

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO EM FACE DE BENS JURÍDICOS INDISPONÍVEIS

MARIA AUXILIADORA MINAHIM

Professora Associada da Faculdade de Direito da UFBA. Mestre e doutora em Direito.

Resumo: A ênfase que a contemporaneidade confere à autonomia do indivíduo tem repercutido no direito penal e na noção de bem jurídico indisponível. Algumas situações referentes à vida e à saúde ganham destaque neste cenário, havendo pensamentos que pretendem atribuir ao consentimento do ofendido um espaço capaz, mesmo nestes casos, de afastar a responsabilidade do autor do ato.

Palavras-chave: Consentimento - Autonomia - Direito Penal - Bens Jurídicos Indisponíveis

Resumen: El énfasis que el contemporaneidad ha dado la autonomía del individuo ha tenido repercusiones en el derecho penal y en la noción del interés legalmente protegido inasequible. Algunas situaciones que se refieren a la vida y a la salud ganan la prominencia en esta escena, teniendo autores que se prepongan atribuir al consentimiento mismo en estos casos poder para afastar la responsabilidad desde el autor del acto

Palabras-clave: Asentimiento - Autonomía - Derecho Penal - Bienes Jurídicos Indisponibles

Sumário: 1 Individualismo vs coletivismo; 2 Direito penal e autonomia; 3 Os bens jurídicos indisponíveis; 4 Fatos emblemáticos; 5 Possíveis limites à validade do consentimento; 6 Considerações finais.

1 INDIVIDUALISMO VS COLETIVISMO

A modernidade generalizante e objetivadora, em nome do bem estar do grupo, pretendeu reduzir os indivíduos em sua singularidade, única e irrepetível, a um padrão uniforme submetido a regras inflexíveis. A contemporaneidade, pós-modernidade, ou tão só hipermodernidade, como quer Lipovetsky¹, por seu turno, enfatiza a liberdade individual e destrói os limites da tradição – estado, religião, família – deixando, por outro lado, o homem solitário em busca de seus rumos. Para o autor, a globalização gerou, dentre outros produtos, o fortalecimento do individualismo, no qual, de acordo com Zizek, “não existem código ou ordem simbólica de ficções aceitas a nos orientar”.²

Para o direito penal, a ênfase na autonomia em detrimento da organização social que legitima sua existência e da qual emergem os bens que devem ser por ele protegidos, gera tensões importantes. É bem verdade que tais tensões existem em outros âmbitos, já que a ampliação da autonomia e a quebra de relações sociais importam em novas construções e reestruturação de valores. No campo do direito penal, todavia, direito público por excelência, a questão assume dimensões importantes, sobretudo em razão da dificuldade em harmonizar a contradição que se faz sentir entre bens jurídicos indisponíveis – vida, saúde dentre outros – e a crescente liberdade de ação individual.

O alcance que se vem conferindo à autonomia pessoal é representado, no direito criminal, pela figura do consentimento do ofendido e põe em questão, o valor da vida para a existência como um todo, pretendendo-se transformar, de forma muitas vezes confusa e assistemática, as decisões individuais em imperativos dogmáticos.

¹ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

² ZIZEK, Slavoj. O superego pós-moderno. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 maio 1999. Caderno Mais, p.5-7.

É comum identificar a restrição à autonomia com o totalitarismo, o que de fato já ocorreu, e associar a intensificação das esferas de auto-disponibilidade com o ideal do Estado Democrático de Direito, submetido aos direitos fundamentais do administrado. Ocorre, todavia que, ao mesmo tempo em que se estimula a ampliação dos espaços pessoais na contemporaneidade, critica-se o isolamento em que os indivíduos se encontram, sem outros ídolos e mitos que os de si mesmo. De outro lado, se estimula também a cidadania, a defesa de bens jurídicos coletivos e até mesmo a proteção do ambiente para as gerações futuras. Os direitos difusos, individuais homogêneos são ressaltados e garantidos através de ações próprias. Estas posições parecem estar em contradição, mas, no entanto, por isto mesmo, são compatíveis com a situação paradoxal em que vive a sociedade contemporânea dividida entre pensamentos extremos, conforme Lipovetsky.³

É possível também, no campo do direito constitucional, encontrar esta dicotomia sob outras formas. Norberto Bobbio⁴ afirma que todo pensamento político está dominado por duas idéias contrárias: organicismo (holismo) e individualismo (atomismo). De fato, ao longo, da história pode-se notar a prevalência de uma idéia sobre a outra, com profundos reflexos na atuação do estado. Este, ora ocupa um espaço importante na organização da vida social, justificado pelo objetivo de promoção do bem estar coletivo, assegurando direitos trabalhistas, educacionais e políticos, por exemplo, ora se retrai, rendendo-se à liberdade individual.

