

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

JULLY DE ALMEIDA RODRIGUES BOA MORTE

**EUTANÁSIA: DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A LIMITAÇÃO AO DIREITO
PENAL**

SÃO MATEUS
2019

JULLY DE ALMEIDA RODRIGUES BOA MORTE

**EUTANÁSIA: DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A LIMITAÇÃO AO DIREITO
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado do Curso de Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador Prof Rubens da Silva Cruz.

SÃO MATEUS

2019

JULLY DE ALMEIDA RODRIGUES BOA MORTE

**EUTANÁSIA: DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A LIMITAÇÃO AO DIREITO
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

**PROFº. RUBENS DA SILVA CRUZ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

SÃO MATEUS

2019

À Deus, meu refúgio e fortaleza.

AGRADECIMENTOS

Como posso agradecer a Deus por, ao longo deste processo complicado e desgastante, me ter feito ver o caminho, nos momentos em que pensei em desistir.

Não posso deixar de agradecer a esta universidade por ser um espaço que privilegia o conhecimento e onde todas as ideias são bem recebidas.

Deixo também um agradecimento especial ao meu professor Rubens da Silva Cruz, pois sem ele esta monografia não teria sido possível.

Aos meus pais, eu devo a vida e todas as oportunidades que nela tive e que espero um dia poder lhes retribuir.

Agradeço ainda aos meus amigos e familiares que ao longo desta etapa me encorajaram e me apoiaram, fazendo com que esta fosse uma das melhores fases da minha vida.

*“A essência dos direitos humanos é o
direito de ter direitos.”*

Hannah Arendt

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de estudar a eutanásia, que pode ser definida como uma das formas de eliminação da vida humana extrauterina provocada por outra pessoa, afim de aliviar sofrimento da vítima, de modo que, embora criminosa a conduta, em certos casos é até vista com bons olhos pela sociedade, inclusive, sendo chamado como homicídio piedoso. Dessa forma, a eutanásia, pode ser classificada como ativa e passiva. A ativa se configura quando se pratica atos positivos para eliminar a vida, e a passiva, tem-se quando se atua com omissão de tratamento necessário para prolongar a vida, o que antecipa a morte. Destarte, é importante distinguir a eutanásia de outros ramos desse instituto como a distanásia, que vem do grego *dys*, mau e *thanatus*, morte, que trata sobre a utilização de meios para prolongar o curso da morte, independente dos benefícios ou prejuízos que isso venha a causar. Há também a ortotanásia, do grego *orthos*, correto e *thanatus*, morte, que significa uma morte certa, no momento esperado e adequado. Dessa maneira, a eutanásia é um crime de homicídio, previsto no artigo 121, I do Código Penal, denominado de homicídio privilegiado por relevante valor moral, isto é, causa especial de redução da pena. Inobstante, há quem entenda que sequer seria homicídio, considerando que a eutanásia seria a realização da autonomia privada. Portanto, faz-se necessário utilizar da doutrina e jurisprudência pátria para estudar os principais desdobramentos da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Eutanásia; Dignidade da Pessoa Humana; Homicídio Privilegiado.

ABSTRACT

The present work aims to study euthanasia, which can be defined as one of the forms of elimination of extrauterine human life caused by another person, in order to alleviate the suffering of the victim, so that, although the conduct is criminal, in some cases it is he even welcomed society, even being called a godly murder. Thus, euthanasia can be classified as active and passive. The active is configured when positive acts to eliminate life, and the passive, when the omission of treatment necessary to prolong life, which anticipates death. Thus, it is important to distinguish euthanasia from other branches of this institute such as dysthanasia, which comes from the Greek dys, mau and thanatus, death, which deals with the use of means to prolong the course of death, regardless of the benefits or harms that this may cause. to cause. There is also orthothanasia, from the Greek orthos, correct and thanatus, death, which means a certain death at the expected and appropriate time. Thus, euthanasia is a crime of homicide, provided for in Article 121, I of the Penal Code, called privileged homicide for relevant moral value, that is, a special cause of reduction of the penalty. However, some understand that it would not even be homicide, considering that euthanasia would be the realization of private autonomy. Therefore, it is necessary to use homeland doctrine and jurisprudence to study the main developments of euthanasia in the Brazilian legal system.

Keywords: Euthanasia; Dignity of human person; Privileged Homicide.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A MISSÃO DO DIREITO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
1.1 A VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	12
1.2 A MISSÃO DO DIREITO PENAL	18
1.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	23
1.4 ALTERNATIVAS PENAS	26
2 DESDOBRAMENTOS PENAS DA EUTANÁSIA	29
2.1 CONCEITO E MODALIDADES DE EUTANÁSIA.....	29
2.1.1 Eutanásia e Ortotanásia.....	32
2.1.2 Distanásia	34
2.1.3 Mistanásia	35
3 REFLEXOS PENAS E PROCESSUAIS PENAS DA EUTANÁSIA	38
3.1 PROCEDIMENTO PROCESSUAL PENAL DA EUTANÁSIA.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A sociedade hodierna é conduzida, ainda que de maneira pouco divergente, pelo que os estudiosos denominam de “contrato social”, onde o Estado é a figura regente das relações, agindo em favor do indivíduo para evitar uma guerra de todos contra todos.

Nesta perspectiva, o Estado arquitetou instrumentos legislativos para proteger o cidadão, dentre os quais as diversas leis que tutelam os vários ramos dos direitos dos cidadãos, dentre elas, as leis penais, cuja principal função é a proteção dos bens jurídicos mais importante do ser humano, ou seja, aquele bem que nenhum outro ramo do direito se atreve em proteger, é aí que o direito penal entra em cena.

Dessa maneira, o Código Penal, bem como os demais mecanismos legais da matéria são construídos constantemente alterados no sentido de preservar, proteger e permitir a realização, de forma universal e igualitária, da vida humana.

Então, o Código Penal, com objetivo exclusivo de fazer cumprir sua missão, criou o crime de homicídio, que é definido como a eliminação da vida humana extrauterina, desde que tal fato também se dê por outra pessoa humana.

Todavia, a pessoa humana, olhando para outro ser humano de igual envergadura, notando esse semelhante sofrer, a ponto de pedir alguém antecipe a sua morte, que naquele momento em tese, é inevitável, e aquele que decide assim agir, poderá ser condenado à pena de 6 a 20 anos, embora haja possibilidade de diminuição da respectiva pena.

Entretanto, vale consignar: está a criminalização da eutanásia distante da da intervenção mínima que o Direito Penal deve seguir? Ou, será que o ser humano não possui o direito à fraternidade para abreviar o sofrimento alheio, ainda que seja ou não a pedido deste? Quais então são os reflexos jurídicos doutrinários, jurisprudenciais e legais do instituto da eutanásia?

E para tanto, o presente trabalho utilizará três capítulos para abordar o tema, sendo o primeiro incumbido de apresentar alguns preceitos constitucionais sobre a vida, notadamente no que tange aos princípios fundamentais e aos direitos fundamentais.

Em seguida, o segundo capítulo terá a missão de trazer à tona os principais conceitos e seu derivados que são: ortotanásia, distanásia e mistanásia, conforme leciona a maioria dos doutrinadores pátrios.

Por derradeiro, o terceiro capítulo abordará os efeitos penais e processuais penais da eutanásia.

A metodologia utilizada para a realização deste trabalho, notadamente, foi a bibliográfica, tendo como referencial teórico a Constituição Federal, os Códigos vigentes (Penal, Processual Penal, etc.), além da jurisprudência dominante, e os mais renomados autores que lecionam sobre a matéria, tanto no âmbito constitucional, quanto no âmbito penal.

Trata-se, portanto, de tema socialmente relevante em razão da discrepância de opiniões, tanto no sentido de ser favorável, quanto no sentido de ser contra a prática da eutanásia e de suas modalidades.

1 A MISSÃO DO DIREITO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O renomado constitucionalista Ingo Sarlet (2017, p. 402 e 403) afirma que a vida, em razão do instinto de sobrevivência, sempre foi um bem caro para o ser humano, inclusive a proteção desta e à integridade física foram consideradas como um dos fins do Estado na obra de Thomas Hobbes (1588-1679), e é associada à noção de um direito natural na obra de John Locke (1632-1704), registrando a seguir o primeiro documento a consagrar o direito à vida na concepção que se entende atualmente:

[...] O primeiro documento a consagrar um direito à vida, numa acepção que já pode ser considerada próxima da moderna noção de direitos humanos e fundamentais, foi a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, que, no seu art. 1º, incluía a vida no rol dos direitos inerentes à pessoa humana. A Constituição Federal norte-americana de 1787, por sua vez, não contemplava um “catálogo” de direitos e garantias, tendo sido apenas mediante a aprovação da Quinta Emenda, de 1791, que o direito à vida passou a assumir a condição de direito fundamental na ordem jurídico-constitucional dos Estados Unidos da América, de resto, a primeira consagração do direito à vida com direito fundamental (de matriz constitucional) da pessoa humana na história constitucional. De acordo com a dicção da Quinta Emenda, “nenhuma pessoa (...) será desprovida de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal” [...] (SARLET, 2017, p. 402 e 403).

Dessa forma, prevalece no Brasil inexistência de princípios absolutos, ou seja, praticamente todos os direitos fundamentais são relativos, inclusive, o direito à vida. Não há, via de regra, prevalência de normas constitucionais sobre outras normas de igual bojo. Todavia, a doutrina tem identificado certa supremacia do Direito à vida, notadamente porque sem a vida, não se poderia exercer nenhum outro bem jurídico.

É nessa linha o pensamento de Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 393):

[...] A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse [...].

No mesmo sentido, para Dirley da Cunha Júnior (2019, p. 605), o direito à vida é o direito de defender a própria existência e de existir com dignidade, salvo de qualquer

violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante.

Dessa maneira, o direito à vida envolve também o direito à preservação dos atributos físico-psíquicos (elementos materiais) e espirituais-morais (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, ou seja, condição *sine qua non* para o exercício dos demais (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 605).

O autor complementa ainda informando que, em conformidade com o pensamento mais seguido, a vida humana se inicia com a concepção, quando há a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto, e então, a partir daí, não se pode admitir a interrupção da vida, salvo se for naturalmente, conforme aduz:

[...] O direito à vida é garantido pela Constituição contra qualquer tipo de interrupção artificial do processo natural da vida humana, ainda que seja para pôr termo a um sofrimento e agonia (eutanásia), salvo quando justificado, como nas hipóteses de aborto necessário para salvar a vida da mãe ou em caso de gravidez decorrente de crime de estupro [...] (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 605 e 606).

Então, mesmo admitindo exceções como o aborto necessário, para Dirley da Cunha Júnior (2019, p. 606) ao direito à vida é vedada a prática da eutanásia. Desta forma, num primeiro momento, falar em eutanásia, isto é, uma forma de matar e de morrer, certamente, afronta ao direito mais fundamental, o alfa e o ômega dos direitos, pois há vida é essencial e inicial às outras formas de desdobramento da existência, bem como imprescindível ao cumprimento e gozo dos demais direitos.

