porque en el infierno ya hemos pasado toda nuestra vida.
(SAMPEDRO CAMEÁN, RAMON *apud* NUÑEZ
PAZ, 1999, p. 263)

RESUMO: É lugar comum aludir à transcendente polêmica derredor da disposição da vida pelo próprio titular. No contexto de discussão desta espinhosa dicotomia “vida/morte” situa-se o presente ensaio, o qual propugna por uma reflexão acerca da disponibilidade da vida pelo próprio titular em um contexto em que viver implica violar-lhe a dignidade humana. Trata-se fundamentalmente de analisar o conteúdo, os limites e o âmbito de tutela jurídica à vida em um sistema alicerçado em uma concepção humanista, de realização da pessoa humana. Empreende-se, para tanto e de forma sucinta, estudo sobre o tratamento conferido pela doutrina nacional ao tema e, especialmente, traz lições hauridas nas doutrinas espanhola e alemã. Questiona-se, no bojo da investigação em cotejo, a clássica afirmação da indisponibilidade da vida e da inexistência de um direito sobre a vida e perscruta-se fundamentalmente sobre a existência de um direito constitucional a dispor da própria vida.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Vida; Disponibilidade; Condutas Auto-referentes; Direito Penal.

1. Da Disponibilidade da Própria Vida:

1.1 Notas Introdutórias: Contextualização

A constitucionalização do direito à vida e a afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio conformador da ordem jurídica e do Estado fazem

necessário, para compreender-se o conteúdo e os limites da tutela jurídica daquele bem, proceder-se uma interpretação consentânea com a coexistência de direitos de igual relevância e, especialmente, com a concepção neopersonalista do sistema normativo. Já não cabe, como outrora, concebê-lo (direito à vida) como realidade normativa isolada, simplesmente prevalente sobre os demais; há de ter-se em consideração que “a dignidade da pessoa se configura como princípio dinâmico que articula e sistematiza todos e cada um dos direitos fundamentais” (VALLE MUÑIZ, 1989, p. 166), sendo estas concretizações inexoravelmente informadas e dotadas de sentido pelo sobredito vetor fundamental¹.

Consagrou-se na doutrina pátria o entendimento de ser indisponível o direito à vida, merecedor que seria de tutela absoluta, inclusive contra a vontade do titular, alicerçado ora em uma óptica teológica, ora em uma óptica utilitarista das relações indivíduo-Estado ou indivíduo-sociedade. Nega-se qualquer validade jurídica ao consentimento direcionado a terceiro, seja para este causar-lhe (ao titular) a morte, seja para impor-lhe a abstenção de evitar a superveniência deste resultado.

Neste diapasão, já asseverou Nelson Hungria (1998, p. 750) que “tutelando esses bens físicos (vida e integridade corporal) do indivíduo, a lei penal está servindo ao próprio *interesse do Estado*”, sendo, pois, bens “inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis por parte do indivíduo” donde o suicídio não seria, no dizer de Frederico Marques (1999, p. 85), “ato lícito e *secundum ius*”, para concluir-se, com arrimo em João Mestieri (*apud* 1999 CARVALHO, 2001), ser “irrelevante o consentimento da vítima no homicídio; o bem jurídico não é disponível, o seu titular é sujeito do direito à vida e do direito de viver, mas não do direito sobre a vida².”

¹ Deduzindo Valle Muñiz que o ponto-chave “na interpretação do alcance e limites de proteção dos direitos fundamentais é o entendimento dos mesmos como realidades normativas dinâmicas configuradoras da dignidade da pessoa. Não cabe uma interpretação dos direitos e liberdades alheia aos valores constitucionais e especialmente à dignidade da pessoa” (VALLE MUÑIZ, 1989, p. 167).