Na verdade, é possível afirmar que existe uma tensão, mais ou menos constante, entre o individual e o plural, que faz preponderar ora um, ora o outro paradigma, na organização social. Fermin Roland Schramm vai encontrar uma explicação para este movimento pendular, ou ambigüidade, como refere, na significação da expressão autonomia. Afirma que, em sua origem, o termo (significante) tem elementos referentes tanto ao individual como ao coletivo já que, segundo o autor, a palavra, de origem grega, é composta pelo adjetivo pronominal *autos*, que significa “o mesmo”, “ele mesmo”, “por si mesmo”, e pelo substantivo *nomos*, com o significado de “compartilha”, “instituição”, “lei”, “norma”, “convenção” ou “uso”. O sentido geral da palavra autonomia indica, portanto, a capacidade humana

³ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos...* passim.

⁴ BOBBIO, Norberto. Individualismo e Organicismo. In: *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. p 45.

em dar-se suas próprias leis e compartilhá-las com seus semelhantes ou “a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter”⁵

Daniel Sarmento⁶, por seu turno, tenta introduzir, valendo-se de construções da filosofia constitucional, idéias que pretendem equilibrar os dois níveis de interesses, a exemplo do comunitarismo de Michel Sandel, Michael Walzer e Alasdair Macintyre ou do personalismo comunitário. Afirmam os defensores deste pensamento, que o fato de se considerar a pessoa como um ser radicado numa dada comunidade, que nela forja sua identidade, não significa transferir, para o Estado, a tarefa de escolher os planos de vida que considere objetivamente melhores para cada pessoa. Ao contrário, esse é compreendido como instituição que tem o dever de reforçar os laços já existentes no grupo.

Este pensamento traduz o desejo de conciliação entre interesse público e interesse privado capaz de preservar a pessoa “como reserva de solidão perante as totalidades sistemáticas”⁷ e de permitir a existência de um espaço comum de realização. O ideal deverá evitar o homem atomizado, e também a totalidade esmagadora. A questão que se coloca, então é como efetivar esta meta no direito penal?

2 DIREITO PENAL E AUTONOMIA

Proteção de bem jurídico e exercício irrestrito da autonomia são idéias que parecem conflitantes na medida em que o significado da primeira expressão consiste em juízo positivo de valor que é feito sobre bens considerados vitais para convivência humana. Dentre tais bens destacam-se a vida, a saúde, a liberdade e até mesmo convicções morais como pretende Jescheck⁸. Na verdade, estes bens referidos são apontados, quase

⁵ SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27-37, 1998.

⁶ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs Interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional. In: *Interesses Públicos versus Interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 76.

⁷ Batista Pereira apud ANDRADE, Manoel da Costa Andrade. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 14.

⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 5.

que unanimemente nas sociedades contemporâneas, como exemplos de valor que se deseja proteger, o que expressa a importância do seu reconhecimento e tutela pelo direito penal.

Considerando, porém que a vontade do indivíduo poderia tornar relativo o padrão grupal, seria possível continuar falando em bens e, sobretudo em bens intangíveis? A função de prevenção geral da pena seria preservada diante da variedade de expectativas sociais diante do mesmo fato? Admitindo-se que o consentimento tenha validade, quando se trate de bens jurídicos considerados indisponíveis, haveria algum limite para legitimar a renúncia do titular à proteção penal ou, uma vez manifestada falta de interesse do titular do bem jurídico em sua preservação, é possível sua livre disposição para qualquer finalidade? Que pauta deve reger a renúncia à tutela penal por parte da vítima? Qual deve ser a regra predominante, aquela que se resolva a favor da autonomia ou a que fizesse preponderar as concepções morais coletivamente compartilhadas? Estas são algumas das questões que devem ser levantadas quando se pretende alargar as fronteiras de validade para o consentimento no direito penal.

Para Bernd Schunemann⁹ não se deve proteger o bem jurídico contra a vontade do titular uma vez que, assim se procedendo, viola-se sua liberdade de ação, posição que também é defendida por Roxin¹⁰ quando se refere ao consentimento como liberdade de ação garantida constitucionalmente.

Esta afirmação gera perplexidades quando se verifica que ora o consentimento é levado em consideração, ora não, e que não há ponderação, proporcionalidade ou critérios lógicos nas escolhas. A imprensa divulgou o caso de duas adolescentes que eram mantidas acorrentadas à cama pela mãe para evitar que fossem mortas por traficantes com quem tinham se envolvido no uso de *crack*. A mãe das jovens, apesar de demonstrar a inexistência de qualquer outro recurso para protegê-las e de que o ato havia sido praticado a pedido das mesmas, foi indiciada por maus-tratos e constrangimento, crime previsto no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A aquiescência das jovens não foi considerada neste caso, ignorando-se também a “teoria do menor maduro” (ou adolescente maduro), defendida

⁹ SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a última *ratio* de proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, 2005, p. 33.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 517-518.

por Garcia¹¹, segundo a qual os direitos de personalidade e outros direitos civis podem ser exercitados pelo indivíduo desde o exato momento em que este seja capaz de fazê-lo. Foi ignorada também a completa omissão e responsabilidade do Estado, que se fez presente apenas para condenar.

