

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

THALES CAVALCANTI COELHO

**O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CRIMINALIZAÇÃO DA
EUTANÁSIA**

ORIENTADOR: PROF. DR. VÍCTOR GABRIEL DE OLIVEIRA
RODRÍGUEZ

RIBEIRÃO PRETO/SP
SETEMBRO/2012

THALES CAVALCANTI COELHO

**O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CRIMINALIZAÇÃO DA
EUTANÁSIA**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da Universidade de
São Paulo, como requisito parcial para a
conclusão do curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Víctor Gabriel de
Oliveira Rodríguez

RIBEIRÃO PRETO/SP

SETEMBRO/2012

THALES CAVALCANTI COELHO

**O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CRIMINALIZAÇÃO DA
EUTANÁSIA**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da Universidade de
São Paulo, como requisito parcial para a
conclusão do curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Víctor Gabriel de
Oliveira Rodríguez

BANCA EXAMINADORA:

Aos meus pais, Jonas e Cida, exemplos de amor ao conhecimento e dedicação à pesquisa. Aos meus irmãos, Thomas e Sophia, para quem procuro, modestamente, construir bons caminhos e ser alguma referência.

AGRADECIMENTOS

São várias as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração do trabalho.

Ao Professor Doutor Víctor Gabriel Rodríguez, orientador, que desde os primeiros anos de Faculdade inspira em mim as mais profundas e profícuas reflexões, extraídas tanto das mais sofisticadas teorias de Direito Penal, quanto das mais comezinhas situações cotidianas, seja através de suas lições em sala de aula, seja por seus ensaios nas páginas de jornal. Quem, antes de tudo, permitiu, pelas atividades de prática simulada de Tribunal do Júri que idealizou e coordenou, meu despertar para as ciências criminais.

Ao Professor e amigo, Doutor Eduardo Saad-Diniz, pela generosidade e pela humildade com que troca conhecimentos, mas principalmente por demonstrar, com contagiante entusiasmo e disposição, que o saber extrapola os muros da Universidade e que o aprendizado é um exercício contínuo, que não tem lugar ou momento certo para se realizar.

Ao Doutor César Augusto Moreira, que antes de chefe é um verdadeiro mentor (e em cujo escritório descobri minha vocação), pelos exemplos de ética, combatividade e dedicação no exercício da advocacia criminal. E, sobretudo, por permitir, com compreensão e abnegação, que me licenciasses do estágio nestes meses finais de produção do Trabalho de Conclusão de Curso, para dedicar-me integralmente à finalização desta monografia.

Aos amigos Rafael Nardi Marchilli e Gustavo de Carvalho Marin, parceiros de inúmeras empreitadas acadêmicas na seara penal, pelas sempre proveitosas trocas de ideia, invariavelmente revertidas em material de pesquisa para o presente estudo.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em especial aos mantenedores, colaboradores e funcionários de sua Biblioteca, cujas obras viabilizaram a realização deste trabalho.

À Bárbara Bittar Teixeira, pelo apoio incondicional e pelo incentivo diário, e também pela paciência com que suportou minhas (não tão raras) alterações de humor nesta fase de transição que é o último ano de Graduação.

E aos meus pais, por tornarem tudo isto possível.

"O próprio viver é morrer, porque não temos um dia a mais na nossa vida que não tenhamos, nisso, um dia a menos nela".