² Considerável setor doutrinário pátria ainda repete à exaustão a fórmula proferida por João Mestieri. Por todos, Carlos Alberto Bittar (*apud* PAMPLONA FILHO e STOLZE, 2003, p. 158) entende dever-se “ênfaticamente o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito à vida e não um direito sobre a vida. Constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito, eis que não se pode ceifar a vida humana, por si, ou, por outrem, mesmo sob consentimento, porque se entende, universalmente, que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir uma missão própria da sociedade.” *Permissa venia*, a referida síntese parece confundir os conceitos de inviolabilidade do direito e de indisponibilidade da vida em si. Apesar de girar o caráter negativo daquele, uma sua função de garantia anteposta a terceiros, culmina por envolver a pessoa para a satisfação de fins coletivos. Parece compartilhar, então, do entender de Christian Wolff, citado por Jakobs (2003, p. 8), para quem “o mais importante direito a viver que se pode imaginar é, na consideração de Wolff, o dever de viver, pois, segundo seu entendimento, os direitos se concedem para possibilitar o cumprimento do dever.” As conseqüências de uma perspectiva de tutela

A dignidade da pessoa humana, inçada ao nível de princípio fundamental da República, faz desvelar a instrumentalidade estatal visando à satisfação dos objetivos que lhe (ao Estado) são constitucionalmente outorgados, em última análise, em prol do Homem, sendo este fim em si mesmo, razão porque “a pessoa humana não pode ser ultrapassada pelo Estado em favor de nenhum interesse coletivo” (CARVALHO, 2001, p. 113). A realidade constitucional vigente obsta uma concepção utilitarista-coletivista de sujeição do indivíduo, que conduziria à despersonalização deste bem “altamente pessoal” (KAUFMANN, 1987, p. 51) e à afirmação de um dever de viver.

1.2 Da (In)Disponibilidade da Vida: Paternalismo Estatal e Perspectiva (Análise) Constitucional

É cediço que a concepção de indisponibilidade da vida funda-se em perspectivas paternalistas do Estado projetadas sobre o cidadão, ora exaltando que este é mero depositário de um dom divino³, ora firmando o homem como instrumento à satisfação de interesses coletivos, conforme se deduz do magistério de Tomás-Valiente Lanuza (1999, p. 1), *in litteris*:

As razões a que dita indisponibilidade podem obedecer não são, sem embargo, uniformes para todo tempo e lugar; pois, há de ter-se em conta que, à medida que o Direito penal se perfilha – através da Constituição – como a mais clara tradução normativa do tipo de Estado que se promulga e dos princípios básicos sobre os quais se assenta, disposições penais de igual ou similar conteúdo podem obedecer a concepções muito diferentes do poder público e da relação entre este e o indivíduo.

Elucidando a autora que:

em um modelo confessional de Estado, como o existente em Espanha antes da promulgação da Constituição de 1978, as normas relativas à indisponibilidade da vida poderiam ser consideradas um reflexo do dogma cristão que faz dela um dom divino por inteiro subtraído ao poder de decisão do homem; de igual modo, em regimes também totalitários mas não confessionais, esta classe de preceitos poderiam ser interpretados como expressão de uma desmedida submissão do cidadão ao Estado, que chega até o

da vida em razão da utilidade que a pessoa representa para a coletividade (não em função da pessoa) são “universalmente” conhecidas e ensinaram, como reação histórica às práticas de sistemas totalitaristas, a constitucionalização do princípio do respeito à pessoa como fundamento do Estado.

³ Em sua obra *Historia del derecho a morir*, Nuñez Paz apresenta três motivos expendidos por São Tomás de Aquino para, à luz da filosofia cristã, condenar o suicídio, que representaria um atentado contra o amor devido a si mesmo; ofensa e desprezo para com a comunidade e “um atentado contra o direito exclusivo de Deus sobre a vida do homem. Se trataria, portanto, de uma usurpação do poder de Deus” (1999, p. 51). Decerto é que uma tal concepção não se harmoniza com uma sociedade pluralista e um Estado que se pretende laico. O intérprete há de ser obsequioso com a ordem normativa, já que, até onde se sabe, a doutrina católica “não é fonte do Direito em nosso país” (RIVAS, 2001, p. 168).

extremo de desvestir a vida do súdito de seu caráter de bem exclusivamente individual e atribuir-lhe uma pertinência social ou coletiva.

Perspectivas de um paternalismo forte (utilitarista-coletivista) que, identificando o indivíduo a um mero membro de um corpo social, um meio à consecução de interesses de dada comunidade, por um lado, firmam uma defesa intransigente da vida sem qualquer observância à sua personalidade. Por outro e historicamente, alicerçaram a eliminação de seres humanos etiquetados de “desprovidos de valor vital⁴” em face de contingências políticas e econômico-sociais, haja vista que, em um sistema totalitarista, é o Estado um fim em si, tendo interesse na vida dos súditos apenas como “fonte de prestações positivas para a comunidade ou como o pressuposto mesmo de sua subsistência” (LANUZA, 1999, p. 13).