Gilmar Mendes, Paulo Branco e Inocêncio Coelho (2009, p. 394 e 395), afirmam que o direito à vida, na atualidade, está ligado à problemática sobre a legitimidade da interrupção da gestação e ao debate sobre a legitimidade da interrupção da existência humana em certas situações dramáticas e peculiares. Entretanto, esse direito também aparece vinculado aos direitos à integridade física, à alimentação adequada, a se vestir com dignidade, à moradia, a serviços médicos, ao descanso e aos serviços sociais indispensáveis, conforme lecionam:

[...] Estudos já o contemplavam desde tempos mais remotos, tanto em discursos seculares como em produções de cunho religioso. Recordar-se, a esse propósito, que no século XIII, o filósofo escolástico Henry de Ghent sustentava que todas as pessoas “têm o direito, segundo a lei natural, de se lançar a atos de autopreservação”...No século XX, porém, sobretudo a partir da sua segunda metade, intensifica-se o exame do direito à vida em seus desdobramentos ligados à reprodução humana. Nesse âmbito, dois problemas básicos se põem – o do início do direito à vida e o da sua harmonização com outros direitos que lhe disputem incidência num caso concreto [...].

Assim, os autores sustentam essa relevância do Direito à vida elencada na própria estrutura jurídica constitucional, já que aparece em primeiro lugar em relação aos valores básicos do artigo 5º da Carta Magna, bem como há previsão de que os ataques dolosos contra a vida devem ter tutela criminal, conforme previsão do Tribunal do Júri no artigo 5º, XXXVIII (MENDES, BRANCO e COELHO, 2009, p. 393).

Inobstante, o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 já traz que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”. Nesse mesmo sentido é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968, o qual deixa claro que “o direito à vida é inerente à pessoa humana” e que “este deverá ser protegido pela lei”, prevendo ainda que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida” (MENDES, BRANCO e COELHO, 2009, p. 394).

Ingo Sarlet (2017, p. 403) aduz que na Revolução Francesa e na posterior Carta Constitucional de 1814, não se faziam menção explícita ao direito à vida, passando a ter maior reconhecimento com a II Grande Guerra Mundial, a exemplo da Declaração dos Direitos Humanos da ONU em 1948, conforme narra:

[...] No plano internacional, a partir da sua consagração na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no artigo III (“toda pessoa tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”), diversos outros documentos internacionais positivaram um direito específico à vida, como dá conta, num primeiro momento, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, quando, seu art. 6º, 1, dispõe que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida” [...].

O autor também destaca que na esfera nacional, o direito à vida assume relevo com a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969 e com o Protocolo Adicional à Convenção de 1990, estabelecendo a abolição da pena de morte, ressalvada a possibilidade de exceções em caso de guerra, aditivo que inclusive foi ratificado pelo Brasil em 1998 (SARLET, 2017, p. 404).

Quanto à evolução no plano europeu, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 não tivesse proibido a pena de morte, já que a própria França, até 1950, ainda adotava a pena de morte pelo método de decapitação por guilhotina e a Inglaterra previa a pena de morte por enforcamento, o 6º Protocolo Adicional de 1983 restringiu a pena de morte somente para o caso de guerra externa ou de atos praticados nos casos de iminente ameaça de guerra. Daí, somente com o 13º Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 2003 é que a pena de morte foi proibida

em qualquer circunstância (SARLET, 2017, p. 404).

No plano interno do Brasil, Ingo Sarlet (2017, p. 404 e 405) verifica vestígios do direito à vida no decorrer de todas as constituições, com algumas exceções, destacando-se a atual Constituição Federal de 1988:

[...] No âmbito da evolução constitucional brasileira, verifica-se que na Constituição de 1824, a exemplo do paradigma da França de então, não havia previsão de um direito à vida, mas apenas de um direito à segurança individual, o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1891. Na Constituição de 1934, embora o direito à vida não tenha sido expressamente agasalhado, a pena de morte, salvo em caso de guerra com país estrangeiro e nos termos da legislação militar, foi abolida (art. 113, 29). Também na Constituição de 1937 o direito à vida não foi contemplado, ampliando-se, além disso, as hipóteses de aplicação da pena de morte (art. 122, 13). Foi apenas na Constituição de 1946 que o direito à vida mereceu reconhecimento e proteção como direito individual (art. 141, caput), retomando-se a técnica da Constituição de 1934, no que diz com o banimento da pena de morte salvo nos casos de guerra com nação estrangeira e nos termos da legislação militar, o que foi mantido na Constituição de 1967 (art. 150, caput e § 11), com a ressalva de que o texto constitucional se refere ao caso de guerra externa (e não de guerra com outro país), embora a equivalência das situações, o que, por sua vez, foi reproduzido no texto resultante da alteração promovida pela EC 1/1969 (art. 153, caput, e § 11) [...].

Destarte, há tanto no plano nacional quanto no plano internacional (eis que o Brasil é signatário de tratados internacionais nesse sentido), uma evolução e tradição histórica de apreço pelo direito à vida, o qual não pode retroceder para deixar de existir nas leis e conduta do, assim como há eficácia horizontal dos direitos fundamentais que assegura ao indivíduo a proteção de todos os seus direitos previstos infra e constitucionalmente.

O renomado constitucionalista Marcelo Novelino (2016, p. 315 e 316), brilhantemente assevera sobre as dimensões objetiva e subjetiva no tocante ao direito à vida:

[...] o direito fundamental à vida deve ser pensado não apenas sob a perspectiva do indivíduo, enquanto posição jurídica de que este é titular perante o Estado (dimensão subjetiva), mas também do ponto de vista da comunidade, enquanto bem jurídico essencial que impõe aos poderes públicos e à sociedade o dever de adotar medidas de proteção contra práticas que atentem contra o direito à vida e de promoção dos meios indispensáveis a uma vida humana com dignidade e qualidade (dimensão objetiva) [...].

Desta forma, pode-se observar que o direito à vida, destina-se aos indivíduos componentes da sociedade e do Estado no sentido de serem protegidos em razão desta posição jurídica. Noutra modo, o direito à vida se destina ao Estado no ponto de dever de proteção aos indivíduos.

O autor também preconiza que esse dever de proteção não recaia apenas nos ombros do Estado:

[...] Os destinatários do dever de respeito, proteção e promoção não são apenas os poderes públicos. A proibição de violação desse direito é dirigida igualmente ao Estado (CF, art. 5º, XLVII) e aos particulares (CP, arts. 121 a 128). Os deveres de proteção e promoção, apesar de terem como principais destinatários os poderes públicos, são dirigidos também à sociedade e à família, sobretudo, no caso de hipossuficientes (CF, arts. 227 e 230). O modo de materialização dos deveres de proteção e promoção depende de diversos fatores, razão pela qual o Estado goza de ampla margem de ação no cumprimento desses deveres (NOVELINO, 2016, p. 316).

Assim, a eutanásia, que remete a ação ceifar a vida humana atenta contra o direito à vida, o que exige, não só uma atitude Estatal, criminalizando e punido tal condutas, buscando evitar esta prática, assim como, é uma conduta que deve sofrer abstenção dos indivíduos, inclusive considerando que a vítima da eutanásia, muitas das vezes, são pessoas em situação de vulnerabilidade.

Inobstante, Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Branco e Inocêncio Coelho (2009, p. 398), entendem que o direito à vida apresenta evidente direito de defesa, uma vez que é argumento suficiente a impedir que o Estado atue contra a existência de qualquer ser humano, além de impor que os outros indivíduos se submetam ao dever de não agredir esse bem jurídico:

[...] O Estado assume uma obrigação mais acentuada de proteção dos indivíduos que se encontram sob a sua direta tutela ou custódia. O dever de proteger a vida de prisioneiros leva a exigências mais acentuada no que tange a providências necessárias para a preservação da existência de indivíduos. Daí a jurisprudência que atribui responsabilidade civil ao Estado pela morte de detidos em presídios, mesmo que o homicídio não seja imputado a um agente público – jurisprudência que não se estende para outros casos em que a morte é causada por outro particular, não estando o indivíduo sob a direta vigilância do Estado [...] (MENDES, BRANCO e COELHO, 2009, p. 398).

Por sua vez, Marcelo Novelino (2016, p. 315), leciona que o direito à vida possui dupla concepção:

- a) negativa: consistente no direito assegurado a todo e qualquer ser humano de permanecer vivo, tratando-se de direito de defesa que confere ao indivíduo status negativo, isto é, é o direito à não intervenção em sua existência física por parte do Estado e de outros particulares. Assim, tanto é um direito fundamental autônomo, quanto o direito à vida é pressuposto elementar para o exercício de todos os demais direitos. O exemplo é a proibição da pena de morte, conforme o artigo 5º, XLVII, "a" da Constituição Federal, já que é uma posição jurídica específica que integra o direito à vida em sua conotação negativa;
- b) positiva: já que o direito à vida está associado ao direito à existência digna, no sentido de ser assegurado ao indivíduo o acesso a bens e utilidades indispensáveis para uma vida em condições minimamente dignas. Esse aspecto, porém, não se restringe à garantia do mínimo existencial, mas atua também no sentido de assegurar ao indivíduo pretensões de caráter material e jurídico, impondo ao Estado o dever de praticar medidas positivas de proteção da vida, a

exemplo em casos de ameaça de morte ou de requerimento de extradição por parte do Estado estrangeiro quando o crime é punível com a pena de morte.

Todavia, a doutrina também traz a lição de que o direito à vida, por mais essencial que seja, é relativo, eis que a Constituição Federal de 1988 e o ordenamento pátrio trazem algumas restrições à vida ou exceções, ou seja, são hipóteses em que a vida, efetivamente é mitigada:

- a) no caso de pena de morte: a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLVII “a”, traz a única restrição expressamente prevista, possibilitando a imposição de pena de morte em caso de guerra declarada;
- b) legítima defesa e estado de necessidade: no Código Penal, nos artigos 23 a 25, o legislador trouxe à tona as chamadas hipóteses de excludentes de antijuridicidade, a exemplo do policial que atira com a intenção de causar a morte do sequestrador por ser o único meio de salvar a vida do refém;
- c) aborto terapêutico e aborto sentimental: são hipóteses autorizativas do aborto que estão presentes no artigo 128 do Código Penal, pelas quais, é possível o aborto praticado para salvar a vida da gestante e no caso de gravidez resultante de estupro (NOVELINO, 2016, p. 317).

Vale consignar também o precedente do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.510/DF, oportunidade em que a Corte declarou constitucional a chamada Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), admitindo a utilização de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa, pois não viola o direito à vida, aliás, trata-se de meio adequado e necessário para fomentar o direito à vida e à saúde das pessoas portadoras de diversas doenças ainda que ainda não existe tratamento (NOVELINO, 2016, p. 317).

Ressalta-se que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal traz importante relativização da vida ao se permitir o abortamento:

[...] Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. (...) é preciso conferir interpretação conforme à Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do CP – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. [HC 124.306, rel. min. Roberto Barroso, j. 9-8-2016, 1ª T, DJE de 17-3-2017. [...]] (sítio do STF).

Destarte, a eutanásia, hipótese que juridicamente veda a eliminação da vida com a isenção de responsabilidade da pessoa que a pratica não guarda semelhança com as situações autorizadas por lei, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro amena a pena daquele que a pratica.

1.2 A MISSÃO DO DIREITO PENAL

Atualmente, de forma pacífica pelos estudiosos da matéria, o direito penal tem a precípua missão de tutelar os bens jurídicos mais importantes de um ser humano. Todavia, vale consignar que essa definição nem sempre existiu. Dentre as várias teorias que passaram pelo Brasil quanto à definição da missão do direito penal, traremos aqui algumas das mais relevantes. Até porque, o próprio conceito de “bem jurídico” levou anos para enfim se tornar a definição clara e concreta, tal qual existe hoje.