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo primordial analisar as implicações jurídico-penais do consentimento conferido por um paciente em estado clínico grave (e irreversível) ou terminal a um terceiro, para que este lhe realize o procedimento eutanásico. Para tanto, a metodologia utilizada é a de pesquisa bibliográfica comparativa, a partir tanto de obras referenciais das áreas de concentração do trabalho, quanto de doutrinas específicas sobre o tema da monografia, somadas à legislação pertinente em vigor. Neste sentido, em um primeiro momento busca-se compreender com certa profundidade a prática da eutanásia, inicialmente delimitando o sentido do termo e apresentando suas mais usuais classificações, para tornar possível, depois de realizado um necessário esboço histórico da conduta em si e de seu tratamento legislativo, o exame de suas consequências de cunho bioético e de ética médica, bem como de seus aspectos jurídico-penais de maior relevância. Em seguida, destina-se estudo específico ao consentimento penalmente relevante. Com efeito, investiga-se, primeiramente, a origem histórica do termo, a permitir a elaboração de uma aproximação conceitual, tratando-se, posteriormente, de sua natureza jurídica e das distinções fundamentais entre os modelos dualista e monista do consentimento. Ainda neste contexto, são demarcados os requisitos de existência, validade e eficácia de um legítimo consentimento do ofendido, e as respectivas consequências penais de seu preenchimento, bem ainda as implicações jurídicas do consentimento em determinadas conjunturas especiais. Ao termo da análise do consentimento do ofendido desde a perspectiva da teoria do delito, é efetuado um estudo comparativo do tratamento dogmático da aquiescência penalmente relevante pelos doutrinadores nacionais. Por fim, demonstrado, de um lado, que a eutanásia é prática perfeitamente cabível de um ponto de vista da bioética e da deontologia médica, bem ainda, de outro, que o consentimento da vítima revela-se comportamento apto tanto a afastar a tipicidade de uma conduta, quanto a justificá-la, a depender das circunstâncias concretas, procura-se responder a questão de se tal anuência é passível de excluir a responsabilidade penal do indivíduo que pratica a eutanásia e, o sendo, em quais condições.

Palavras-chave: eutanásia - consentimento do ofendido - direito à morte - dignidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A EUTANÁSIA	11
1.1. Noção geral sobre o tema	12
1.1.1. Conceito	12
1.1.2. Classificações	14
1.1.3. Distinções: distanásia, ortotanásia e cacotanásia	16
1.2. Escorço histórico: evolução da prática e de seu tratamento jurídico	17
1.3. Implicações bioéticas e de ética médica	30
1.4. Implicações penais	35
2. O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA	41
2.1. Noção geral sobre o tema	43
2.1.1. Origem histórica e aproximação conceitual	43
2.1.2. Natureza jurídica	46
2.1.3. Distinção: do dualismo clássico “acordo” e “consentimento” ao novo paradigma “consentimento-atipicidade” e “consentimento-justificação” .	47
2.2. Requisitos	57
2.2.1. Existência	57
2.2.2. Validade	59
2.2.3. Eficácia	63
2.3. Conjunturas especiais	64
2.3.1. Outorga do consentimento por representação	64
2.3.2. Consentimento presumido	66
2.3.3. Consentimento putativo	68
2.3.4. Consentimento <i>ex post</i>	68
2.3.5. Revogação do consentimento pelo ofendido	69
2.4. Aspectos penais: tratamento dogmático do consentimento pelos doutrinadores nacionais	70

3. O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CRIMINALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA	74
CONCLUSÕES	82
BIBLIOGRAFIA	85

INTRODUÇÃO

A vertiginosa evolução operada nos campos da tecnologia e das ciências médicas contribuiu para a manutenção da vida humana em condições antes impensáveis, ao mesmo tempo em que impôs aos pacientes a sujeição a tratamentos involuntários e ao prolongamento artificial de suas funções vitais, ainda que sem perspectivas reais e objetivas de recuperação de consciência e de restabelecimento de uma vida de relações.

Neste sentido, à parte das discussões religiosas, morais, éticas e médicas, a eutanásia surgiu como, para muitas pessoas, a única opção digna de conduta naquelas circunstâncias, nas quais se passa a privilegiar a interrupção de um sofrimento desnecessário, em detrimento da conservação inatural do funcionamento do corpo, situação que acarreta, não obstante seu caráter nitidamente libertador, diversas implicações jurídicas, notadamente na seara criminal, na qual a prática da eutanásia pode ensejar responsabilização penal a seu autor.

Todavia, tal lógica não é tão cristalina nos casos em que a eutanásia é voluntária, ou seja, realizada com o consentimento – e, muitas vezes, por meio de pedido expresso – do paciente, que, de um lado, por sua condição física provocada pelo estado degradado de saúde, já não mais deseja conviver com o sofrimento causado pela doença, mas, de outro, não consegue, por suas próprias forças, interromper a vida por meio do suicídio.