Se a razão da tutela conferida a bens altamente pessoais era servir a interesses coletivos, personificados no Estado, para cumprir “uma função social” (NELSON HUNGRIA, 1979 *apud* BITENCOURT, 2001, p. 115), *contrariu sensu*, quando determinados grupos humanos não puderam desempenhar sua função em prol da comunidade, sendo, pois, uma carga social, foram, sob império do regime nazista, consideradas vidas desprovidas de valor vital. A proteção à vida não dizia com a pessoa; esta era mero instrumento de realização de fins externos; o valor vital residia em sua utilidade para a comunidade; era-lhe extrínseco.

A Constituição Federal de 1988 constitui (funda) um Estado eminentemente liberal, cujo fundamento é o respeito à pessoa, e preconiza uma sociedade pluralista, substancialmente democrática, assegurando-se a inviolabilidade à liberdade (de consciência, de crença, física), à vida privada e a igualdade de consideração. Leciona Ingo Wolfgang Sarlet, neste diapasão, ter o constituinte reconhecido “categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e

⁴ A propósito, consigna Nuñez Paz, em sua obra *Historia del derecho a morir*, que, em 1920, Carl Binding y Alfred Hoche publicaram a obra “A autorização para exterminar vidas carentes de valor vital,” entendendo estes autores que as vidas assim qualificadas haviam perdido “todo valor tanto para si mesmas como para a sociedade.” O Nacional-Socialismo utilizou-se desta tese para instituir o que denominou Programa de Eutanásia, consistindo em sacrificar “a los niños com malformaciones, retrasados, idiotas, enfermos mentales, paráliticos em el ‘último período de su estado’ y todos los ‘resíduos humanos’ que pudieran constituir una ‘carga económica’ onerosa para la comunidad y mantenidos com vida sin ninguna finalidad útil, aún cuando arriesgan afectar el provenir y la ‘pureza’ de la raza, em tanto que posibles generadores de uma pesada y larga herencia degenerativa,” cuja finalidade precípua era poupar recursos para os repatriados de “raça” ariana e para os feridos de guerra (NUÑEZ PAZ, 1999a, p. 87-88).

não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2002, p. 68).

Expressões daquele paternalismo, conseqüentemente, não se coadunam com a Carta Magna, contrastantes com a dignidade da pessoa, seja porque a (a pessoa) concebem como instrumento à consecução de fins que lhe são alheios (reificação), seja restringindo-lhe arbitrariamente a autodeterminação, supondo-se que “o cidadão desconhece seus próprios interesses e que a sociedade e o Estado sabem melhor o que é bom para ele” (DWORKIN, 2003, p. 272). Nesta linha de entendimento, há de salientar-se que “estamos de veras 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 vontade⁵” (CAÑEDO; JÚNIOR, 2001, p. 84).

É sabido que a norma fundamental preceitua a inviolabilidade do direito à vida (C.F. art. 5º *caput*), consubstanciado, com arrimo em Carlos Maria Romeo Casabona (*apud* CARVALHO, 2001, p. 119), na “exigibilidade do cumprimento dos deveres que do mesmo derivam para os demais: o de respeito por parte do Estado e dos particulares e o de proteção pelo primeiro; vale dizer, comporta uma referência aos terceiros sobre os quais esse direito – e os conseqüentes deveres - se projeta”. A proscricção da norma tem caráter relacional, destina-se a terceiros (Estado e particulares), não ao próprio titular do bem. *A função, pois, é de garantia ante hetero-lesões*. Tão-somente. O que não significa instituir-lhe um dever de viver, sendo imperioso notar que dispor do direito à vida (da exigibilidade perante outros) não se confunde com a disposição da vida mesma. Afirma-se, com Gonzáles Rus, “que a vida é um bem disponível, ainda que esta disponibilidade se encontre limitada drasticamente e quede ‘restringida a comportamentos do próprio titular sobre si mesmo, mas que não poderia autorizar lesões procedentes de terceiros⁶” (*apud* RIVACOBÁ, 2001, p. 46).