No início década de 1930, Hans Welzel (apud GRECO, 2018, p. 46) lecionava que o direito penal tinha uma dupla função, quais sejam: a função ético-social e a função protetiva. Para a função ético-social, o direito penal tem por finalidade amparar os valores fundamentais elementares da vida em comunidade. Não se trata de bens jurídicos. Se trata de uma função pedagógica. Fazer com o que as pessoas se comportem conforme o direito, ou seja, uma função educativa. Num segundo momento, para Welzel, o direito penal tem a função protetiva quanto aos bens jurídicos selecionados pelo legislador. Quando o direito penal é chamado para intervir, já é tarde porque houve uma lesão ao bem jurídico.

Já para Gunther Jakobs (2005), o direito penal tem por finalidade reafirmar a vigência da norma. Tinha expectativas cognitivas e expectativas normativas. As expectativas normativas, como o próprio nome diz, seria esperar das pessoas que elas se comportassem conforme a norma. Quando o agente pratica um delito, viola um bem jurídico, violando a expectativa normativa, nas palavras do autor, defrauda uma expectativa normativa, violando, portanto, a vigência da norma. Assim, nasce o direito penal para reafirmar a vigência da norma perante a coletividade. O direito penal, portanto, seria a negação do agente. Ademais, o autor traz em sua obra um pensamento de Hegel (filósofo alemão), onde este defendia a tese da negação da negação, consistente em dizer que se há uma norma vigente, e o indivíduo nega a vigência dessa norma, tendo condutas contrárias, o direito penal nega a negação do agente, para então reafirmar a vigência da norma.

Há ainda uma vertente brasileira nutrida por Rogério Greco (2017), onde defende que o direito penal possui a finalidade de proteger bens jurídicos mais importantes para a vida em coletividade (patrimônio, honra, meio ambiente, vida, etc.), sendo a tarefa de seleção à proteção do bem, exclusiva ao legislador, orientado pelos princípios que norteiam o direito penal. Essa proteção se revela através de um instrumento legislativo

chamado tipo penal, que é composto por dois preceitos: no preceito primário tem-se a conduta, e no preceito secundário tem-se a sanção penal. Assim, o legislador protege o bem jurídico da vida, por exemplo, através de quatro tipos penais: homicídio, suicídio, infanticídio e aborto. Se o agente detém de uma conduta (preceito primário) que fere o bem jurídico protegido, a ele é imposta uma sanção penal (preceito secundário).

Ademais, conforme Yuri Carneiro Coêlho (2019, p. 74), a função do direito penal se traduz na necessária proteção de bens jurídicos, diante da ameaça de lesão ou exposição a perigo de lesão de um bem jurídico. Há exclusiva proteção de bens jurídicos, aliada ao princípio da legalidade, garantia máxima que o direito penal pode fornecer, dentro de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual não se pode conceber um sistema penal que não seja destinado à proteção de bens jurídicos (COÊLHO, 2019, p. 74).

Então, bem jurídico penal pode ser entendido como valor, dado ou condição tutelada pelo direito penal, que possui seu substrato na Constituição, ancorado na realidade social, sendo o elemento material da estrutura do delito e que tem a capacidade hermenêutica de relativizar o princípio da liberdade e de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental para a convivência pacífica em sociedade (COÊLHO, 2019, p. 74 e 75).

Dessa maneira, os exemplos mais citados de bens jurídicos são a vida, integridade física, saúde, patrimônio, moralidade administrativa, meio ambiente, ordem socioeconômica entre outros, conforme dispõe Yuri Carneiro Coêlho (2019, p. 75):

A esfera de proteção dos bens jurídicos, nesse caso, tutela não apenas os bens de natureza individual, como também, os de natureza coletiva e difusos, gerando o que vem sendo denominado de espiritualização da tutela de bens jurídicos, ou seja, a tutela de bens de caráter coletivo assim como difusos. As lesões ínfimas, que podem ter como meio de proteção instrumentos de natureza jurídica extrapenal, não devem merecer a reprimenda do sistema penal, pois esta deve ser reservada apenas aos casos de lesões mais graves. Deve-se ter em consideração que o direito penal não pode servir como instrumento de repressão e controle político, ideológico ou religioso ou, também, interferir na esfera da liberdade sexual, criminalizando aspectos de ordem moral como a opção sexual, não se devendo, portanto, aquiescer com a criminalização de comportamentos religiosos ou do homossexualismo, pois, isso confrontaria com a esfera das liberdades mais elementares do sistema constitucional. O direito penal exige, enquanto instrumento de garantia, a proteção de bens jurídicos, devendo-se salientar, entretanto, que “o direito penal não pode se manter desatento ao perfil da sociedade de risco pós-industrial e às suas exigências de tutela dos novos interesses emergentes. Subsiste no direito penal moderno uma concepção que situa a função de proteção de bens jurídicos enquanto desnecessária, entendendo que ele deveria apenas se preocupar com a condição de validade da norma e não de proteção de bens jurídicos fundamentais.

Tem prevalecido esse entendimento de que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, mas não se pode ter em mente que há crescente corrente minoritária no sentido de que essa missão seria a demonstração do caráter coercitivo do sistema criminal.

Não obstante, no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se notar um franco desenvolvimento dos Tribunais no sentido de admitir que a função do direito penal é de tutela de bens jurídicos, conforme vem decidindo, os tribunais, conforme o seguinte exemplo:

Tentativa de furto de roupas de um varal, avaliadas em R\$ 94,00. (...) 1. O acusado, em companhia de um menor, entrou no pátio da residência da vítima e apoderou-se de uma camiseta, um moletom e uma calça. Ao ver os policiais, o réu abandonou as roupas e foi detido. A res furtiva foi devolvida à vítima e não houve prejuízo. 2. O Direito penal de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, estruturado no respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), ultrapassa as barreiras dogmático-formais subjetivas, e se insere na concepção objetiva substancial do Direito penal. Dentro desta perspectiva, é de suma importância o bem jurídico protegido; não a norma em si, mas o que a norma visa tutelar. [...] Quando não há lesão ou perigo concreto a um bem jurídico, o fato não se reveste de tipicidade no plano concreto. A ofensividade a um bem jurídico integra o tipo Penal, de modo que, além da previsão abstrata, da conduta, da causa, do resultado, o tipo se perfectibiliza na vida dos fatos, se houver ofensa relevante a bem jurídico” (TJ-RS, 7ª Câmara Criminal, Apelação Crime, nº 70017647454, Rel. Des. Nereu José Giacomoli, dec. Unânime, Porto Alegre, 12/4/2007) (COELHO, 2019, p. 76).

Nesse mesmo sentido, a doutrina tem discutido a fundamentação da tutela do bem jurídico, indagando qual a forma de seleção dos bens jurídicos dignos de tutela e quais os limites neste processo de escolha. Será possível apontar-se a constituição como uma referência normativa obrigatória para a seleção dos bens jurídicos ou ela se mostra apenas necessária para impor limites ao processo de criminalização, levando-se em consideração que a escolha dos bens não precisaria fundar-se em seu texto normativo constitucional, mas, apenas, não violar o conjunto de regras e princípios nela presentes? Havendo duas correntes, conforme explica Yuri Carneiro Coelho (2019, p. 76 e 77):

- a) Teoria de fundamento constitucional amplo: Um primeiro entendimento, compreende que a Constituição não pode e nem tem por função delimitar qualquer espécie de catálogo restritivo de bens jurídicos para serem tutelados pelo direito penal, ainda que seja ela a referência normativa e de legitimação do processo de criminalização de condutas. Paulo Busato (apud COELHO, 2019, P. 77) aponta que, “a proteção de bens jurídico-penais não necessariamente se identifica com os bens jurídicos que são reconhecidos constitucionalmente. Não cabe falar, portanto, do conceito de bem jurídico penal como aquele que deriva da Constituição. A Constituição só serve como limite negativo de valoração”. Em afirmação contundente, relacionando o bem jurídico com os valores constitucionais, tendo em vista uma percepção de que a Constituição estabelece os fins e limites do Estado que reconhecemos, sem dúvida e estes são mutáveis ao longo do tempo, Paulo Queiroz afirma não ser

possível o estabelecimento de um catálogo exaustivo de bens jurídicos passíveis de tutela jurídico penal;

- b) Teoria de fundamento constitucional estrito: De outro lado, se encontra a corrente que aponta a Constituição como fonte de seleção do processo de escolha de bens jurídicos, na medida em que ela se apresenta enquanto o componente valorativo a nortear esta escolha, devendo o catálogo de bens jurídicos ser extraído do corpo de valores constitucionais.

Rogério Greco (apud COELHO, 2019, p. 77) afirma que a lei maior servirá de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais. A Constituição Federal natureza garantista, tendo em vista a referência expressa à dignidade da pessoa humana como seu fundamento e a condição de tutela de direitos fundamentais com prevalência do respeito pela liberdade humana, ocorre que, ainda assim, tem-se notado uma ampliação do fenômeno punitivo, um maior encarceramento, principalmente em face da hiperinflação legislativa em matéria penal, que não apenas cria novos delitos, mas impõe condições restritivas no tocante à liberdade humana, seja tornando mais rigorosa a pena privativa de liberdade para delitos existentes, seja criando novos delitos ou restringindo garantias processuais, contrariando mandamentos constitucionais por inúmeras vezes ao longo destes mais de 25 anos de experiência constitucional.

Nos ensinamentos de Alexandre Rocha Almeida de Moraes e Valdir Vieira Rezende (2019, p. 24):

Ocorre que o modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) cederá espaço ao Direito Penal de segunda velocidade (mitigação da pena privativa de liberdade e adoção de penas alternativas à pena de prisão). Assiste-se, agora, a consolidação do modelo de terceira velocidade de direito penal que, na acepção mais cara para as liberdades individuais, conjuga a flexibilização de garantias e a pena privativa de liberdade. No Brasil, exemplo da adoção de tal modelo de política criminal se encontra na disciplina do “regime disciplinar diferenciado” (art. 52, LEP), em sede de execução da pena privativa de liberdade. Lembre-se do que acima foi mencionado. No Brasil, a mescla de posicionamentos ideológicos tem proporcionado à legislação penal a combinação de modelos extremamente repressores com outros de acentuado caráter liberal, embora, ultimamente, estes tenham predominado sobre aqueles. Fato é que o modelo de direito penal de inspiração iluminista já não goza mais de exclusividade nos ordenamentos jurídicos, sendo certo, aliás, que convive entrelaçado e sem clara delimitação com outros, de modo a fragilizar as etapas necessárias de individualização da pena – legislativa, judicial e executória – descaracterizando, pois, a essência da igualdade material que deveria nortear a aplicação da sanção penal. Enfim, é inegável que a deficitária conjugação da criminologia e da política criminal acaba produzindo péssimos resultados no campo da dogmática jurídico penal, de modo que se torna inalcançável os fins almejados por um genuíno Estado Democrático de Direito ao impor a pena ao autor de um crime.