Nos casos em que se configurar tal situação, ou seja, da provocação da morte de determinado indivíduo que, em razão de seu estado de saúde, deseje tal resultado – mas não seja capaz de executá-lo –, por um terceiro que age impelido por um sentimento altruístico, surge uma questão de grande relevância acerca da criminalização da eutanásia, partindo-se da constatação de que tal prática é encarada atualmente, em nosso país, como conduta típica (precisamente homicídio privilegiado): quais as implicações penais do consentimento do ofendido ao agente de uma conduta eutanásica?

E é a esta pergunta, fundamentalmente, que se buscará dar resposta, com especial ênfase na análise da possibilidade de disposição do bem jurídico vida por seu titular. Para tanto, a presente monografia está estruturada em três grandes capítulos, a saber: o primeiro tratando especificamente da eutanásia, o segundo dirigido ao estudo do consentimento penalmente relevante, e o terceiro, finalmente, dedicado a integrar os resultados das pesquisas realizadas separadamente nos itens anteriores, de modo a possibilitar a resolução do problema a que a monografia se propõe.

1. A EUTANÁSIA

A vida¹, no âmbito jurídico, é considerada garantia básica, cuja tutela confunde-se com a própria razão de ser do Direito, por constituir condição essencial para a existência e o exercício dos demais direitos. A Constituição da República, ao tratar do direito à vida, assegura sua intangibilidade². Nesta direção, é comum a afirmação de que se trata de uma garantia absoluta, que compreende o direito do titular à própria vida (e não *sobre* a própria vida) e o dever do Estado de protegê-la – em caráter *erga omnes*, inclusive contra o próprio ente estatal – de atos contra o direito que possam lhe causar dano.

A expressão “atos contra o direito” sugere instantaneamente a possibilidade de realização, no plano material, de condutas que atinjam a vida sem que a ordem jurídica as considere como violação à proteção que oferece. Seria o caso, por exemplo, de situações que revelassem que o sacrifício da vida alheia ocorreu por legítima defesa³.

Como precisamente leciona MARIA AUXILIADORA DE ALMEIDA MINAHIM⁴, “a intangibilidade da vida deve ser entendida de forma relativa, porque, algumas vezes, há uma tolerância quanto a certos ataques que ela sofre, seja por motivos de política criminal, seja em razão de incertezas de natureza científica e axiológica” (2005, p. 70).

Neste diapasão, têm-se percebido hodiernamente que valores como a liberdade e a autonomia do indivíduo caminham para uma afirmação sobre o da existência, compreendida em seu aspecto puramente biológico. Em verdade, passou-se, já há algum tempo, a dar especial ênfase a outros aspectos da vida, como o instrumental - o quanto ela pode ser socialmente útil⁵ - e o subjetivo - quanto ela vale para seu titular, vale dizer, se ele ainda quer viver.

Neste contexto de reflexão acerca do conteúdo jurídico do direito à vida (particularmente, seus fundamentos e limites), que apontam para a flexibilização de tal

¹ Na acepção de “conjunto dos fenômenos de toda espécie (particularmente de nutrição e de reprodução) que, para os seres que tem um grau elevado de organização, se estende do nascimento (ou da produção do germe) até a morte” (LALANDE, 1993, p. 1210).

² Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)” (BRASIL, 1988).

³ Art. 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) II - em legítima defesa” (BRASIL, 1940).

⁴ Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, é Mestre e Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutora em Bioética pela Universidade Católica Portuguesa (MINAHIM, 2005, p. 7).

⁵ Enquanto “aquilo que tem o seu valor, não em si mesmo, mas como meio para um fim julgado bom, de qualquer ponto de vista” (LALANDE, 1993, p. 1180).

noção, surgem os primeiros debates jurídicos relevantes acerca da morte⁶ eutanásica, que, se de há muito tempo é realidade nas mais diversas sociedades, ganhou maior notoriedade a partir da vertiginosa evolução operada nos campos da tecnologia e das ciências médicas, em razão da contribuição na manutenção da vida humana em condições até então impensáveis, paralelamente a (consequente) sujeição dos pacientes a tratamentos involuntários e ao prolongamento artificial de suas funções vitais, ainda que sem perspectivas reais e objetivas de recuperação de consciência e de restabelecimento de uma vida de relações.