Pressupondo-se ser a conduta humana essencialmente liberdade, ao perpassar (a conduta) um contínuo de licitudes, só excepcionalmente, há de reputar-se

⁵ Convém, então, afirmar com Albin Eser (*apud* VALLE MUÑIZ, 1989, p. 160): “se fosse dada absoluta preeminência ao preceito de santidade [da vida], a pessoa que se quitasse a vida quedaria reduzida praticamente a objeto, pois seu dever de manter-se com vida se fundaria exclusivamente na vontade da sociedade. Se não se quer converter o Estado em fideicomissário da divindade que dá a vida, então dificilmente se pode negar ao homem todo poder configurador de sua vida e sua morte.”

⁶ Sobre o pensamento de Bustos Ramírez, Valle Muñiz expõe que “a previsão constitucional tem um sentido garantista que em nenhum caso poderia limitar a vontade do sujeito. Único mandato dedutível é, portanto, o dever do Estado de favorecer a vida e não de impedir a livre disposição por seu titular (...), sem embargo, não pode ter interferência nenhuma, isto é, que não se pode influir sobre a consciência do sujeito a respeito de tal disponibilidade.” (1989, p. 161)

ilícita (sob influxo do princípio ontológico do direito, pelo qual “tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido”). Salientando-se, sem embargo, constituir a intervenção penal a mais drástica incursão estatal sobre direitos fundamentais (especialmente a liberdade ambulatorial), tão-somente se legitima uma restrição *quando, se e à medida* da necessidade de tutela de bens jurídicos fundamentais perante relevantes condutas lesivas *alheias* (princípio da transcendência), eis que as condutas circunscritas à própria esfera de direitos remanescem no âmbito da liberdade, do autogoverno pessoal. A este propósito, já em 1859, John Stuart Mill (2000, p. 116) enunciava o princípio básico a ensejar legitimamente a limitação da liberdade individual (*harm to others principle*):

Este princípio consiste em afirmar que o único fim por que é justificável à humanidade, individual ou coletivamente, se intrometer na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a própria proteção. Que a única finalidade pela qual o poder pode, com pleno direito, ser exercido sobre um membro de uma comunidade civilizada *contra sua vontade* é evitar que prejudique aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é justificação suficiente. Ninguém pode ser obrigado justificadamente a realizar o não realizar determinados atos porque isto é melhor para ele, porque o faria feliz, porque, na opinião dos demais, fazê-lo seria mais acertado e mais justo.

Concluindo Stuart Mill (2000, p. 116) que “a única parte da conduta de cada um pela qual se é responsável ante a sociedade é a que se refere aos demais. Na parte que concerne meramente a ele, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e espírito, o indivíduo é soberano”.

A norma constitucional implícita da transcendência, em observância à autodeterminação ínsita ao viés positivo da dignidade humana, obsta categoricamente a incriminação por parte do legislador ordinário de condutas não-lesivas a terceiros. Vislumbram-se, destarte, duas razões concernentes à atipicidade penal de condutas auto-referentes, expendidas no magistério de Paulo de Souza Queiroz (1998, p. 109), quais sejam: por política criminal, revela-se absolutamente inútil a cominação de penas, como meio de prevenção, com fito de demover os que danosamente disponham de interesse próprio. Por seu turno, a razão jurídica consiste em que, *in verbis*:

a toda pessoa civilmente capaz assiste, ao menos do ponto de vista do direito penal, a faculdade de dispor, por ato próprio, de sua vida, de seu corpo, de sua saúde e de seus bens, como melhor lhe aprouver. Como dizem, *Morris e Hawkins*, pelo menos para a lei criminal, todo homem tem o direito inalienável de ir para o inferno como quiser, desde que, no caminho, não prejudique as pessoas ou a propriedade alheia (QUEIROZ, 1998, P. 109).

A atipicidade de condutas autolesivas (mormente o suicídio) não obedece somente a considerações político-criminais, porquanto denotam a livre condução da própria vida, saúde e bens em conformidade com os fins por si almejados, desde que observados os direitos alheios; idéia sintetizada por Carbonell Mateu (apud NUÑEZ PAZ, p. 278): “tudo o que não está expressamente proibido está permitido e *se tem direito a fazê-lo*, tão somente podendo proibir-se aquilo que resulte transcendente para as liberdades alheias”.