Dessa maneira, verifica-se que um sistema criminal baseado apenas na criação de normas penais, notadamente com o viés incriminador, bem como com a cominação de penas privativas de liberdade tende a produzir maior encarceramento, dificultando a ressocialização e retroalimentando o mundo do crime. A esse respeito, o crime ou delito vem tratado no Código Penal da seguinte forma:

Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime consumado (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Pena de tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Desistência voluntária e arrependimento eficaz (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Arrependimento posterior (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime impossível (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Agravação pelo resultado (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

Noutro vértice, há de se destacar também outras funções do direito penal, que nas palavras dos professores Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2019, p. 41), possui a função de prevenir a vingança privada. Por outro lado, como a pena em tese, encerra a violência ao indivíduo, o Direito Penal também possui a função garantista consistente na proteção do indivíduo contra os possíveis excessos de poder do Estado (Direito Penal garantista). Por fim, em certas situações, visa a amenizar o dano sofrido pela vítima.

A par dessas funções legítimas, o Direito Penal acaba exercendo outras funções consideradas ilegítimas, tais como a função simbólica, que nas palavras de Claux Roxin (2000), é o conjunto de normas criadas no clamor da opinião pública, provocada geralmente pelo cometimento reiterado de crimes com grande repercussão midiática, ou seja, nasce da emergência do Estado em demonstrar à sociedade através de seus representantes eleitos estão trabalhando para diminuir a latente criminalidade que a assola a sociedade, e a função promocional, que nas palavras de Cleber Masson (2018), o direito penal não deve se preocupar em manter os valores da sociedade, tendo como objetivo ser um instrumento de transformação social.

1.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana são, incontestavelmente, pilares de um Estado Democrático de Direito, e ambos estão umbilicalmente ligados e em constante embate, já que a dignidade humana pode ser considerada, de certo modo, como um limite para o exercício da autonomia da vontade.

O princípio da autonomia da vontade nasce no direito civil quando da perspectiva dos contratos, previsto no art. 171, Inciso II do Código Civil Brasileiro, baseado na livre vontade do cidadão, mais designadamente, na liberdade de contratar. Destaca-se que princípio acabou se limitou à aplicação apenas aos contratos, uma vez que o legislador constituinte, ao indivíduo como sujeito de direitos, assenta também que este é capaz de fazer suas próprias escolhas e assumir as respectivas responsabilidades em todas as searas.

É uma guerra ideológica eterna, pois existem aqueles que defendem a eutanásia como um reflexo do respeito ao direito da autonomia da vontade:

O argumento moral para a legislação sobre a eutanásia voluntária parece basear-se principalmente no apelo ao princípio de autonomia, ou seja, visto que as pessoas têm direito moral de tomar decisões a respeito de sua vida, a lei deve respeitar esse direito e não colocar obstáculos às formas de suas decisões de pôr fim à vida com auxílio de outrem. (PESSINI, 2004, p. 192 apud ABREU, 2015)

Em seu artigo elaborado sobre o tema, Fabiano da Silva Abreu (2015), assevera que as justificas para os que defendem a legalização da eutanásia são os medos: do sofrimento no momento de morrer (com sufocamentos, muita dor, tubos por todo o corpo, etc.); da degeneração do corpo, sendo vista por seus entes queridos; do abandono e da solidão na hora da morte; do não desejo ao respeito de morrer; da dependência para atividades cotidianas ante a impossibilidade de praticá-las. E dentre todos estes, o mais importante de todos, que deve ser levado em consideração é o princípio da autonomia da vontade, seis que as pessoas têm direito moral, de tomarem decisões sobre suas próprias vidas, sendo certo que a lei deveria respeitar esse direito.

Abreu (2015) complementa que, segundo os defensores da prática, num contexto médico-paciente deve-se priorizar a vontade do paciente, que de ser mero objeto das intervenções médicas e passa a ser em sujeito de direitos, ser humano dotado de razão e vontade própria, e por isso, capaz de decidir conscientemente, a respeito de todo e qualquer procedimento médico que lhe será ministrado. Essa autonomia é uma propriedade que tem a vontade de ser para ela mesmo sua lei, ou seja, ela deve ser respeitada e pronto. Ramos (apud ABREU, 2015, p. 02) defende:

Os casos comprovadamente incuráveis devem ter a benevolência da lei”, pois “a própria Igreja [Católica] admite a eutanásia indireta” (teoria do duplo efeito), e, também porque a “fome, a miséria e a falta de assistência social e previdenciária matam mais atrozmente do que a eutanásia”. Ou, ainda, porque “a vida de uma pessoa que está sofrendo de uma doença mortal tornou-se inútil a ela, à sua família e à sociedade”, razão pela qual se justifica moralmente pôr termo à sua própria vida, quer sozinha, quer com auxílio de outros.

Na mesma linha de raciocínio, Soares e Piñero (apud ABREU, 2015, p. 02):

A autonomia da vontade é aquela propriedade que tem a vontade de ser para ela mesma sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, optar sempre de tal maneira que a vontade possa considerar as máximas que determinam sua escolha como leis universais.

Conclui o autor (ABREU, 2015) que para os defensores da eutanásia e, pugnantes por sua legalização, morrer com dignidade é um direito que deve ser

reconhecido a quem pede, e, no campo da ética e da área jurídica, alguns acadêmicos são a favor da legalização de todas as formas de eutanásia voluntária. Para eles, a questão central não é como a morte ocorre, mas sim como se toma a decisão. Não há diferença entre desligar um aparelho que sustenta a vida e aplicar, por exemplo, uma injeção letal. Em defesa da legalização, seus adeptos ainda trazem mais alguns argumentos, tais como incurabilidade ou sofrimento insuportável.

Autonomia é a capacidade de autodeterminação que possui o homem, ou seja, capacidade de decidir suas vontades e objetivos. No ensinamento de Marilena Chauí, para definir liberdade é necessário fazer referência à relação necessidade-liberdade que, do ponto de vista religioso, é estabelecida como fatalidade-liberdade, e na visão científica, como determinismo-liberdade (CHAUÍ, 2000, pp. 357-365).

A necessidade equivale à realidade; a fatalidade corresponde às forças além das que estão ao nosso alcance; o determinismo corresponde ao condicionamento dos pensamentos, sentimentos e ações, descrevendo a liberdade como ilusória (CHAUÍ, 2000, pp. 357-365).

Assim, ante às concepções de liberdade, podemos concluir que não somos totalmente livres em nossas escolhas, porém, temos liberdade para fazer tudo quanto esteja de acordo com o nosso ser e com a nossa capacidade de agir, graças ao conhecimento que possuímos das circunstâncias em que vamos agir. A possibilidade objetiva nos termos da necessidade é a área de atuação da liberdade, esta que consiste na percepção desta possibilidade e atua na mudança do percurso dos acontecimentos, portanto, a liberdade não pode ser definida no campo da ilusão da ideia de “que tudo posso”, tampouco poderá ser aceito o determinismo “nada posso” (CHAUÍ, 2000, p. 362).

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, com o passar do tempo e da história, se tornou o centro axiológico de todo o ordenamento jurídico, o fim de quase todos os direitos, e definir estritamente uma definição para esta é uma tarefa que resta um tanto quanto complexa, uma vez que termo carrega consigo uma exasperada carga subjetiva histórica, política e social. Está capitulado no rol do art. 5º dos Direitos Fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 304-305), aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana é de difícil definição:

O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora esse efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões políticas, filosóficas, religiosas, etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana não só é um dos princípios trazidos pela Constituição, como também está elencada na Carta Maior como um dos fundamentos em que se baseia. É considerado por muitos o princípio-matriz de todos os direitos fundamentais, devendo ser entendida como um princípio relacionado com o respeito a direitos fundamentais inerentes à própria pessoa, tais como a vida, a intimidade, a liberdade, a honra e a autodeterminação da própria vida, exigindo respeito das demais pessoas e do Estado.

Desta feita, por ser considerado o princípio-matriz, há quem defenda que todos os princípios – incluindo o princípio da inviolabilidade do direito à vida – derivam deste e, por este motivo, proteger a vida é impedir a prática de atos que possam violá-la é proteger a dignidade da pessoa humana (PORTO e FERREIRA, 2017, p. 64).

1.4 ALTERNATIVAS PENAIS

Em 1984, quando houve a pequena reforma penal, foi introduzida na Parte Geral do Código Penal, notadamente no artigo 59, inciso IV, a eventualidade da aplicação de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, quais sejam, penas restritivas de direitos ou outras.

Destarte, a Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84) também augura sobre medidas alternativas à pena de prisão, como forma de estabelecer uma política criminal. Em 1988, com o advento da atual Constituição Federal, há previsão explícita no artigo 5º, inciso XLVI, em suas alíneas, no que diz respeito às penas alternativas à pena privativa de liberdade.

Em 1998, seguindo as observações das Regras de Tóquio, foi criada a Lei das Penas Alternativas (Lei n.º 9.714/98), que expandiu o a abrangência da aplicação das penas restritivas de direitos, alterando, alguns artigos do Código Penal.

As penas alternativas ou restritivas de direitos são também denominadas de como penas substitutivas, pois primeiro é prolatada a condenação à pena privativa de liberdade e, posteriormente, o juiz, verificando que o condenado preenche certos requisitos, aplica uma medida alternativa, substituindo a pena de prisão. está relacionada às penas restritivas de direitos.

Em 2011, o Ministério da Justiça editou a portaria nº 2.594/11, que estabeleceu a Estratégia Nacional de Alternativas Penais. É possível observar, numa leitura do referido dispositivo, que as alternativas penais abarcam procedimentos diversos entre si, cuja aplicabilidade varia tanto no que diz respeito ao crime, quanto ao momento processual cabível à respectiva medida.

O preâmbulo da portaria faz um breve alusão histórico-legislativa quanto às considerações do seu surgimento:

O Ministro de Estado da Justiça, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o artigo 5º da Constituição Federal; a Lei no 7.209, de 11 de julho de 1984 - Reforma do Código Penal; a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal; Lei Complementar no 79, de 07 de julho de 1994; Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Lei no 9.714, de 25 de novembro de 1998 - Lei de Penas Alternativas; Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais; Lei no 12.403, de 04 de maio de 2011 - Lei das Medidas Cautelares;
 CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer a máxima eficácia de resposta ao conflito social provocado pela prática de infrações penais;
 CONSIDERANDO a necessidade de fomento às práticas de resolução destes conflitos e o objetivo de pacificação social;
 CONSIDERANDO a existência de diversos mecanismos alternativos à intervenção penal hoje existentes e em prática na sociedade;
 CONSIDERANDO o papel do Ministério da Justiça na formulação de políticas nacionais de justiça no âmbito do Governo Federal, resolve:

Logo em seguida, os objetivos da portaria são explícitos em sua redação, no art.

4º:

Art. 4º - São objetivos da Estratégia Nacional de Alternativas Penais - Enape:
 I - estudar e propor alterações legislativas voltadas à garantia da sustentabilidade e efetividade da política de alternativas penais;
 II - fornecer subsídios técnicos ao desenvolvimento de plano de gestão e aplicação das alternativas penais, definindo indicadores de qualidade para o fomento de projetos e pesquisas financiados pelo Fundo Penitenciário Nacional;
 III - definir indicadores de qualidade e metodologia para a coleta de dados sobre a aplicação das alternativas penais no território nacional, facilitando a criação de sistema compatível e integrado nas unidades federativas;
 IV - articular sua integração com órgãos nacionais responsáveis pela condução da política de justiça e cidadania, segurança pública, direitos humanos e execução penal, incluindo Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Executivo da União, Estados e Municípios;
 V - estabelecer mecanismos de participação da sociedade na formulação e execução da política de alternativas penais;

VI – desenvolver projetos temáticos multidisciplinares, que permitam a adoção de mecanismos específicos de alternativas penais para os diferentes tipos de infração penal;

VII - diagnosticar, por meio de instrumentos de pesquisas nacionais, mecanismos quantitativos e qualitativos necessários à sua efetividade;

VIII - promover fóruns de debates políticos e científicos para a divulgação de suas experiências;

IX - fomentar, no âmbito dos Estados e Municípios, a criação de órgãos responsáveis pela condução da política de alternativas penais e a capacitação de agentes da rede social para intervenção no estratégia;

X - acompanhar a implementação da política de alternativas penais em âmbito nacional, fornecendo *expertise* necessária ao seu desenvolvimento; e

XI - divulgar a política de alternativas penais em todo o território nacional.