A eutanásia surgiu, nesse sentido, como, para muitos, a única opção digna de conduta naquelas circunstâncias, nas quais se passa a privilegiar a interrupção de um sofrimento desnecessário em detrimento da conservação inatural do funcionamento do corpo. Nasceu, assim, ao lado das noções de morte natural e de morte provocada por causa externa (violência ou acidente), a ideia de morte como única solução diante de uma conjuntura de extrema dor ou agonia. Conjuntura esta que, a despeito de sua peculiaridade, acarreta, pela legislação atualmente em vigor, diversas implicações jurídicas - à parte das discussões religiosas, morais, éticas e biomédicas -, notadamente na seara criminal, na qual a prática da eutanásia pode ensejar responsabilização penal.

Partindo destas premissas, propõe-se no presente capítulo estudar, sob uma perspectiva multidisciplinar, a eutanásia em todos os seus aspectos primordiais, a começar pela delimitação de seu conteúdo, passando pela análise da evolução histórica da prática em si, bem como do desenvolvimento de seu tratamento legislativo através dos anos, nas mais diversas sociedades (com destaque para a realidade brasileira), e que culminará com o exame crítico de suas implicações bioéticas (e de ética médica) e jurídico-penais.

1.1. Noção geral sobre o tema

1.1.1. Conceito

Derivada do grego em sua composição etimológica, a significar a morte sem dor ou a “boa morte”, a eutanásia (*eu*: prefixo que representa “bom”; e *thánatos*: substantivo equivalente a “morte”) costuma ser definida, no campo da medicina, como o ato de

⁶ Aqui simplesmente compreendida como cessação definitiva da vida ou da existência, sem adentrar-se, ante a desnecessidade para fins do presente trabalho, nos critérios de aferição do momento em que efetivamente ocorre.

proporcionar morte sem sofrimento a um doente acometido por afecção incurável que produz dores intoleráveis (GUIMARÃES, 2011, p. 24).

Explica MARIA ELISA VILLAS-BÔAS⁷ (2005, pp. 7 e 8) tratar-se a eutanásia de “morte provocada, antecipada, por compaixão, diante do sofrimento daquele que se encontra irremediavelmente enfermo e fadado a um fim lento e doloroso” ou, em outras palavras, de situação em que um “indivíduo, geralmente o médico, vem a interferir no momento da morte, em nome do bem-estar do paciente, a fim de libertá-lo de um estado de dor e sofrimento”.

Em consonância com a doutrina majoritária sobre o tema, a eutanásia é conceituada por EDMUND MEZGUER⁸ (*apud* GUIMARÃES, 2011, p. 26) como “a prática de aceleração da morte de um indivíduo que sofre sem esperanças de salvação, ao lhe ser subministrado um meio letal que abrevia seu tormento”. Em orientação similar, o entendimento do constitucionalista contemporâneo JOSÉ AFONSO DA SILVA⁹ (2006, p. 202) acerca da compreensão do termo eutanásia: “a morte que alguém provoca em outra pessoa já em estado agônico ou pré-agônico, com o fim de liberá-la de gravíssimo sofrimento, em consequência de doença tida como incurável, ou muito penosa, ou tormentosa”.

Por sua vez, GISELE MENDES DE CARVALHO¹⁰ (2001, p. 17), reconhecendo ser comum a definição de eutanásia como boa morte, isto é, aquela que se dá de forma suave e sem dor (ausente de sofrimentos físicos e morais, portanto), adverte que seu significado originário de há muito se diversificou, não mais se limitando a casos terminais e passando a abranger novas situações, tais como as hipóteses relacionadas aos recém-nascidos com malformações congênitas (eutanásia precoce), aos pacientes em estado vegetativo irreversível, aos incapazes de se valerem por si mesmos, entre outras.

Nesta mesma linha, MINAHIM (*apud* GUIMARÃES, 2011, p. 27) alerta ser inviável atribuir ao termo eutanásia um significado unívoco, na medida em que, apesar de não se tratar

⁷ Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (com Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito Público pela mesma instituição), é também graduada em Medicina pela Escola Baiana de Medicina e Saúde Pública e Especialista em Pediatria pelo Hospital das Clínicas da UFBA, além de exercer o cargo de Defensora Pública da União (VILLAS-BÔAS, 2005).