Como restou consignado, a regra de inviolabilidade (função garantista) do direito à vida, por ser oponível perante terceiros, não fundamenta nem se confunde com a indisponibilidade deste bem por seu titular. Não se deduz daquele (direito à vida) um dever de viver, razão porque autodeterminação pessoal faz depreender da *Lex Suprema* um direito constitucional de dispor *manu propria* da vida. No exercício deste, pode-se tentar cometer diretamente o assassinio de si mesmo (*sui et caedere*) ou é possível, encontrando-se em situação de perigo iminente de morte, o rechaço de intervenção alheia destinada à própria salvação; conduzindo-se à morte, exercendo, pois, *o direito de deixar-se morrer* (suicídio indireto).

Dispor seriamente da vida é, pois, emanção da liberdade geral, mediante a qual se orienta o próprio destino vital em consonância com os objetivos para si traçados; é expressão de individualidade, de uma relação peculiar de si para com o mundo, a ressaltar as concepções pessoais que permeiam cada ser humano. Conquanto se representasse a possibilidade ou probabilidade do término de sua existência biológica, o suicida (mediante manifestação livre, informada, séria, emanada de sujeito capaz) assume-lhe o risco, antepondo aos demais (sociedade e Estado) liberdades específicas, seja a religiosa, seja a ideológica, seja ainda à incolumidade física, concretizando-se – no dizer de Romeo Casabona - no direito à “não intromissão sobre a decisão de dispor sobre a própria vida” (apud NUÑEZ PAZ, 1999, p. 287).

Ao afirmar, nesta quadra de entendimentos, Zulgadía Espinar (apud VALLE MUÑIZ, 1989, p. 156) que “os limites do dever de tratamento médico não podem estar determinados unicamente pelas possibilidades técnicas de manutenção da vida,” permite-se a inferência de que, apesar de haver possibilidade técnico-médica ou fática de um interceder salvador, a oposição faz erigir um óbice jurídico, a saber: o dever de abstenção, o qual tem o condão de elidir o dever de atuar alheio, inclusive a posição de garante. A omissão afigura-se como involuntária, é cumprir uma obrigação

emanada do exercício de autonomia (constitucionalmente assegurada) do suicida/enfermo, sendo, pois, penalmente irrelevante. A superveniência da morte é exclusivamente imputável àquele (suicida). Compartilha Hans Joachim Hirsch (2000, p. 338/9) desta compreensão, nos termos a seguir:

Legalmente, deve ter-se em conta, em primeiro lugar, que o médico não está obrigado a atuar prolongando a vida contra a vontade do paciente expressada na situação concreta. Por causa da vontade contraposta, decai o dever de garante do médico e não há um imperativo de curar. A obrigação do médico ao tratamento não existe se o paciente o rechaça por livre decisão. Especialmente, no campo que aqui nos interessa - a prolongação por parte do médico - tal rechaço há de respeitá-lo como expressão da autodeterminação do paciente.

Por outro lado, a intervenção que despreza a contrariedade de uma vontade válida reputa-se uma arbitrária restrição de direitos fundamentais, em que pese o esforço de um setor da doutrina nacional em argüir um estado de necessidade com efeitos de impedir a adequação típica de constrangimento ilegal, porquanto, entende-se, impelir-se-ia um mal menor (à liberdade) para elidir-se um maior (a superveniência da morte)⁷. Entretanto, o sistema constitucional erigido em 1988 - especialmente em os arts. 1º, III e 5º, III da C.F. - faz mais uma vez imprescindível uma interpretação conforme a constituição dos incisos I e II, § 3º do art. 146 do Código Penal, notadamente para excluir de sua égide a oposição emanada de sujeito competente. Assinala-se, com arrimo em Kaufmann, que “uma autorização legal para o tratamento coativo pelo médico” redundaria em uma ofensa à autonomia individual “e tal lesão do direito à autodeterminação é intolerável em uma sociedade liberal” (1987, p. 48).