Inobstante, o art. 3º da portaria elenca as alternativas em:

Art. 3º - Para os fins desta Portaria, as alternativas penais abrangem:

I - transação penal;

II - suspensão condicional do processo;

III - suspensão condicional da pena privativa de liberdade;

IV - penas restritivas de direitos;

V - conciliação, mediação, programas de justiça restaurativa realizados por meio dos órgãos do sistema de justiça e por outros mecanismos extrajudiciais de intervenção;

VI - medidas cautelares pessoais diversas da prisão;

VII - medidas protetivas de urgência.

Apesar de todo esforço estatal, bem como a evolução da legislação no sentido de aprimorar e prevenir a reincidência, as restrições e dificuldades enfrentadas pela pessoa em cumprimento da alternativa penal ainda são vistas com preconceito por boa parte da sociedade, que as rotula como uma forma de impunidade.

2 DESDOBRAMENTOS PENAIIS DA EUTANÁSIA

2.1 CONCEITO E MODALIDADES DE EUTANÁSIA

Marcelo Novelino (2016, p. 322), ao fundamentar sua doutrina sobre o direito à vida, lecionando sobre o fenômeno da eutanásia, aduz que a irrenunciabilidade do direito à vida e sua inviolabilidade traz à baila uma discussão sobre a legitimidade de condutas que buscam abreviar ou não prolongar a vida de uma pessoa doente, objetivando reduzir o sofrimento físico e mental do ser humano.

Ingo Sarlet (2017, p. 420 e 421), fala inicialmente de um direito fundamental ao suicídio, argumentando que a doutrina majoritária entende que o direito à vida não abrange o direito de sua livre disposição, notadamente no sentido de um direito ao suicídio. Mesmo assim, segundo o autor, há corrente sustentando que o direito geral de liberdade e, especialmente, o direito geral da personalidade incluem o direito de tomar a própria vida, e este não seria um direito absolutamente indisponível ao seu titular.

O autor cita exemplo da adoção do direito ao suicídio:

[...] De acordo com a lição de Klaus Stern, por exemplo, restrições legislativas a esse direito não podem ser legitimadas a impor uma vida contra a vontade de um titular de direitos fundamentais, caso este esteja de posse de sua sanidade mental e tome a decisão acerca de sua morte de forma livre e responsável, independentemente de interesses sociais alheios a sua pessoa, de tal sorte que a dimensão objetiva do direito à vida não pode ser oposta a isso e justificar a supressão da vontade individual, ou seja, da dimensão subjetiva do direito fundamental. De qualquer sorte, trata-se, ou não, de um direito fundamental, a ordem jurídica – por razões que resultam elementares, já que o evento morte acarreta a extinção da punibilidade – não sanciona criminalmente o autor de sua própria morte (salvo, eventualmente, nos casos de tentativa de suicídio), de modo que apenas se pode considerar a criminalização de atos (ações ou omissões) praticados por terceiros e que tenham contribuído para o evento morte, tal como a instigação ao suicídio, o auxílio prestado ao suicida etc., consoante, aliás, ocorre no direito brasileiro [...] (SARLET, 2017, p. 421).

Dessa forma, Ingo Sarlet (2017, p. 421), conceitua a eutanásia associada ao suposto direito fundamental ao suicídio, dizendo que a eutanásia abarca tanto condutas omissivas quanto comissivas, nas quais se recorre a um auxílio médico para alcançar a morte de um paciente que já se encontra em processo de sofrimento e cujo estado de saúde é tão precário que o levará inevitavelmente à morte, pelo menos de acordo com os conhecimentos da medicina considerada naquele momento, somado ao prognóstico médico, sendo que esse auxílio do profissional determinará uma diminuição do tempo de vida do paciente.

Ingo Sarlet (2017, p. 422) diferencia a eutanásia em sentido amplo:

- a) eutanásia ativa ou eutanásia em sentido estrito: consistente na ação deliberada de matar, por exemplo, ministrando algum medicamento, ou mediante a supressão de um tratamento já iniciado, tomando, em qualquer caso, providências diretas para encurtar a vida do paciente;
- b) eutanásia passiva: por sua vez, consiste na omissão de algum tratamento que poderia assegurar a continuidade da vida, caso ministrado.

Para o autor, na hipótese da eutanásia ativa, é preciso, ainda, distinguir entre as modalidades direta, consistente na utilização de meios eficazes para produzir a morte de doente terminal, e indireta, também designada de ortotanásia, mediante a qual se utiliza tratamento com intenção de aliviar a dor e o sofrimento do paciente, sabendo-se que com isso se abrevia a sua vida (SARLET, 2017, p. 422).

Independentemente da modalidade de eutanásia e embora não chegue a conclusões definitivas, Ingo Sarlet (2017, p. 422 e 423), deixa em aberto o debate sobre os limites do embate entre a dignidade da pessoa humana e sua autonomia, de um lado, e o direito à vida, de outro lado:

[...] o embate que se estabelece entre a dignidade humana como autonomia pessoal e a dignidade como heteronomia, ou seja, entre o que cada pessoa entende corresponder à sua própria dignidade e o que fazer ou deixar de fazer em relação ao desenvolvimento e proteção de sua vida e personalidade, e o que o Estado e seus agentes (ou mesmo terceiros) entendam seja uma exigência da dignidade alheia, revela-se particularmente agudo também nesse contexto, demandando um equacionamento que não pode ser resolvido com base na lógica do “tudo ou nada” e, portanto, não pode conduzir a uma anulação do âmbito da autonomia individual [...].

No caso de escolha pela autonomia e se pratique a eutanásia, pelos menos a regra do Direito Brasileiro é a possibilidade de punição na esfera penal, conforme se poderá vislumbrar no decorrer deste trabalho.

Para tanto, Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Martel (apud NOVELINO, 2016, p. 322), define eutanásia como:

[...] ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontra em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos [...].

Assim, a eutanásia, para ficar configurada exige: a) Ação voluntária de provocar a morte de ser humano; b) Intenção de apressar ou provocar a morte; c) Enfermo em situação irreversível ou incurável; d) Pessoa padecendo intenso sofrimento físico e

psíquico.

Para Clécia Lima Ferreira e Carolina Lima Porto (2017, p. 152) definem a eutanásia da seguinte forma:

[...] Eutanásia é um fenômeno bastante antigo e sua nomenclatura vem do grego, significando boa morte, ou de acordo com algumas traduções, morte apropriada. Sendo assim, como o nome já explicita, o intuito da eutanásia é provocar uma morte menos dolorosa para aqueles que se encontram em estado de profundo sofrimento. É um encurtamento necessário de uma vida que não possui a dignidade indispensável para que o indivíduo queira continuar vivo [...].

Valter Fernandes e Newton Fernandes (2010, p. 588) atestam que a eutanásia também é um problema do direito, interessando à moral e à religião.

Tais autores lançam mãos do conceito de eutanásia trazido por Morseli (apud FERNANDES e FERNANDES, 2010, p. 588), para quem: [...] é aquela morte que alguém dá a uma pessoa que sofre de uma doença incurável, a seu próprio pedido, para abreviar a agonia demasiada longa ou dolorosa [...]. Em seguida, também utilizam o pensamento de Pinam Y Malvar (apud FERNANDES e FERNANDES, 2010, p. 588):

[...] é aquele ato em virtude do qual uma pessoa dá morte a outra, enferma e parecendo incurável, ou a seres acidentados que padecem de cruéis dores, a seu rogo ou requerimento e sob impulso de um exacerbado sentimento de piedade e humanidade [...].

Segundo os autores, o sentido etimológico de eutanásia é uma morte sem sofrimento, sendo que esse vocábulo foi utilizado pela primeira vez no século XVII por Francis Bacon, já que ele enfatizava que:

[...] eu creio que a missão do médico é devolver a saúde e aliviar os sofrimentos e as dores, não só quando esse alívio pode levar à cura, como também quando pode servir para proporcionar uma morte indolor e calma. Ao contrário, os médicos consideram uma falta de religião atormentar o enfermo, ainda quando não resta nenhuma esperança de cura. Ao meu modo de ver, em vista disso, eles deveriam possuir a habilidade necessária a dulcificar com suas mãos os sofrimentos e a agonia da morte [...] (FERNANDES e FERNANDES, 2010, p. 588).

Fernando Capez (2014, p. 55), por seu turno vê na eutanásia o homicídio denominado de piedoso, pois significa uma boa morte. Para ele a eutanásia é o Antônio de distanásia, pois consiste em pôr fim à vida de alguém, cuja recuperação é de difícilíssimo prognóstico, logicamente, mediante o seu consentimento expresso ou presumido, tendo a finalidade de abreviar-lhe o sofrimento. Assim, troca-se, a pedido do ofendido, um doloroso prolongamento de sua existência por uma cessação imediata da

vida, encurtando sua aflição física, podendo ainda a eutanásia ser praticada mediante um comportamento comissivo, chamada de eutanásia ativa ou um comportamento omissivo, a eutanásia passiva.

De acordo com Capez (2014, p. 55), a eutanásia ativa é exemplificada no caso do médico que aplica uma injeção letal no paciente a seu pedido, por não suportar mais vê-lo sofrendo. Dessa forma, o autor age, interferindo positivamente no curso causal. Já na eutanásia passiva, é a hipótese do paciente com câncer em estágio terminal, já inconsciente, o qual é transferido da UTI para o quarto do hospital ou para sua casa, mediante autorização expressa de sua família, presumido seu consentimento, conforme narra o autor:

[...] Ninguém provoca a sua morte, mas a cadeia de causalidade prossegue, sem que seja interrompida pelo médico ou por terceiros. Geralmente, é o que ocorre na prática – há uma consulta à família, no sentido de manter os tubos e aparelhos ligados à pessoa, e com isso aprofundar sua degradação física ou paralisar o tratamento e aguardar o desfecho da natureza [...].

Para Capez (2014, p. 55), tanto a eutanásia ativa, quanto a passiva são enquadradas como homicídio privilegiado, ou seja, tem-se o homicídio simples previsto no caput do artigo 121 do Código Penal, porém, a pena é reduzida de 1/3 a 1/6.

2.1.1 Eutanásia e Ortotanásia

Ingo Sarlet (2017, p. 422) extrai a ortotanásia do conceito de eutanásia, dizendo que, trata-se da eutanásia ativa indireta, a qual, no plano do direito comparado e internacional dos direitos humanos, tem sido reconhecida a legitimidade jurídica de sua prática, desde que voluntária, ou seja, quando puder ser reconduzida à vontade do paciente, o que seria mais difícil de se reconhecer na eutanásia ativa direta, de forma livre e informado, pudesse pedir a terceiro que provocasse a sua morte, o que configuraria homicídio, caso viesse a atender tal pedido.