⁸ Jurista alemão, nascido em 1883 na Basiléia (Suíça) e morto em 1962. Para VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ (2010, p. 46), “um dos maiores penalistas de todos os tempos. Sua produção literária alcançou auge de originalidade, em grande medida abrindo caminho para o finalismo (...). Bem certo que a teoria finalista deixou para trás alguns de seus conceitos, são visíveis os frutos do neokantismo, da escola *neoclássica* que MEZGUER compôs”.

⁹ Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Procurador do Estado de São Paulo aposentado, é membro fundador e ex-presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democráticos (SILVA, 2006).

¹⁰ Professora Doutora de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR), obteve Doutorado em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza (ESP) e foi vencedora do V Concurso IBCCRIM de Monografias Jurídicas com a obra “Aspectos jurídico-penais da eutanásia” (CARVALHO, 2001).

de tema novo, a complexidade e as múltiplas relações com o mundo metajurídico acabam por trazer problemas conceituais que se refletem no sentido e no alcance da expressão.

A multiplicidade de significados, contudo - não obstante as divergências havidas com relação a quais situações a prática da eutanásia estaria adstrita -, está vinculada aos limites da ideia de “boa morte”, vale dizer, aos fins a que tal modo de interrupção da vida deve servir, de maneira que é consensual o entendimento de que a morte eutanásica necessariamente deve ocorrer de maneira suave e tranquila, sem dores ou sofrimento.

1.1.2. Classificações

Entendida em sentido amplo, isto é, interpretada genericamente como abreviação da vida, realizada de modo a poupar o paciente de dores ou de sofrimento - característica a que está necessariamente atrelada e sobre a qual a doutrina não diverge -, a eutanásia pode ser classificada em diversas modalidades, com o intuito de se compreender mais detalhadamente a abrangência de seu conteúdo.

Nesta direção, a primeira classificação comumente empreendida distingue a eutanásia entre *natural* e *provocada*, representando a primeira a morte que sobrevém sem a utilização de quaisquer artifícios, e a segunda, por sua vez, aquela que implica o emprego de meios pelos quais a conduta humana (independentemente se do próprio doente ou de um terceiro) contribui para a terminação da vida.

Com relação à eutanásia *provocada*, pode ser realizada de maneira *ativa* (esta subdividida em *direta* ou *indireta*) ou *passiva*, de forma *autônoma* ou *heterônoma* (a última podendo ser *voluntária* ou *involuntária*), bem como de modo *solutivo* ou *resolutivo* (*libertador*, *eugênico* ou *econômico*).

Levando em consideração o modo de execução, a eutanásia provocada é passível de ser efetivada *ativa* ou *passivamente*. A eutanásia **por comissão** (ou *ativa*) realiza-se através de atos de auxílio à morte, quer eliminando ou aliviando o sofrimento do moribundo. De acordo com o fim perseguido pelo autor, a eutanásia *ativa* subdivide-se em *direta* – nos casos em que o fim precípua é o encurtamento da vida do paciente por meio de atos positivos – e *indireta* – hipótese que alberga dupla finalidade, sendo a principal aliviar o sofrimento do doente, mas através de recurso que necessariamente causará abreviação de seu tempo de vida.

De outra forma, a eutanásia **por omissão** (ou *passiva*) consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos úteis e ordinários, que poderiam prolongar a

vida do paciente cuja morte é inevitavelmente iminente (por deterioração irreversível do estado de saúde ou por enfermidade incurável em estágio terminal, por exemplo).

No que diz respeito à autoria da eutanásia *provocada*, distingue-se entre *autônoma*, vale dizer, a que é levada a efeito pelo próprio doente, sem a ajuda de terceiros, e *heterônoma*, a qual resulta de ação ou participação de pessoas diversas do paciente. Em situações como estas, a eutanásia pode, ainda, quanto ao consentimento do sujeito passivo, ser *voluntária* (quando há permissão, ou mesmo pedido, da vítima ou de seus representantes legais) ou *involuntária* (nas situações que prescindem de tal autorização ou requerimento, pois ao próprio agente cabe a decisão de abreviar, ou não, a morte do indivíduo em questão).