Por outro lado, nas emergências hospitalares, tem ocorrido com alguma frequência que o paciente não deseje permanecer internado para fazer os exames necessários ao diagnóstico, cujo prognóstico sugere cuidados especiais. Baseado na autonomia, o médico - que de paternalista transforma-se em observador indiferente - mediante a assinatura de um termo de consentimento, desvencilha-se de qualquer responsabilidade. Não é incomum que a morte sobrevenha pouco tempo depois quando podia ser impedida porque se tratam de situações passíveis de serem curadas com a intervenção adequada.

O Tribunal de Justiça de São Paulo afastou, em um caso concreto, a responsabilidade do médico que permitiu a liberação de paciente, atendendo a pedido deste, que veio a morrer de peritonite aguda sob o fundamento de que, à época da consulta, não havia perigo de vida.¹² Em outra situação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou um médico a indenizar sua paciente por danos morais em razão de haver extirpado uma trompa de falópio durante procedimento vídeo laparoscópico, baseado em autorização genérica, mas sem o consentimento expresso da mesma paciente. Apesar de o procedimento ter sido considerado bem sucedido quanto à restauração da saúde, a falta de anuência específica para aquele ato foi interpretada como sendo ilicitude no campo do direito civil.

Posições como estas, põem tanta ênfase no consentimento, independentemente dos resultados obtidos, que parecem considerá-lo como um bem jurídico em si mesmo, absoluto e intangível.

A teoria da imputação objetiva somou novas perplexidades ao tema quando, para atribuição de responsabilidade ao autor do ato, enfatiza a auto colocação da vítima em perigo. Roxin¹³ afirma que a auto colocação em perigo desejada e realizada por conta e risco do sujeito não é subsumível ao tipo de lesões corporais nem ao de homicídio desde que o sujeito

¹¹ GRACIA, Diego et al. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. *Medicina Clínica: bioética para clínicos*, Barcelona, v. 117, n. 5, p. 179-190, 2001.

¹² Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 005.255253-4/5-00. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator Dês. Guimarães e Souza.

¹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* op. cit., p. 390-393.

tenha consciência do risco a que se expõe. Refere ao caso da pessoa que administra droga em outra que fica inconsciente após a injeção da mesma, fato que, segundo a lei brasileira constituiria crime punido com pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (anos)¹⁴. O autor supra referido, com base na vontade da vítima, que voluntariamente se colocou em perigo, rejeita a hipótese de homicídio culposo por omissão, afirmando que tal imputação deve ser reservada àquelas situações nas quais a saúde é afetada porque faltam conhecimento e controle aos consumidores da droga.

Nessa mesma perspectiva, adverte que a consciência e a anuência da vítima devem excluir a responsabilidade quando o sujeito ativo estimular o terceiro a arriscar-se em ações perigosas, tais como atravessar um lago com gelo fino e quebradiço. De acordo com o direito alemão, em princípio, não é punível quem participa da morte voluntária e dolosa de outrem - participação em suicídio¹⁵, desta forma, conclui Roxin¹⁶, não é possível condenar aquele que participa de ato menos grave, qual seja a colocação em perigo.

Mais provocador ainda é o grupo de casos alinhados sob o título de “colocação em perigo de um terceiro com sua anuência”. Dentre tais casos, destaca-se o do passageiro que insiste com um barqueiro para que o conduza, apesar de uma tempestade que se aproxima e que poderá por a vida de ambos em perigo. Não obstante os avisos do barqueiro, o passageiro persevera e consegue seu intento. O barco vira, no entanto e o passageiro morre.

Grande parte da doutrina pretende interpretar tais fatos como sendo uma hipótese de consentimento, do que discorda Roxin¹⁷, porque entende que tais resultados estão fora do âmbito do tipo. De fato, aquiescência distingue-se de colocação em perigo, naquela, o sujeito concorda com a lesão, enquanto nesta, a vítima não adere ao resultado danoso, supondo quase sempre que logrará êxito apesar do risco corrido.

Alguns dos fatos narrados, numa perspectiva dogmática, parecem configurar quebra do dever de cuidado, enquanto outros se assemelham a

¹⁴ Artigo 33 da lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

¹⁵ No código penal alemão a participação no suicídio não é punida como ocorre no Brasil e em outros países.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* op. cit., p. 387.

¹⁷ ROXIN refere-se, especificamente, a Frisch, Geppert, Schaffstein, Welzel, in ROXIN Claus. *Derecho Penal...* op. cit., p. 394.

uma relação de garante, eis que, aquele que colocou um terceiro em situação de perigo, instigando-o, tem o dever de evitar o resultado se estiverem presentes certas condições. Se bastasse, nestes casos, uma avaliação sobre o incremento do risco para a vítima com a conduta do sujeito ativo, sua inércia diante do perigo poderia ser considerada determinante para a produção do resultado. Outros elementos, portanto devem ser convocados para uma melhor compreensão dos diversos casos.