O autor invoca a Constituição Federal de 1988 para tentar um primeiro enfrentamento do problema:

[...] A Constituição Federal não estabelece qualquer parâmetro direto quanto a tais aspectos, mas, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade individual, o reconhecimento do direito de morrer com dignidade (ou de um direito de organizar a própria morte) não pode ser pura e simplesmente desconsiderado. Do contrário, o direito à vida resultaria transformado em um dever de viver sob qualquer circunstância e a sua condição

de direito subjetivo restaria funcionalizada em detrimento de sua dimensão objetiva. Por outro lado, o direito à vida (e dever de viver) prevaleceria sempre sobre a própria autonomia e dignidade da pessoa humana, notadamente em situações em que as pessoas, pela sua vulnerabilidade, encontram-se submetidas integralmente às decisões de terceiros [...].

Veja-se que não é situação simples de se resolver, mas caminha-se no sentido de relatividade dos direitos fundamentais, regrados pela proporcionalidade e razoabilidade.

Cleber Masson (2017, p. 543) leciona que a eutanásia pode ser dividida em eutanásia em sentido estrito e em ortotanásia.

Assim, a eutanásia em sentido estrito que seria um homicídio piedoso, compassivo, médico, caritativo ou consensual, isto é, o modo comissivo de abreviar a vida de pessoa portadora de doença grave, em estado terminal e sem previsão de cura ou recuperação pela ciência médica (MASSON, 2017, p. 543).

Para Marcelo Novelino (2016, p. 322), a eutanásia pode ser voluntária, quando o consentimento é manifestado expressamente e não voluntária, hipótese na qual é feita sem o conhecimento da vontade do paciente; ou ainda, a eutanásia pode ser involuntária, notadamente, quanto realizada contra a vontade do paciente, sendo esta última, a única das modalidades em que há consenso a respeito do caráter criminoso da conduta.

Por sua vez, o autor conceitua ortotanásia, acrescentando o chamado cuidado paliativo:

[...] A ortotanásia é definida pelos autores como a “morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais usados na distanásia, bem apressada por ação intencional extrema, como a eutanásia”. Trata-se de conduta sensível aos processos de aceitação e humanização da morte. Indissociavelmente ligado à ortotanásia, o cuidado paliativo consiste no uso da tecnologia existente com o intuito de aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo. Busca-se oferecer conforto ao paciente por meio da redução dos sintomas da dor e da depressão, ainda que o emprego de terminadas substâncias possa reduzir o seu tempo de vida [...] (NOVELINO, 2016, p. 323).

A ortotanásia seria a eutanásia por omissão, isto é, uma eutanásia omissiva, moral ou eutanásia terapêutica, consistente numa conduta de uma pessoa, normalmente um médico, de deixar de adotar as providências necessárias para prolongar a vida de doente terminal, portador moléstia incurável e irreversível (MASSON, 2017, p. 543).

De qualquer modo, tanto a eutanásia em sentido estrito como a ortotanásia tipificam o crime de homicídio privilegiado pelo relevante valor moral, pois a vida é bem jurídico indisponível (MASSON, 2017, p. 543).

2.1.2 Distanásia

Para Ingo Sarlet (2017, p. 422), a chamada distanásia se distingue da eutanásia, pois consistiria na tentativa de retardar a morte o máximo possível, utilizando-se, para tanto, todos os meios disponíveis, no sentido mesmo de um prolongamento artificial da vida humana sem consideração do eventual sofrimento causado, situação que guarda conexão com os assim chamados “obstinação terapêutica” e “tratamento fútil”.

Por sua vez, Rogério Sanches Cunha (2015, p. 50 e 51), ao se referir a distanásia como o prolongamento do curso normal da morte, faz distinção entre esse fenômeno da eutanásia e também da ortotanásia:

[...] A eutanásia pode ser ativa ou passiva. Será ativa quando presentes atos positivos com o fim de matar alguém, eliminando ou aliviando seu sofrimento. A passiva se dá com a omissão de tratamento ou de qualquer meio capaz de prolongar a vida humana, irreversivelmente comprometida, acelerando o processo morte. Não se pode confundir eutanásia com ortotanásia e distanásia. Como bem esclarece Regis Prado, ‘ a ortotanásia tem certa relação com eutanásia passiva, mas apresenta significado distinto desta e oposto da distanásia. O termo ortotanásia (do grego orthos, correto, e thanatus, morte) indica a morte certa, justa, em seu momento oportuno. Destarte, corresponde à supressão de cuidados de reanimação em pacientes em estado de coma profundo e irreversível, em estado terminal ou vegetativo. De outra parte, a distanásia (do grego, dys, mau, anômalo, e thanatus, morte) refere-se ao prolongamento do curso natural da morte – e não da vida – por todos os meios existentes, apesar de aquela ser inevitável, sem ponderar os benefícios ou prejuízos (sofrimento) que podem advir ao paciente (Tratado de Direito Penal Brasileiro) [...].

A distanásia, na visão de Cleber Masson (2017, p. 543) é também conhecida como uma obstinação terapêutica, pois trata-se de uma morte vagarosa e sofrida da pessoa humana, já que foi prolongada pelos recursos oferecidos pela medicina.

Nessa hipótese, assegura a doutrina que não há crime, uma vez que se trata de meio capaz de arrastar a existência da vida humana, ainda que com sofrimentos, até o seu fim natural (MASSON, 2017, p. 543 e 544). Marcelo Novelino (2016, p. 323) traz importantes lições sobre a distanásia:

[...] consiste na tentativa de retardar a morte o máximo possível por meio do emprego de todos os meios médicos disponíveis, ainda que para isso seja necessário causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é inevitável e iminente. Trata-se, portanto, de um prolongamento artificial da vida ou, se se preferir, do processo de morte. Associados à distanásia estão o conceito de tratamento fútil, compreendido como um tratamento médico empreendido com o intuito de combater a morte de todas as maneiras possíveis, e de obstinação terapêutica, consistente na utilização de técnicas desproporcionais e métodos extraordinários, incapazes de promover uma melhora do paciente, mas hábeis a

prolongar a sua vida à custa do agravamento de seu sofrimento [...].

Veja-se que a eutanásia e a distanásia são conceitos exatamente opostos, pois o primeiro visa abreviar a vida e o segundo prolongá-la.

2.1.3 Mistanásia

Conforme assevera Cleber Masson (2017, p. 544), a mistanásia é tida como a morte precoce e miserável da pessoa, e isso por provocado pelo descaso e pela maldade de determinados seres humanos.

Daí o autor acentua que a mistanásia pode ocorrer em três momentos:

- a) Doentes que, por razões políticas, sociais ou econômicas falecem por motivo de falta de atendimento médico adequado pelo sistema de saúde;
- b) Enfermos que, embora tenham entrada no sistema de saúde, morrem em razão de erro médico;
- c) Doentes que entra na rede de saúde tendo uma real expectativa de vida, porém morrem em razão de atos de má-fé, a exemplo da retirada indevida de órgãos ou parte de corpos para doação a outras pessoas.

Então, Cleber Masson (2017, p. 544) elenca as possíveis consequências da mistanásia:

[...] Dependendo do caso concreto, a mistanásia pode ensejar o reconhecimento do homicídio culposo, especialmente nas duas primeiras situações anteriormente indicadas, ou ainda do homicídio doloso, notadamente na terceira hipótese. Como não existe de parte do agente a intenção de antecipar a morte de indivíduo portador de enfermidade grave, em estado terminal e sem previsão de cura, visando eliminar seu elevado sofrimento, não nos parece correto rotular a mistanásia como eutanásia social, embora tal nomenclatura seja comumente empregada como sinônima da mistanásia [...].

Vale ressaltar que o ordenamento pátrio traz diversos mecanismos que inviabilizariam juridicamente a mistanásia, pois decorre inclusive da própria natureza humana a proteção dos seus semelhantes, isso é verificado no fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CRFB/88), no objetivo de solidariedade ou fraternidade constante no artigo 3º da CRFB/88, inclusive na proteção do meio ambiente e na primazia dos cuidados com as crianças e adolescentes. Vejam-se alguns dos dispositivos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático

de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão [...] (BRASIL)

A título de exemplo, quando o texto constitucional determina a conduta de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo a todos essa obrigação, não se está se preocupando apenas com o ser humano desta geração, mas também para as gerações vindouras. Trata-se de uma solidariedade ambiental intergeracional.

No âmbito do Código Penal temos a omissão penalmente relevante, o crime relacionado aos maus tratos, omissão de socorro e etc.

Vejamos alguns exemplos extraídos do Código Penal Brasileiro:

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Maus-tratos

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

Dessa forma, a legislação não incentiva a mistanásia, aliás desautoriza e, em certos casos, há inclusive a criminalização a conduta nesse sentido.

3 REFLEXOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS DA EUTANÁSIA

Clécia Lima Ferreira e Carolina Silva Porto (2017, p. 167), ao escreverem artigo sobre o homicídio piedoso, que é a classificação da eutanásia, argumentam que os defensores da criminalização dessa conduta, defendem que o direito à vida é absoluto:

[...] Aqueles que são contra o procedimento alegam, em primeiro lugar, a santidade da vida, tanto na concepção religiosa quanto na concepção social. Sabemos que a religião exerce um grande papel na sociedade, papel esse que se torna ainda maior quando ultrapassa o campo social e adentra na argumentação das decisões tomadas pelo legislador. Dessa forma, o principal discurso em objeção à eutanásia prega que a vida é um bem dado por Deus e que só Ele teria o direito de tirá-la. Mesmo tendo consciência das causas que levariam alguém a tomar uma medida tão drástica quanto abdicar da própria vida – no caso do suicídio assistido – ou tirar a vida de outra pessoa – no caso do homicídio piedoso –, aqueles contra a prática enxergam e entendem o preciosismo da vida e consideram-na um direito absoluto e indisponível [...].

Ingo Sarlet (2017, p. 423) argumenta que há fundamentos para o legislador prever a punição da eutanásia na seara do direito penal, bem como deixar de punir:

[...] Independentemente de um desenvolvimento mais detalhado da matéria, que aqui não poderemos empreender, o que resulta importante destacar é que a Constituição Federal, ao consagrar tanto o direito à vida quanto a dignidade da pessoa humana, assegura ao legislador e mesmo aos demais órgãos encarregados da interpretação e aplicação do direito suficiente margem de liberdade para definir quais as possibilidades e os limites da eutanásia, desde que tal prática não tenha por finalidade eugênica, mas se restrinja a assegurar aos indivíduos, sob determinadas circunstâncias (pelo menos nos casos de ortotanásia e de eutanásia passiva voluntárias e com estrita observância de critérios de segurança e responsabilidade), a possibilidade de uma morte com dignidade [...].

Dessa forma, há lacunas para que determinadas modalidades de eutanásia sejam autorizadas por leis futuras.

Para Cleber Masson (2017, p. 543), a eutanásia é uma hipótese de homicídio privilegiado previsto no artigo 121, § 1º do Código Penal, conforme a seguinte observação: [...] b) motivo de relevante valor moral: diz respeito a interesse particular do autor do homicídio, aprovado pela moralidade média e considerado nobre e altruísta (ex.: eutanásia) [...].