No tocante à atitude adotada perante o curso vital, a eutanásia *provocada* pode ser classificada, ainda, em *solutiva* (também conhecida por *pura*, *lenitiva*, *autêntica* ou *genuína*) e *resolutiva*. Trata-se a primeira modalidade do auxílio à “boa morte”, que se concretiza meramente no sentido de mitigação do sofrimento, através de assistência psicológica, espiritual ou até mesmo médica (via aplicação de fármacos), desde que não interfira, absolutamente, no curso vital, ou seja, que não resulte em abreviação da vida. Por seu turno, a segunda espécie, ao reverso, é caracterizada pela incidência direta sobre o momento da morte, isto é, reduzindo, no interesse do enfermo, seu prazo vital.

A eutanásia *provocada resolutiva* pode ser subdividida, ainda, no que atine ao motivo que impulsiona o agente, em *terapêutica* (ou *libertadora*), *eugênica* (ou *selecionadora*) e *econômica*.

Sucintamente, na eutanásia *libertadora* o motivo é humanitário, altruístico, e ocorre por razões de solidariedade e compaixão para com a pessoa que padece, buscando-se eliminar ou mitigar seu sofrimento. Diferentemente, a eutanásia *selecionadora* funda-se na eliminação indolor da vida de pessoas com deficiência ou doenças contagiosas e incuráveis e de recém-nascidos degenerescentes, com o fito de promover suposto melhoramento da espécie humana ao impedir que os alegados males portados por tais indivíduos se propaguem por toda sociedade (via contágio direto ou por meio de herança genética).

Por sua vez, a eutanásia *econômica* baseia-se na morte de pessoas consideradas inválidas - seja por razão de debilidade física ou mental, seja por motivo de idade avançada -, com o escopo de livrar a sociedade de pessoas economicamente imprestáveis. Fundamenta-se, neste diapasão, no convencimento da inutilidade do emprego de recursos financeiros no tratamento de sujeitos que não possuem prognóstico de recuperação (tampouco indícios de que sua morte se aproxima), mas que necessitam ser mantidos sob cuidados intensivos. Não

há, destarte, tanto nesta hipótese, quanto em casos de eugenia, agonia lenta e cruel, nem proximidade da morte do sujeito passivo, de maneira que o uso do vocábulo eutanásia para caracterizar tais situações revela-se impróprio e inadequado.

Para fins do presente trabalho, interessa tão somente a compreensão do conceito de eutanásia em seu sentido estrito, vale dizer, delimitado a algumas das classificações supra apresentadas, as quais, em conjunto, refletem o significado mais usual atribuído ao vocábulo. Com efeito, o termo *eutanásia* doravante será utilizado apenas para se referir à “boa morte” *provocada* (não importando se por comissão - direta ou indireta - ou por omissão), *heterônoma voluntária* e *resolutiva terapêutica*. Em outras palavras, à abreviação artificial da vida de um indivíduo, provocada por terceiros com seu consentimento e atendendo a seus interesses, bem ainda com a intenção de eliminar sofrimento imposto por condição física ou de saúde considerada irreversível no atual estágio das ciências médicas.

1.1.3. Distinções: distanásia, ortotanásia e cacotanásia

Definido o grau de abrangência do conteúdo do termo *eutanásia* para a presente monografia, convém proceder a sua diferenciação em relação aos conceitos de *distanásia*, de *ortotanásia* e de *cacotanásia*.

Enquanto a eutanásia pode ser compreendida como a antecipação da morte para afastar a dor e o sofrimento decorrentes de mal irreversível, em clara oposição está a ideia de *distanásia*, que compreende o emprego de recursos médicos com o objetivo de prolongar ao máximo possível a vida humana. A distanásia, assim sendo, deve ser entendida como o ato de prostrar o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica em tratamento inútil. Não se prolonga, destarte, a vida propriamente dita, mas o processo de morrer (CARVALHO, 2001, p. 25). Cumpre ressaltar que a distanásia só ocorre quando há o emprego imoderado de meios desproporcionais para o prolongamento das funções vitais do paciente terminal. Excluídas, portanto, as situações em que há utilização proporcional dos meios de manutenção da vida, podendo tal qualidade ser averiguada, em um caso concreto, utilizando-se como critérios o estado de saúde do paciente, os custos despendidos e os desgastes produzidos, em comparação com os resultados possíveis e esperados do tratamento.