Data maxima venia, então, firma-se que da tutela jurídica ao bem em comento “não se deriva em nenhum caso o direito à intervenção contra a vontade de seu titular” (NUÑEZ PAZ, 1999, p. 22) e, ressaltando-se “que o texto constitucional não permitiria uma interpretação do direito à vida incompatível com a dignidade humana, supondo esta um rechaço a qualquer intento de instrumentalização em aras a

⁷ A juízo de Luiz Régis Prado, “não há constrangimento ilegal na coação exercida para impedir a prática de uma conduta antijurídica (v. g. suicídio)”, entendendo que “o mal causado (violação da liberdade pessoal) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte).” (PRADO, 2000, p. 272/3). No mesmo sentido, Damásio de Jesus: “como vimos no crime de participação em suicídio, este, embora não constitua ilícito penal, não deixa de ser conduta antijurídica. Assim, impedir, mediante violência ou grave ameaça, que uma pessoa pratique ato antijurídico não pode constituir constrangimento ilegal. Trata-se de estado de necessidade de terceiro elevado à categoria de causa excludente da tipicidade” (JESUS, 2001, p. 251), e Bitencourt, para quem, “intervenção médica ou cirúrgica justificadas por iminente risco de vida ou a coação exercida para impedir o suicídio independem de consentimento de quem quer que seja (§ 3º). A presença da precisão legal dessas circunstâncias *exclui a própria tipicidade do fato*” (BITENCOURT, 2001, p. 426).

salvaguardar o livre desenvolvimento da personalidade,” (VALLE MUÑIZ, 1989, p. 167) limitar-se a liberdade *in casu* equivaleria a impor o prosseguimento de um mero processo biológico dissociado das razões pessoais de ser; em última instância, é submeter-lhe a tratamento degradante, reificando a pessoa humana com vistas a fins que espelham uma concepção dominante (mas não a dela), que lhes são alheios, portanto; é violar-lhe, enfim, a individualidade e dignidade.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Firma-se, destarte, a conclusão de ser o direito à vida necessariamente relacional, uma garantia anteposta aos demais, sendo forçoso reconhecer que os contornos da tutela jurídica a este bem (de sua inviolabilidade, reitere-se) não se espraia ao ponto de afirmar-se que o ser humano teria “frente à comunidade a obrigação de viver” (KAUFMANN, 1987, p. 51). Enfim, não cabendo sequer aludir acerca de um superior interesse coletivo projetável contra o próprio titular, porquanto o conteúdo da tutela em comento não há de subjugar a pessoa, quando é esta, em toda sua complexidade, o centro da ordem normativa.

Ademais, há de ter-se em vista que o direito a viver, conforme enunciado no art. 5º, *caput* da C.F., expõe apenas a faceta positiva deste exercício, não se defluindo dele *per se* a afirmação ou vedação da faculdade de dispor da vida. Mister se faz apreender na autodeterminação o supedâneo jurídico-constitucional referida faculdade (inclusive, para deixar-se morrer).

Cumpre gizar, sem embargo, não ser conseqüente necessário desta faculdade o envolvimento de outrem.

Lógica diversa preside a “disponibilidade” do direito à vida. Se é verdade que cada sujeito competente tem, adstringindo-se à esfera somente a si concernente, a livre condução de seus interesses e bens pessoais como melhor lhe aprouver, outrossim verdadeira é a assertiva de a regra de inviolabilidade aprioristicamente vincular terceiros, projetando-lhes dever de respeito e relativa proteção; a conduta de alguém, ao interferir no bem alheio em comento, não se vislumbra como indiferente; para tanto, há de revestir-se de legitimidade, eis que do *harm to others principle* (princípio do dano), em sua perspectiva constitucional, podem ser inferidas duas dimensões: partindo da perspectiva do indivíduo (garantista), assegura-se-lhe a imunidade ante intromissões, quando as conseqüências de uma sua eleição circunscrevam-se ao estrito âmbito privado; por outro lado, hetero-lesões

consentidas ou colaboração à auto-lesão podem dar azo a um legítimo paternalismo estatal.

A realidade constitucional brasileira parece propugnar por um mais restrito conceito de autorreferência, excluindo inicialmente de sua seara o exercício *manu alius* daquilo que alguém determina para si. É indicação desta valoração sistêmica o explícito preceito autorizando a criminalização do tráfico de substâncias entorpecentes (C.F. art. 5º, XLIII). Se do princípio constitucional da transcendência (que permite, por via direta, o uso) defluisse inexoravelmente a permissão do tráfico, haver-se-ia de sustentar a inconstitucionalidade de norma constitucional originária. Sequer se alude desta extrema medida por se harmonizarem as duas dimensões da noção de ofensividade, fazendo integrar no conceito de autorreferência (*strictu sensu*) a pessoalidade em concretizar os planos autolesivos, excluindo-se interceder externo.