A consciência do perigo para a vítima e sua deliberada intenção de enfrentá-lo têm valor distinto em diferentes situações. Se o terceiro é profissional, tem mais conhecimento técnico, profissional ou científico do que aquela sobre as circunstâncias e o perigo que elas representam para a vida de ambos e sua animação ou instigação resultarem em lesão para vítima, deverá, ao menos, responder por crime de perigo qualificado pelo resultado quando este for superveniente. Assim deve-se decidir no caso do barqueiro imprudente.

Se a vida do instigador não estiver em risco, mas apenas o bem jurídico vida ou saúde da vítima, deve-se pensar em relação de garante, cuidando-se ademais que esta apenas concorda com a situação de perigo porque desconhece suas exatas dimensões. Neste caso, não há que se falar em acordo, consentimento ou adesão porque há uma falsa representação do sujeito quanto à situação verdadeira¹⁸. Considerando a previsão do § 2º, letra c, artigo 13 do Código Penal Brasileiro, quando disciplina a omissão relevante, a situação deve ser tratada à luz da teoria da ingerência, imputando-se o resultado àquele que tinha reais condições de mensurar o perigo. Tal parece ser também a posição de Juarez Tavares¹⁹ que, ao discutir a teoria do incremento do risco de Roxin, afirma que ela encontra suporte no Código Penal Brasileiro na já referida figura do artigo 13. Este é, portanto o tratamento que deve ser dispensado, ao médico que deu alta, imprudentemente, ao paciente que veio a falecer.

Diferente é a situação, se ambos têm a mesma noção do risco corrido e o sujeito estimula a vítima, às vezes até com fins distintos destas, que todavia se dispõe a realizar a conduta. Pode-se pensar em participação

¹⁸ Pode-se contrapor, sem razão, que, este caso, não há uma exata equivalência com a situação de ingerência do artigo 13, § 2º, letra c do Código Penal porque a atuação precedente não foi a única fonte criadora de perigo para o bem jurídico. À vontade da pessoa que se colocou voluntariamente em perigo somou-se a daquele que detinha maior controle sobre o curso dos fatos.

¹⁹ TAVARES, Juarez. *As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996. p. 58-59.

no crime de induzimento a suicídio, se o resultado morte, embora não desejado pela vítima, for o propósito do autor. Conforme já referido, na colocação em risco não há, por parte do sujeito que voluntariamente se expõe, uma anuência quanto ao resultado do qual ele supõe que se safará. O terceiro pode, todavia, estimular a ação perigosa, com, pelo menos, dolo eventual quanto ao resultado que é possível em face da situação concreta. Neste caso, deve responder pelo evento.

Se, entretanto ambos querem apenas vivenciar uma situação perigosamente excitante, confiantes no sucesso da empreitada, há de se pensar de forma distinta, até porque, neste caso, a vida dos dois, diferentemente do exemplo do lago supra citado, corre o mesmo perigo.

Regis Prado²⁰, referindo-se ao artigo 132, que descreve o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, afirma que “o delito se perfaz, ainda que o agente não queira o resultado direto de perigo como fim de sua conduta, mas considere, como possível a realização do tipo legal e se conforme com ela”. Assim, o que estimula o imprudente, contribui para que a situação não desejada se configure, praticando crime de perigo pelo qual é responsável, como no caso da travessia do lago.

Estas parecem as soluções cabíveis no direito brasileiro que pune a participação em suicídio e incorpora, no tratamento da causalidade omissiva, a teoria da ingerência. Ademais, não se deve entender que imprudência, negligência e ignorância sejam expressões de autonomia que permitam a livre disposição de bens jurídicos indisponíveis.

3 Os BENS JURÍDICOS INDISPONÍVEIS

A identificação dos predicados que tornam alguns bens intangíveis é pressuposto do encaminhamento que se pretenda dar à polêmica estabelecida entre o direito a dar, à própria vida, o sentido e direção desejados – o que inclui a possibilidade de decidir-se sobre o momento da morte – e a marca de indisponibilidade com que lhes cunhou o estado.

Desde quando o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à condição de estado merecedor da proteção penal não se questionou se era possível a renúncia a sua qualidade. É bem verdade que, neste caso,

²⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2, p. 164.

trata-se de bem que tem como característica inerente a si próprio a indivisibilidade razão pela qual é considerado bem jurídico difuso, assim o sujeito que sofre os efeitos da ação delitosa não é determinado nem tem personalidade jurídica. Tratando-se de crime vago, portanto, como alerta Cláudio Brandão²¹, não se admite a disponibilidade do indivíduo sobre o mesmo porque isto afetaria os demais titulares. O fato de transcender a esfera pessoal, desta forma, é uma das propriedades que forjam a indisponibilidade. Há, porém bens e direitos que, em sua estrutura fenomênica, são referidos à pessoa e, ainda assim, são rotulados como indisponíveis, como a vida, a integridade física e, no processo penal, o direito de defesa técnica por exemplo. Por que são assim designados?