Ortotanásia, diversamente, deve ser entendida como a morte a seu tempo, isto é, sem interferências artificiais, quer para abreviá-la (eutanásia), quer para prolongá-la (distanásia).

Diz respeito à abstenção, supressão ou limitação de tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional, que, a despeito do grande custo físico, emocional ou financeiro suportado pelo paciente, não evitará a proximidade de sua morte. Pretende-se, neste sentido, humanizar o processo de morrer, sem que se busque ou se provoque tal fim. Cumpre salientar que a ortotanásia não se confunde com eutanásia passiva, na medida em que nesta o fim da vida é ocasionado por omissão de prestação de cuidados paliativos úteis, ordinários e proporcionais para evitar a morte do sujeito passivo. Ademais, “enquanto na eutanásia por omissão o problema reside na licitude do abandono das técnicas cuja abstenção acelera sem dúvida a morte, na ortotanásia discute-se a obrigação de atuar, de continuar o tratamento, que supõe na maioria dos casos uma série de inconvenientes e prejuízos maiores que o próprio prolongamento hipotético de uma vida precária e em condições lamentáveis” (CARVALHO, 2001, pp. 28 e 29).

Cacotanásia, por sua vez, é expressão que ainda não tem uso corrente, mas que foi proposta pelo italiano GIOVANNI BERLINGUER¹¹ e significa “provocar a morte de pessoas ou deixar que elas morram por falta de atendimento das necessidades essenciais à vida, como alimentos e condições sanitárias e ambientais” (DALLARI, 2009), diferenciando-se, também, da significação de eutanásia ora utilizada.

1.2. Escorço histórico: evolução da prática e de seu tratamento jurídico

O vocábulo *eutanásia* teve origem no século XVII, por obra de FRANCIS BACON¹² (expressamente em *Historia Vitae e Mortis*, mas com o conceito já manifesto anteriormente em *Novum Organum*) (GUIMARÃES, 2011, p. 30), para denominar o estudo das enfermidades incuráveis. Para o filósofo, o final da vida deveria ser aceito com serenidade pela razão. A despeito de o termo ter sido cunhado apenas no ano de 1616, e não obstante os diversos significados que a partir de então passou a ostentar, a prática da eutanásia, entendida aqui em sentido lato, remonta aos primórdios da civilização.

¹¹ Médico sanitário, cirurgião e professor de medicina social na Università di Sassari e de higiene do trabalho na Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, BERLINGUER, além de ex-deputado e ex-senador no Parlamento Italiano (entre 1972 e 1983, e de 1983 a 1992, respectivamente), é atualmente congressista no Parlamento Europeu e participa da Comissão sobre Determinantes Sociais da Saúde na Organização Mundial da Saúde (OMS) (MARQUES, Agência Focruz de Notícias, 2007).

¹² Também conhecido por Bacon de Verulamio, FRANCIS BACON nasceu (22 de janeiro de 1561) e morreu (9 de abril de 1626) na cidade de Londres. É reconhecido por sua atuação como político, filósofo e ensaísta, e considerado o fundador da ciência moderna, por ter sido o autor do primeiro esboço racional de uma metodologia científica, dentre outras contribuições (SIMPSON, 2005).

O ser humano primitivo, que tinha contra si as forças da natureza (das intempéries aos animais selvagens) e necessitava lutar diariamente pela vida, era guiado por uma moral utilitarista¹³, e se impunha, desta maneira, a obrigação de antecipar a morte dos indivíduos que, por motivo de idade ou de saúde, eram considerados inúteis, livrando-lhes da agonia e do sofrimento (JÍMENEZ DE ASÚA, 1929, *apud* GUIMARÃES, 2011, p. 30). Deste modo, entre os povos pretéritos, como os celtas, o desígnio eutanásico terapêutico era também informado e influenciado por propósitos eugênicos e econômicos, se diferenciando, portanto, da eutanásia como a compreendemos hoje.

Da “boa morte” com fins libertadores, isto é, para aliviar a dor ou sofrimento de outrem, tem-se notícias na Índia antiga, onde os gravemente doentes eram conduzidos por seus parentes até a margem do rio Ganges, e lá eram por eles asfixiados quase que completamente, enchendo-lhes as narinas e a boca de barro, e depois os deixando no leito do rio sagrado. Com relação à civilização egípcia arcaica, há relatos da fundação, por CLEÓPATRA e MARCO ANTÔNIO¹⁴, de uma academia cujo objetivo era fazer experiências sobre os meios menos dolorosos de morrer (CARVALHO, 2001, p. 33).