Exsurge, pois, a constatação de o exercício da autodeterminação não ser dotado, sempre em regra, de transcendência, transferibilidade aos demais; tem caráter pessoal, não significando, sem mais, que “esse direito de disponibilidade permita a intervenção de terceiros” (NUÑEZ PAZ, 1999, p. 288), defluindo deste direito à autodeterminação pessoal a licitude das condutas auto-referentes, as quais, por serem expressão da liberdade humana (viés positivo da dignidade), o direito, observados os requisitos de expressão válida do consentimento manifestado pessoalmente pelo titular do direito à vida, de rechaçar condutas de terceiros conducentes a promover à salvação da respectiva vida (*verbi gratia*, nas hipóteses de greve de fome, rechaço de transfusão de sangue e tratamentos vitais) e, por conseguinte, o direito de deixar-se morrer⁸, inclusive nos casos de, a pedido do titular, ser necessária a interrupção de tratamento vital até então engendrado (o que consubstanciaria omissão por ação penalmente irrelevante, nos moldes explicitados).

⁸ A análise da intervenção de terceiros em um contexto de disponibilidade da vida, notadamente nas hipóteses eutanásicas, decerto extralimita os lindes deste trabalho. Cabendo consignar, todavia, o entendimento de que, no âmbito de condutas auto-referentes, por tratar-se de liberdade, emana o direito a dispor da própria vida; por outro, vislumbra-se, mediante juízo de adequabilidade normativa (do direito à vida informado normativamente pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana), a existência da norma permissiva constitucional a legitimar gradativamente interferências alheias para a concretização da dignidade. Por todos, Mercedes García Arán: “em suma: desde o ponto de vista constitucional, cabe perfeitamente admitir a licitude de executar a própria morte, mas estabelecer que a disponibilidade somente é exercível por terceiros (substituível) no caso de impossibilidade do titular da vida ou em outras hipóteses excepcionais” (GARCÍA ARÁN, 1999, p. 761).

REFERÊNCIAS

- BITENCOUT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAÑEDO, Carlos Augusto; JÚNIOR, Lúcio CHAMON. Eutanásia e Dogmática Penal: Por uma interpretação paradigmaticamente adequada através de uma teoria da adequabilidade normativa. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n.º 36, p. 68/88, outubro-dezembro de 2001.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. Eutanasia y disponibilidad de la propia vida. Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima, f. 7/8, 749-780, 1999.
- HIRSCH, Hans Joachim. Interrupción del tratamiento y eutanasia. In: Derecho penal: obras completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 335-361, 2000.
- HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou Eutanásia por Omissão. Revista dos Tribunais. Vo. 752, ano 87, 1998.
- JAKOBS, Günther. Suicídio, Eutanásia e Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003.
- JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal: Parte especial, dos Crimes Contra a Pessoa e Dos Crimes Contra o Patrimônio. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- KAUFMANN, Arthur. Relativización de la protección jurídica de la vida? In Cuadernos de Política Criminal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, f. 31, p. 39-55, 1987.

LANUZA, Carmen Tomás-Valiente. La disponibilidad de la propia vida en derecho penal. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. vol. IV. Campinas: Millenium, 1999.

MILL, John Stuart. A Liberdade/ Utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NUÑEZ PAZ, Miguel. Ángel. História Del Derecho a Morir: Análisis, Histórico y Antecedentes Jurídico-penales. Oviedo, Espanha: Fórum, 1999.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicídio consentido, eutanásia y derecho a morir com dignidad: *problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

PRADO, Luis Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial, Volume 2. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. Relevância jurídico-penal de la eutanásia. Cuadernos de Política Criminal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, f. 37, p. 155-189, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). Direito criminal - vol. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIVAS, Nicolas García. Hacia una justificación más objetiva de la eutanásia. In: NIETO MARTÍN, Adán (coord.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos : In Memoriam. vol. 2. Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha : Ediciones Universidad Salamanca, 2001.