A respeito do bem jurídico penal Regis Prado²² diz que devem ser dotados de particular relevância social, razão pela qual não se pode invocar sua particular importância como argumento, para justificar o caráter intangível de alguns deles. Aníbal Bruno²³ destaca, no mesmo sentido, que um bem recebe a proteção do direito penal quando sua defesa é considerada pelo estado como de interesse primordial.

Como se trata de manifestação de um ideal, o bem jurídico não se confunde com os objetos sensíveis à percepção sensória, o objeto é lesionado pela ação do autor, enquanto o bem jurídico, como valor ideal não pode por ele ser apreendido²⁴: Isto significa que o fato de um bem ser atribuído a uma pessoa como titular não quer dizer que seu interesse se restrinja ao próprio indivíduo e que o valor que expressa não ultrapasse sua esfera pessoal já que ele “é sempre portador de um sentido valioso para o ordenamento jurídico”²⁵. No que diz respeito à defesa técnica no processo penal, por exemplo, entende-se que ela não se sujeita à vontade do indivíduo porque “a tutela da inocência do imputado não é só um direito individual, mas social”²⁶. Desta forma, há que se atentar sempre, ao se designar um bem jurídico do como indisponível, não só para a sua dimensão pessoal, mas também sua dimensão coletiva, qual seja, o valor

²¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63.

²² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1, p. 267.

²³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1967. v. 2, p. 18.

²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich *Tratado de Derecho Penal*. Parte General... op. cit., p. 13.

²⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*... op. cit., v. 1, p. 266.

²⁶ LOPES, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007. p. 187

que o grupo confere àquele estado, bem ou interesse.

Vale dizer, há dois aspectos no bem jurídico penal que o tornam indisponível: um ontológico e outro axiológico que consiste no juízo de valor que se faz sobre o ente e que lhe confere, afinal, a categoria de bem jurídico intangível.

No plano da filosofia, Dworkin²⁷, ao referir-se à vida humana como sendo intrinsecamente importante, distingue o valor instrumental das coisas do valor que lhes é inerente. No primeiro caso, considera que algo é instrumentalmente importante na medida em que possui atributos que são capazes de ajudar as pessoas a obterem o que desejam. No segundo caso, o valor independe da utilidade que o objeto possa ter, da vontade e da necessidade das pessoas, e do que é bom para elas. Neste universo, estão inseridas obras de arte, certos quadros e outros produtos da cultura humana que, talvez jamais venham a ser contemplados pelo sujeito, mas que representam algo que se deseja ter preservado, protegido e honrado. Algo é sagrado porque é, por si mesmo valioso, tornando-se inviolável pelo que representa ou encarna, atentando, sua deliberada destruição, contra o que deve ser honrado²⁸. Não há dúvida que, neste universo, está a vida humana.

Tudo aquilo, portanto que é essencial à natureza humana e que constitui condição de vida humana digna, é indisponível para o próprio homem.

Ser dotado de tal característica não significa, porém negar à vontade do sujeito um espaço de validade dentro do sistema criminal, mas sim definir, com alguma consistência, sua amplitude. Pode-se admitir que, mesmo as coisas que, por suas qualidades, não podem ser atacadas e devem permanecer intactas, admitem certo grau de relatividade, desde que definidas as situações toleradas. Assim ocorre com o meio ambiente, por exemplo, cuja degradação, em certos níveis, é suportada em nome de alguns benefícios.

Outros valores podem ser inseridos neste cenário: a vida, a integridade e a liberdade, como expressões da dignidade humana, independentemente da forma, intensidade ou qualidade com que a existência se apresenta, são valores essenciais. São bens sem os quais não se poderia falar em humanidade com o sentido que hoje lhe é conferido, qual seja, uma espécie em que cada integrante, sem qualquer relação com o papel

²⁷ DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1998. p. 97.

²⁸ Idem, p. 100

social que desempenhe, é dotado de excelência. São também interesses que, embora referidos ao indivíduo, importam à espécie humana como um todo de forma que, lhes negar valor absoluto, sempre afetará a humanidade em sua totalidade.

O exercício da autonomia, no que tange a estes bens, deve encontrar suporte e limites no grupo do qual faz parte a pessoa a quem o bem jurídico se refere imediatamente. Da mesma forma, ocorre com os direitos fundamentais cujo exercício é indeclinável porque sua renúncia afetaria a própria noção de dignidade da espécie.

João Mestieri²⁹, ao reafirmar o direito à vida como sendo absoluto, destaca que isto não significa que a pessoa tenha direitos sobre a vida ou sobre a integridade física, porque tais valores são protegidos mesmo de seu titular.

Assim, se o estado não pode impor a alguém a forma como deve viver, não pode, tão pouco, admitir que, diante de situações dolorosas, seja dado à pessoa, o poder de renunciar à própria existência. Como valor indispensável à realização dos demais valores, os ataques tolerados a bens eleitos como indisponíveis deve ser restringido a limites exíguos. Afinal, uma espécie que luta pela satisfação dos direitos fundamentais de todos os seus membros e que repudia a degradação da pessoa, deve preservar a importância atribuída a tais interesses, ainda que estes tenham perdido valor para o seu titular.