Como homicídio, a eutanásia tem por consequência jurídica a eliminação da vida humana extrauterina praticada por outra pessoa, sendo o crime mais básico do ordenamento brasileiro, conforme ensina Néelson Húngria:

[...] O homicídio é o tipo central de crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada [...] (apud CUNHA, 2015, p. 44).

Novelino (2016, p. 324), defende que a legislação brasileira não diferencia a eutanásia, ortotanásia, distanásia e etc. Segundo o autor, em apreço a dignidade da pessoa humana e em razão da autonomia da vontade, nas hipóteses de ortotanásia, cuidado paliativo e limitação consentida de tratamento, desde que haja manifestação voluntária do paciente ou de seu representante legal, bem como, depois do adequado processo de informação e devidamente registrada mediante Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE, não há que se falar em crime (NOVELINO, 2016, p. 324).

Para Rogério Sanches Cunha (2015, p. 50 e 51), a eutanásia é um exemplo da privilegiadora do homicídio doloso simples previsto no artigo 121, § 1º do Código Penal. Trata-se do relevante valor moral, pois está ligado aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão.

Dessa maneira, segundo o autor, a eutanásia, seria o homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (CUNHA, 2015, p. 50).

Logo, o autor da eutanásia gozaria de privilégio da atenuação da pena do parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal (CUNHA, 2015, p. 50):

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Também admoesta a doutrina que, não basta ser qualquer motivo social ou moral para se enquadrar na privilegiadora, mas sim é necessário que o motivo seja considerável, sendo imprescindível que seja relevante, digno de apreço, conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt (apud CUNHA, 2015, p. 51).

Além do homicídio privilegiado pelo relevante valor moral, caso exemplificado pela eutanásia, há o relevante valor social que diz respeito aos interesses de toda uma coletividade, a exemplo da indignação contra um traidor da pátria (CUNHA, 2015, p. 50).

Somado a isso, há uma última figura privilegiadora do § 1º do artigo 121 do Código Penal. Trata-se do denominado homicídio emocional, aquele praticado pelo agente dominado por

violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima (CUNHA, 2015, p. 51 e 52):

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

José Henrique Pierangeli (apud CUNHA, 2015, p. 51 e 52) ensina o que se entende por domínio de violenta emoção:

[...] Tal emoção deve ser violenta, intensa, absorvente, atuando o homicida em verdadeiro choque emocional, ou seja, ocorre a perda do self control. Já se comparou o homem sob o influxo da emoção violenta a um carro tirado por bons cavalos, mas tendo à boleia um cocheiro bêbado. Na crise aguda da emoção, tornam-se inócuos os freios inibitórios que são deixados a si mesmos, ao desgoverno, aos centros motores de pura execução. Desintegra-se a personalidade psíquica. Antes desse momento, todavia, o processo emocional pode ser interrompido e nessa fase ainda é possível a interferência da autocrítica e o indivíduo pode ainda se manter sob controle, dentro de si, podendo contar até dez antes de agir. Como dizia Sêneca, a emoção incipiente quase sempre aborta quanto se apresenta um forte contramotivo. Após isso, atinge-se um momento agudo da descarga emocional, apresentando-se uma emoção violenta, exatamente aquela que oblitera os sentidos, aquela que, na linguagem popular, cega. Se decorrer na prática de homicídio apenas uma influência da emoção, é de reconhecer apenas atenuante prevista no art. 65, III, c, do CP (conforme a Parte Geral antes da reforma de 1984) [...].

Outro requisito dessa privilegiadora é a reação imediata diante da injusta provocação da vítima, pois se exige que o chamado revide seja imediato, sendo tarefa difícil identificar a proximidade do rebate, daí, o critério mais utilizado pelos julgadores tem sido considerar imediata toda reação praticada durante período de domínio da violenta emoção, o que dependerá do caso concreto (CUNHA, 2015, p. 52).

Já a injusta provocação da vítima não exige uma agressão, mas se traduz em qualquer conduta incitante, desafiadora e injuriosas, podendo ser praticada inclusive contra terceira pessoa ou até contra animais (CUNHA, 2015, p. 52).

Rogério Sanches Cunha (2015, p. 52) traz o exemplo do adultério:

[...] Em regra, os Tribunais têm aceitado a violenta emoção do marido que colhe a mulher flagrante adultério. Compreende-se o ímpeto emocional diante da surpresa ou inesperada cena, pois é de sua essência ser brusco, repentino e violento. Mais que discutível, entretanto, será o choque emotivo se o marido, sabendo da infidelidade da mulher, tudo preparar e fizer para colhê-la em flagrante. Incompreensível é essa emoção a prazo [...].

Para Pedro Franco de Campos, Luiz Marcelo Mileo Theodoro, Fábio Ramazzini Bechara e André Estefam (2013, p. 83), a eutanásia é exemplo de homicídio privilegiado por relevante valor moral, sendo obrigatória a redução da pena caso os jurados reconheçam tal circunstância, conforme narram os autores:

[...] Homicídio privilegiado (art. 121, § 1º): está previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal. Não é crime autônomo, mas sim causa especial de diminuição de pena, pela menor reprovabilidade da conduta em razão da motivação ou do estado emocional. Embora o Código Penal disponha que a redução da pena é facultativa, o entendimento que prepondera é no sentido de que ela é obrigatória se reconhecido o privilégio pelos jurados. O poder do juiz fica restrito ao quantum a ser reduzido. Assim, a expressão "...o juiz pode" deve ser interpretada como um poder-dever do magistrado. A obrigatoriedade decorre, também, do que está previsto no art. 6º da Lei n. 263/48, que alterou a redação do art. 492 do Código de Processo Penal. Nesse sentido: RT, 448/356 e 375/67. São circunstâncias que diminuem a pena: a) relevante valor moral ou social. Relevante tem o sentido de importante, grande. Valor moral (Exposição de Motivos – Parte Especial do Código Penal, item n. 39): aquele que merece apoio da moralidade média, aquele que diz respeito aos interesses pessoais do agente. Exemplo: mulher casada que mata homem que lhe vive importunando com propostas sexuais; a eutanásia. Valor social (Exposição de Motivos – Parte Especial do Código Penal, item n. 39): aquele que diz respeito aos interesses coletivos. Exemplo: matar traidor da Pátria. b) Violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. É o chamado homicídio emocional. São requisitos: a) a existência de uma emoção violenta; b) provocação injusta por parte da vítima; e c) reação imediata [...].

A consequência da eutanásia é a eliminação da vida humana extrauterina, configurando o crime do artigo 121 do Código Penal, isto é homicídio doloso. Aplica-se aqui o chamado homicídio privilegiado, cuja natureza jurídica é bem explicada por Fernando Capez (2014, p. 52) ao afirmar que se trata do direito à uma redução de pena variável entre um sexto e um terço, sendo uma causa especial de diminuição de pena, que incide na terceira fase da aplicação ou dosimetria da pena, conforme artigo 68, caput do Código Penal.

Capez (2014, p. 52), atesta que, o homicídio privilegiado não deixar de ser o homicídio previsto no tipo básico, ou seja, caput do artigo 121, mas, em razão da presença de certas circunstâncias subjetivas, tem por consequência menor reprovação social da conduta homicida, fazendo com que o legislador preveja uma causa especial de atenuação da pena.

Fernando Capez (2014, p. 52 e 53) também elenca as duas correntes que militam sobre o fato da obrigatoriedade ou não da redução pelo juiz:

[...] Damásio E. de Jesus, para que, "a diminuição da pena, presentes seus requisitos, é obrigação do juiz, não obstante o emprego pelo Código Penal da expressão 'pode' e o disposto no art. 492, § 1º do Código de Processo Penal,

que fala em 'faculdade'. Reconhecido o privilégio pelos jurados, não fica ao arbítrio do julgador diminuir ou não a pena. No mesmo sentido leciona Celso Delmanto: "em favor da não obrigatoriedade da redução argumenta-se com o art. 492, § 1º do CPP, que consigna: 'Ao juiz ficará reservado o uso dessa faculdade'. Cabe assinalar, porém, que a indagação do homicídio privilegiado é quesito de defesa. De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, se essa indagação não precede os quesitos de qualificação do homicídio, há nulidade absoluta do julgamento (STF, Súmula 162, RTJ 104/752, Pleno – 95/70). Ora, se a indagação do homicídio privilegiado é tão importante que a sua mera posposição torna nulo o julgamento do júri, seria sumariamente incoerente impor sua formulação, mas deixar ao puro arbítrio do juiz a aplicação ou não de redução de pena decidida pelos jurados. Por isso, e em respeito à tradicional soberania do júri, hoje constitucional (CR/88, art. 5º, XXXVIII, c) entendemos que, quando for reconhecido pelos jurados o homicídio privilegiado, o juiz-presidente não deve deixar de reduzir a pena, dentro dos limites de um sexto a um terço [...].

Assim, presente a circunstância da eutanásia, e esta sendo reconhecida pelos jurados, tem prevalecido o dever do juiz em reduzir a pena, embora possua a margem de discricionariedade para aplicar o *quantum* necessário, dentro dos limites previstos no §1º do artigo 121 do Código Penal:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

3.1 PROCEDIMENTO PROCESSUAL PENAL DA EUTANÁSIA

À luz do que leciona Rogério Sanches Cunha (2015, p. 53), uma vez sendo reconhecido o homicídio privilegiado, a exemplo da eutanásia, a redução da pena é obrigatória, segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, sendo, portanto, um direito subjetivo do condenado.

Tal autor ainda aduz que a privilegiadora não interfere na qualidade do crime, o qual continua sendo homicídio, porém traz implicações na quantidade da pena, fazendo-a reduzir, conforme o art. 30 do Código Penal:

[...] É lição corrente na doutrina que o § 1º traz circunstâncias, isto é, dados eventuais, interferindo apenas na quantidade da pena e não na qualidade do crime, que permanece o mesmo (homicídio). Por essa razão, na hipótese de concurso de pessoas, tais circunstâncias minorantes – subjetivas – são incomunicáveis entre os concorrentes (art. 30 do CP) [...].

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Daí, tratando-se de crime doloso contra à vida, num primeiro momento, a investigação policial pode ser instaurada de ofício pela autoridade policial, já que se trata de ação penal pública incondicionada, como é todos crime dolosos contra a vida, conforme apregoa o artigo 5º do Código de Processo Penal:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o nº II conterá sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la. (BRASIL)

Assim, logo após a *notitia criminis*, a autoridade policial já poderá instaurar a investigação, devendo realizar as diligências previstas na legislação para obter a autoria e a materialidade, já que o crime de homicídio deixar vestígio, devendo haver o exame de corpo de delito, conforme reza o artigo 158 do CPP:

[...] DO EXAME DO CORPO DE DELITO, E DAS PERÍCIAS EM GERAL

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

I - violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018) [...] (BRASIL)

Então, após o término do inquérito policial com o relatório, os autos são remetidos ao juiz criminal que dará vista ao Ministério Público que tem o dever, caso presentes os

requisitos da justa causa, de oferecer denúncia, conforme dispositivos do CPP:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 8.699, de 27.8.1993)

Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação

§ 2º O prazo para o aditamento da queixa será de 3 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo (BRASIL)

Caso o Ministério Público, mesmo diante dos requisitos legais, não promova a ação penal pública no prazo legal, não pedindo arquivamento, tampouco novas diligências, a vítima ou seu representante legal poderá promover a chamada ação privada subsidiária da pública, nos termos do artigo 29 do CPP e também conforme vem previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (BRASIL)

Como se está diante de crime doloso contra a vida, a competência é constitucionalmente prevista no artigo 5º para o tribunal do júri, inclusive prevalecendo sobre outras competências, conforme prevê o CPP:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição

comum, prevalecerá a competência do júri;
 II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

Vale notar que sendo a competência do tribunal do júri previsão do artigo 5º da CF/88, trata-se de uma cláusula pétrea, a qual não poderá ser removida durante a vigente ordem constitucional, visto que é um direito fundamental do indivíduo.