4 FATOS EMBLEMÁTICOS

Os fatos trazidos pela contemporaneidade para pressionar em favor do alargamento das fronteiras da autonomia no direito penal estão ligados, basicamente, a dois grupos: um diz respeito à vida e sua eliminação em situações de sofrimento, outro se refere à saúde e a liberdade do indivíduo para dispor de sua integridade fisiopsíquica conforme a direção que pretenda dar a sua vida. Uma terceira categoria poderia ser acrescentada, considerando-se aqui as situações nas quais seria válida a renúncia ao exercício de direitos fundamentais, como o da liberdade, por exemplo.

Todas as questões são altamente tentadoras e instigam o pensamento confiante nos laços coletivos a buscar uma unidade mínima entre as hipó-

²⁹ MESTIERI, João. *Curso de Direito Criminal*. São Paulo: Alba Limitada, 1970. p. 31.

teses apresentadas para traçar uma pauta orientadora das situações nas quais se justifique a auto-regulação do sujeito. Quanto mais específicas as propostas, porém mais parecem se aproximar do desastre conceitual de forma que se recorre a generalizações das quais o uso do princípio da proporcionalidade é a mais freqüente. Este, aliás, é um dos grandes conflitos impostos ao direito na atualidade, o de encontrar formas que lhe permitam, ao mesmo tempo, ajustar-se a cada caso, compreendendo-o em sua unicidade, mas mantendo-se dentro de categorias que, por sua natureza genérica, ofereçam certa segurança ao cidadão.

Uma proposta equilibrada vem de Cláudio Brandão³⁰ quando propõe o método tópico hermenêutico como o mais adequado para levar a cabo certas tarefas no direito penal. Assim, segundo o mesmo autor deve-se, na aplicação da norma, recorrer tanto à compreensão do caso quanto à lei, servindo esta como limite negativo. O exame do caso, todavia deve ser feito à luz da cultura e dos valores vigentes, o que vai conferir legitimidade a cada um deles, sobretudo em tema que afeta conceitos tão preciosos ao direito penal, como o dos bens jurídicos indisponíveis.

As questões referentes à vida e a admissão da eutanásia, quando a existência tenha se transformado em um dever insuportável para o sujeito, são as que mais ganharam evidência neste cenário. Embora a prática se sujeite a alguns critérios (basicamente consentimento válido e sofrimento intenso), estes ainda não são suficientemente precisos para admitir ataques a um bem indisponível, com a intensidade que se propõe, já que se postula mesmo o direito de interrupção da velhice³¹.

A saúde tem protagonizado também diversos conflitos entre intangibilidade e autonomia. São conhecidos os debates em torno da criminalização do uso de drogas, criticando-se a proibição contida no dispositivo, na medida em que se tutelaria um interesse contra a vontade do próprio sujeito. A liberdade individual de disposição do bem que, afinal é protegido para que o titular possa desfrutá-lo, em princípio, pode parecer contraditória com a punição de certas condutas. Esta proibição está na mesma linha de outras

³⁰ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n. 1, 2004, p. 177.

³¹ Oficialmente, desde 1950, que se pretende dar ao consentimento para morrer o status de direito fundamental; um grupo de pensadores dentre os quais se encontrava Bertrand Russell pediu às Nações Unidas que fosse incluída na Declaração dos Direitos Humanos, então recentemente aprovada, o direito à eutanásia voluntária.

tantas, por exemplo, quando o estado exige o uso de cinto de segurança em automóveis, limita o número de passageiros nas embarcações e outros meios de transporte (apesar do consentimento de todos para que entrem mais alguns), impede que pessoas sejam transportadas em carrocerias de caminhões e, permite, afinal, a coação exercida para impedir suicídio.

Intervindo de forma incisiva, o direito penal pune também a ação de quem promove, intermedia ou facilita a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou sua saída para exercê-la no estrangeiro. Ou seja, na linha do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas³², o terceiro é punido ainda que não tenha se utilizado de fraude ou violência. Destaca-se, porém, no documento, letra *a*, o abuso de autoridade ou da situação de vulnerabilidade da pessoa. Aqui, a autonomia para dar à própria vida o rumo que se deseja passa por um filtro cuja seletividade está baseada na adequação social de tais rumos, segundo a coletividade. Desta forma a interposição do estado não se deve apenas para reforçar a moralidade sexual, mas para a proteção da fragilidade de uns contra o abuso de outros.

O elemento comum a todos estes fatos é a defesa que se deseja oferecer à pessoa, protegendo-a de ações, mesmo as suas próprias, que possam afetar a dignidade que se postula para a espécie humana. Afinal, conforme Antonio Pelé³³, diferentemente de outras qualidades que definem os seres humanos, a vulnerabilidade gera um sentimento da precariedade da existência humana. Esta sensação desperta nas civilizações mais avançadas o desejo de reduzir, ao mínimo possível, o sofrimento das pessoas.

Da proteção à precariedade e à debilidade da condição humana, do reconhecimento por parte de cada indivíduo de que ele pode ser vulnerado e também vulnerar o outro, derivam estas proibições no âmbito administrativo ou penal. É certo, porém que, em nome desta proteção, não pode se instalar um controle que esmague as individualidades que são preciosas exatamente em razão de sua singularidade. O equilíbrio entre a preservação dos laços sociais e o respeito às diferenças deve ser buscado no grupo, nas concepções morais partilhadas.

³² Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.017/2004.

³³ PELÉ, Antonio. *Una aproximación al concepto de dignidad humana*. Disponível em: <www.revistauniversitas.org>. Acesso em: 25 fev. 2008. p. 12.

5 POSSÍVEIS LIMITES À VALIDADE DO CONSENTIMENTO

Em sociedades que se dizem multiculturais e que toleram e estimulam a diversidade é difícil falar em valores comuns a todos os grupos. Deve-se reconhecer, entretanto a existência de um espaço comum, no qual os distintos grupos morais dialogam, coexistem e partilham aspirações. A questão sobre a prevalência dos interesses comuns sobre a individualidade ou da maior abertura para exercício da autonomia deve ser encontrada nesse espaço.

Conforme Aníbal Bruno³⁴ já advertia, é essencial, nestas questões referentes à auto-regulação da conduta que o fato consentido pela pessoa não colida com as normas de cultura, com os costumes e as exigências ético-sociais. Realça, portanto o autor que o consentimento, no plano jurídico penal, apenas tem validade quando encontra apoio nos valores compartilhados intersubjetivamente. De fato, se a intangibilidade de um bem é marcada por uma faceta eminentemente axiológica, é neste plano que se pode decidir pela ampliação ou restrição da tutela penal em face de outros valores.

Pressupõe-se, nesta perspectiva, que os códigos de conduta dos diferentes grupos de uma dada sociedade podem ser radicalmente opostos e, também, que o direito penal não deve reforçar preceitos morais cuja satisfação se esgote neste âmbito. O que se propõe é expor a decisão, que pode lesar um bem jurídico indisponível, aos princípios ou padrões sociais aceitos ou mantidos pela coletividade no espaço comum a todos para nele obter ou não legitimidade.

Alguns casos podem ilustrar o que se expõe. A vida, por exemplo, mesmo sendo um bem indisponível, tem suportado ataques em situações como a legítima defesa, o estado de necessidades e demais excludentes. As modernas tecnologias e as graves enfermidades incuráveis (que podem ser proteladas à custa de muita dor) têm pressionado em favor de mais uma situação em que se tolere uma outra lesão à vida, propugnando-se pelo direito de morrer. Esse direito, em situações extremas, tem sido validado pela sociedade, inclusive pela Igreja Católica, já que a morte se faz iminente e inevitável e a manutenção da vida por recursos artificiais representa apenas infligência deliberada de dor. O respeito ao sofrimento

³⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II, p. 21.

alheio - típico de civilizações mais avançadas conforme Charles Taylor³⁵ - evita que crenças e temores religiosos impeçam que a morte siga seu curso. Diferente, todavia é a situação da pessoa que, numa extrema situação de vulnerabilidade pela doença, tristeza e solidão, não tendo apoio da comunidade, decide pedir o fim de sua vida. Neste caso, o mesmo valor apontado por Taylor - o respeito pelo outro que orienta no sentido da redução de seu sofrimento - está sendo negado.

São os padrões e princípios sociais também que fundamentam a aceitação de restrição voluntária e definitiva da liberdade por motivos religiosos, a submissão a dietas restritivas e o desconforto de uma existência de renúncia. Em contrapartida, apóiam a censura à situação em que uma pessoa, ainda que voluntariamente, resolva servir, sem remuneração, jornada fixa ou qualquer direito trabalhista a um latifundiário, mesmo que por gratidão. São os valores que justificam a doação de órgãos, de sangue, de leite, mas proíbem sua venda, ainda que para salvar vidas. Não há como fazer uma ruptura entre o direito e a cultura na qual se destacam as normas morais.

Existe, todavia uma forte restrição ao entrelaçamento do direito com a moral, haja vista que aquele foi muitas vezes convocado para fazer impor questões ligadas à natureza íntima de cada indivíduo.

Bernd Schunemann³⁶, por exemplo, entende que a limitação imposta pelo legislador alemão, que exige como condição de validade do consentimento do ofendido o atendimento aos bons costumes, extrapola os limites do direito que deve se preocupar com legalidade e não com moralidade.

A idéia de se opor, como limite ao exercício da autonomia, os bons costumes, embora antiga, merece forte repúdio de parte da doutrina contemporânea que teme se restabeleça uma íntima relação entre coerção penal e fundamento moral com franco prejuízo para indivíduos autônomos. Apesar disto, as áreas de intersecção entre norma moral e norma jurídica são muitas.