Além dos princípios constitucionais delineados no artigo 5º, inciso XXXVIII da CF/88, o tribunal do júri tem a peculiaridade de ocorrer em duas fases e ser heterogêneo.

A primeira fase contém uma acusação, produção de provas, audiência com oitiva de testemunhas e possibilidade de defesa. Nesta fase, que deve ocorrer num prazo máximo de 90 dias, não há participação de jurados, conforme podemos notar de alguns dos dispositivos do CPP do artigo 406 ao artigo 412:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§ 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

§ 3º Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Art. 409. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias

Art. 410. O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

§ 1º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento e de deferimento pelo juiz.

§ 2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código.

§ 4º As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez).

§ 5º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual.

§ 6º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

Art. 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias. (BRASIL)

A primeira fase do júri vai do recebimento da peça acusatória até uma decisão do juiz competente que pode ser impronúncia, pronúncia, absolvição sumária ou desclassificação, conforme previsto nos artigos 413 a 422 do CPP:

- a) Impronúncia: trata-se de uma decisão pela qual o magistrado extingue o processo sem julgamento do mérito, já que não está convencido da presença dos elementos de autoria e materialidade. Nesta hipótese não haverá julgamento em plenário, mas permitirá a qualquer tempo, antes do advento da extinção da punibilidade, nova formulação de acusação. Essa decisão judicial pode ser atacada via apelação, nos termos do artigo 416 do CPP;
- b) Pronúncia: é uma das decisões mais esperadas, pois tem o condão de encaminhar o réu para ser julgado pelo júri popular. Trata de um juízo que pretende apenas demonstrar que estão presentes os elementos de autoria e materialidade, não devendo o juiz se aprofundar na análise para não contaminar o futuro julgamento pelos jurados. Tal decisão pode ser atacada via recurso no sentido estrito, nos termos do artigo 581 do CPP;
- c) Absolvição sumária: trata-se de uma decisão que também impede o julgamento em plenário, sendo considerada a melhor das decisões para o réu, pois ao contrário da impronúncia, a absolvição sumária faz coisa julgada material. Nesta hipótese, o juiz reconhece a presença de alguma das circunstâncias previstas no artigo 415 do CPP, a exemplo da legítima defesa. Também pode ser atacada via apelação, conforme previsão do artigo 416 do CPP;
- d) Desclassificação: é uma decisão que entende que o crime não é doloso contra a vida, a exemplo de latrocínio, lesão corporal seguida de morte e etc, devendo o juiz do júri remeter os autos para o juízo singular competente.

A doutrina fala que a existência dessa primeira fase se dá pela necessidade de tornar o julgamento mais objetivo para os jurados na segunda fase.

Assim, numa segunda fase, uma vez sendo o acusado pronunciado, será julgado no plenário do júri, cujo veredicto culpado ou inocente será dado por sete pessoas do povo que compõe o conselho de sentença. A tarefa do juiz será materializar a decisão dos jurados na sentença.

Sobre o homicídio privilegiado, caso da eutanásia, e o tribunal do júri, vale trazer a baila, as palavras de Fernando Capez (2014, p. 64):

[...] Não cabe ao juiz na fase de pronúncia fazer qualquer menção às causas de diminuição de pena, tais como o privilégio, a fim de preservar o campo de atuação soberana dos jurados. O art. 413, § 1º do CPP, com a redação determinada pela Lei n. 11.680/2008, dispõe expressamente que “A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena” [...].

Então, o juiz não deve ter eloquência acusatória no momento da pronúncia, deixando a tarefa de aprofundar a questão para o plenário, ocasião, inclusive na qual a defesa terá toda possibilidade de fazer jus a plenitude de defesa, conforme insculpida no artigo 5º, XXVIII do Texto Maior.

Capez também menciona a ordem que o juiz deve seguir na quesitação, etapa que ocorrer já no plenário do tribunal popular:

[...] Assim, os jurados deverão ser indagados sobre: 1º) a materialidade do fato; 2º) a autoria ou participação; 3º) se o acusado deve ser absolvido; 4º) se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; 5º) se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissíveis a acusação. Cumpre consignar que, na antiga sistemática do Código de Processo Penal, a Súmula 162 do STF já dispunha que a tese da defesa referente ao homicídio privilegiado deveria preceder os quesitos da acusação [...] (CAPEZ, 2014, p. 65).

Portanto, o procedimento e o processo dos crimes dolosos contra a vida, a exemplo da ocorrência de eutanásia é complexo, justificando-se em razão de envolver o bem mais preciso do ser humano e ainda tendo em vista que trata-se da previsão de maior pena em todo ordenamento jurídico brasileiro, colocando em evidência a possibilidade de mitigação da liberdade do réu por tempo razoável com a imposição da pena privativa de liberdade.

Vale ressaltar ainda que tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência que é possível o homicídio privilegiado e qualificado, desde que a qualificadora seja de natureza objetiva e que esse tipo de homicídio não é compatível com a lei de crimes hediondos, conforme Cleber Masson (2017, p. 554) exemplifica em sua doutrina:

[...] Homicídio privilegiado-qualificado: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido do reconhecimento da conciliação entre homicídio objetivamente qualificado e ao mesmo tempo subjetivamente privilegiado. Noutro dizer, tratando-se de circunstância qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva)” (STF: HC 98.265/MS, rel. Min. Carlos Brito – decisão monocrática, j. 25.08.2009). Homicídio privilegiado-qualificado – inaplicabilidade da Lei dos Crimes Hediondos: “Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos” (STJ: HC 153.728/SP, rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. 13.04.2010) [...].

É importante a segurança jurídica desses precedentes, pois hipoteticamente é possível que o agente pratique a eutanásia e utilize algum meio ou modo que qualifique o homicídio, fato que não poderá agravar a pena, nem ser enquadrado como hediondo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indiscutivelmente, a vida é o bem jurídico mais precioso do ser humano, visto que não é possível o exercício qualquer outro direito, situação ou dádiva, sem que a vida esteja presente. Mas o direito à vida, de certa forma, está umbilicalmente ligado à possibilidade da interrupção da gravidez, e ao debate sobre a legitimidade da interrupção da vida humana em determinados casos. Além disso, o direito à vida também aparece vinculado aos direitos à integridade física, à alimentação adequada, à moradia, e aos serviços sociais indispensáveis, etc.

Observa-se que a vida humana se inicia com a concepção, quando da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto, e a partir não se pode admitir sua interrupção, salvo se for naturalmente. Entretanto, a vida, como qualquer direito, é relativa podendo se conjecturar, em certos casos, a legitimidade para sua eliminação, como na legítima defesa ou estado de necessidade, por exemplo.

Assim, a eutanásia se destaca, pois o sistema jurídico, visando preservar a vida, criminalizou, ainda que não explicitamente no código penal, que é a hipótese em que a pessoa humana tem atos com desígnio de matar alguém, acelerando sua morte e aliviando o sofrimento, o que configura, no ordenamento pátrio no crime de homicídio simples.

Daí, conclui-se que a consequência da eutanásia é a eliminação da vida humana extrauterina, configurando o crime do artigo 121 do Código Penal, isto é homicídio doloso. Possui, então, o tratamento do chamado homicídio privilegiado, cuja natureza jurídica se caracteriza como uma redução de pena, que incide na terceira fase da dosimetria da pena, conforme artigo 68, caput do Código Penal. É importante mencionar que o homicídio privilegiado não deixa de ser o homicídio previsto no tipo penal, ou seja, artigo 121, mas, pelo fato de haver a presença de circunstâncias subjetivas, tem por implicação a menor reprovação social da conduta, decorrendo numa atenuação da pena.

Outras figuras também aparecem na doutrina, como a ortotanásia, que é uma morte no momento certo e oportuno; enquanto a distanásia seria a tentativa de prolongar a vida. Constatou-se ainda, uma forma, mas perversa de tirar a vida, a chamada mistanásia exemplificadas nos seguintes casos: doentes que, por razões políticas, sociais ou econômicas falecem por motivo de falta de atendimento médico adequado pelo sistema de saúde; enfermos que, embora tenham entrada no sistema de saúde, morrem em razão de erro médico; doentes que entra na rede de saúde tendo uma real

expectativa de vida, porém morrem em razão de atos de má-fé, a exemplo da retirada indevida de órgãos ou parte de corpos para doação a outras pessoas.

Assim é o ser humano, podendo ser extremamente cruel e a cada dia mais banalizador dos seus semelhantes, assim como também pode demonstrar extremo afeto, solidariedade e fraternidade.

Logo, a vida humana deve ser preservada, mas há que se considerar razoável que não basta existir, mas ter uma existência digna em todos os sentidos, pois viver, sobretudo é viver bem, com expectativas, podendo acreditar no amanhã, sentir-se importante e pertencente a sociedade na qual vive. Daí, criminalizar a conduta daquele que pratica a eutanásia não é a solução, somente criando para o Estado um maior dever de fiscalizar as atitudes humanas.

A eutanásia, em certos casos é medida de solidariedade com o sofrimento de ente querido, de fraternidade e reconhecimento das limitações humanas. Esse sentimento de solidariedade é inato do ser humano, onde a sua convivência entre iguais nutre sua capacidade de se relacionar e entender o próximo, algo que transcende ao direito, inclusive não podendo ser tutelado, ainda mais pelo Direito Penal.

Portanto, a eutanásia não deve ser considerado um problema que mereça a tutela penal, arrisque-se em dizer que, sequer do direito, mas sim das relações humanas, da psicologia, da sociologia e da medicina, pois não há o objetivo de eliminar a vida, tampouco em fazer o mal, aliás é o contrário, busca-se findar o sofrimento de alguém que tem um último desejo num leito: ter uma morte digna.

REFERÊNCIAS

ABREU, F.S. **Eutanásia e legislação penal**. 2015. Disponível em www.ambitojudidico.com . Acesso em: ago. 2016.

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Sinopses para Concursos – Direito penal, Parte Geral**. 9ª ed., ver. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 9ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manuel de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

COELHO, Yuri Carneiro. **Manual de direito penal**. Volume único. 3. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodium, 2019.

FERNANDES, Valter e FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 60-64.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

JUSBRASIL. **Aspectos Jurídicos da Eutanásia no Brasil**. Disponível em <<https://phaf.jusbrasil.com.br/artigos/582634809/aspectos-juridicos-da-eutanasia-no-brasil>> Acesso 10 set. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. 11ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Método, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. 12ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Método, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guinherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2017.

MPSP. **Eutanásia no direito penal: os aspectos jurídicos do homicídio piedoso**. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/IF-dir_v.05_n.02.06.pdf> Acesso em 20 out 2019.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; REZENDE, Valdir Vieira. **Execução Penal: Diferentes Perspectivas**. Juspodivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Método, 2009.

PLANALTO. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 15 out 2019.

PLANALTO. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em 03 set 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.