Na verdade, embora a modernidade tenha distinguido moral, religião e direito, essas esferas funcionam umas com as outras. Os princípios, por exemplo, têm conteúdo moral traduzido na norma. A moral ganha

³⁵ Charles Taylor apud PELÉ, Antonio. *Una aproximación al concepto de dignidad humana...* op. cit., p. 12.

³⁶ SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a última ratio de proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.53, 2005, p. 34.

densidade através do direito, podendo-se, dentro dos limites do “mínimo ético”, considerar as máximas morais como fontes dos costumes dos quais, por sua vez, procedem a grande parte das normas jurídicas.

Francisco de Assis Toledo³⁷ chama atenção para o fato de que, nem sempre se pode afirmar a teoria do mínimo ético, que falha em alguns momentos no direito penal, sobretudo nos crimes a que chama de pura criação legislativa. Isto não impede, segundo o mesmo autor, o reconhecimento de que o ordenamento penal deve ser consentâneo com a norma moral, não para reforçá-la com idêntico conteúdo, mas para que este também possa participar da construção de um mundo valioso, conforme afirma o mesmo autor. A moral por si mesma não deve justificar a intervenção do estado através do direito penal, mas pode servir como recurso para interpretação – tópica - da validade e limites das normas.

Na verdade, há uma série de expressões utilizadas no mundo jurídico penal que direta ou indiretamente fundamentam-se nos laços que atam os indivíduos aos grupos e que lhes confere identidade.

Dohna³⁸ referia-se a meio justo empregado para um justo fim quando justificava a licitude da atividade médica ou cirúrgica.

Já a idéia de “adequação social”, formulada por Welzel³⁹, está ligada ao fato de que algumas condutas, embora aparentemente subsumíveis a um tipo penal, devem ser consideradas lícitas quando se moverem nos limites da ordem ético - social, ainda que, formalmente, se enquadrem na previsão típica.

Na perspectiva do funcionalismo e da imputação objetiva, a relevância social conferida a certas ações também tem especial importância, podendo até mesmo afastar a atribuição do resultado a um autor, desde que o risco ou lesão por elas causados sejam socialmente tolerados.

Esta idéia de risco permitido ou socialmente tolerado está ligada, por sua vez, à adequação ao convívio social, dentro de um determinado momento histórico, segundo Jakobs⁴⁰. De forma que é possível argumentar

³⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 10-13.

³⁸ DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 79.

³⁹ WELZEL Hans *El nuevo sistema del derecho penal - una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964. p. 57.

⁴⁰ JAKOBS, Gunther. *Derecho penal*. Parte General. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 243-253.

em favor da moral e dos costumes como elementos que fundamentam do valor ou desvalor conferido a certas condutas e que podem validar ou não sua proibição.

De fato as expressões *adequação ao convívio social*, *normas de cultura*, *socialmente tolerado*, têm um sentido que só pode ser encontrado na sociedade e nos valores por ela compartilhados. Apesar da indeterminação destas expressões, como criticado por Schunemann⁴¹, é nos sistemas de leis e valores que organizam a vida das múltiplas comunidades humanas que se pode encontrar uma fonte adequada para fundamentar os avanços possíveis da autonomia sobre a intagibilidade dos bens indisponíveis.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A não intervenção na esfera íntima do indivíduo, o respeito a sua liberdade e singularidade são valores que ganham cada vez mais espaço na sociedade contemporânea. Trata-se o pluralismo com uma reverência quase sacra, o que obriga ao direito a abrir mais espaços para a autonomia, com o cuidado devido, todavia para que a coexistência social seja possibilitada. Em nome dessa necessidade, as normas devem assegurar caminhos de convivência em meio às diferenças por que, afinal, se aquele mínimo de valores coletivamente partilhados não representarem um espaço no qual a diversidade pode dialogar, a sociedade corre o risco de transformar-se em múltiplos guetos impenetráveis.

No direito penal, o instituto do consentimento do ofendido tem sido um dos mais afetados pelo individualismo contemporâneo, pretendendo-se demolir idéias que mantêm a coesão do grupo e que afetam alguns interesses considerados essenciais.

Os bens jurídicos indisponíveis têm sido atingidos pela crescente idéia de autonomia, pretendendo-se que, em nome da liberdade, qualquer valor possa ser mitigado, como se as decisões individuais não tivessem qualquer repercussão no grupo social. Tais decisões poderiam voltar-se mesmo contra a vida, legitimando sua destruição quando ela não tiver mais valor para o indivíduo, o que representa um ataque frontal aos valores de solidariedade e respeito.

⁴¹ SCHUNEMANN, Bernd. *O direito penal é a última ratio de proteção de bens jurídicos...* op. cit., p. 33.

É possível, no entanto admitir que possam ocorrer transformações na vida social que se projetem sobre os bens indisponíveis, abrindo brechas para sua tangibilidade. Estes espaços, porém devem ser os mais reduzidos e postos em harmonia com os princípios que propugnem pelo respeito à própria condição humana e sua vulnerabilidade.