Ainda na Antiguidade, a morte do REI SAUL¹⁵, descrita nas páginas bíblicas (Segundo Livro dos Reis, Capítulo 1, versículos 1 a 16; BÍBLIA SAGRADA, 2003, pp. 336 e 337) é citada como o primeiro relato noticiado de eutanásia, segundo o qual o monarca, após cravar uma espada em si próprio para não cair prisioneiro de inimigos de guerra, e não ter êxito na tentativa ceifar a própria vida, pediu para um amalecita acabar com seu sofrimento, no que foi atendido.

Na Grécia antiga, a despeito da usualidade da prática com fins eugênicos – com contundentes evidências de ocorrência em Esparta e na ilha de Cea, além de reiteradas

¹³ Utilitarismo: doutrina moral e política sistematizada por JEREMY BENTHAM e JOHN STUART MILL, para quem as ações são certas na medida em que elas tendem a promover a felicidade (ou bem-estar), sendo que por felicidade compreende-se tanto a presença de prazer, quanto a ausência de dor, e por infelicidade, a existência de dor e a privação de prazer (LALANDE, 1993, pp. 1182 e 1183).

¹⁴ MARCO ANTÔNIO (em latim: *Marcus Antonius*; Roma, 83 a.C.– Alexandria, 30 a.C.), célebre militar e político romano da fase final da República, iniciou no ano de 41 a. C. – época em que disputava com OTÁVIO, filho adotado de CÉSAR, a sucessão no comando de Romano -, uma aliança política e amorosa com CLEÓPATRA (*Cleopátra Philopátor*; Alexandria, 69 a.C. — 30 a.C.), última rainha da dinastia de PTOLOMEU, general que governou o Egito após a conquista do país pelo rei ALEXANDRE III da Macedônia, união esta que gerou três filhos. MARCO ANTÔNIO e CLEÓPATRA suicidaram-se no ano de 30 a. C., após a perda da batalha do Áccio, no contexto da guerra contra as forças de OTÁVIO, que culminou com a tomada do Egito e sua transformação em província romana.

¹⁵ SAUL (do hebraico: “pedido a Deus”) é o nome do primeiro rei do antigo reino de Israel, filho de QUIS, da tribo de BENJAMIN. Teria vivido por volta de 1095 a.C. e reinado por quarenta anos, conforme a tradição judaico-cristã.

referências n'A *República*, de PLATÃO¹⁶ (Livros III e V; PLATÃO, 1949) –, a eutanásia libertadora era hábito somente entre os estóicos¹⁷, que entendiam como motivo para “o sábio separar-se da própria vida” situações em que “estivesse tomado por dores demasiado cruéis” ou “em casos de mutilações ou de enfermidades incuráveis” (CARVALHO, 2001, pp. 35 e 36).

Diferentemente, em Roma o viés da antecipação da morte era, sobretudo, selecionador, sendo notável a previsão legal (direito expressamente estabelecido pela Lei das XII Tábuas; Tábua IV, “1”) que concedia ao ascendente o poder de vida e morte sobre o descendente nascido doente ou disforme¹⁸. Aproximava-se do conceito de eutanásia libertadora, de outro lado, o chamado *pollice verso* dos césares, um decreto de morte em favor de lutadores gravemente feridos e que sucumbiam em agonia nos combates do circo romano.

Antecipar o prazo de vida de combatentes moribundos é costume, aliás, que se estendeu até a Idade Média, época a partir da qual, em razão da grande influência da doutrina cristã, tal prática passou a ser considerada repugnante, vez que se entendia que a dor vinha de Deus e deveria, nesta medida, ser aceita como expressão de Sua vontade. O mandamento do “não matarás” (Êxodo, Capítulo 20, versículo 13; BÍBLIA SAGRADA, 2003, p. 121) era - e ainda é até os dias de hoje para a Igreja Católica Apostólica Romana - considerado a mais importante das lições de Deus, a qual não comporta exceções, mesmo que por motivos de compaixão e de caridade. Considera tal religião que a morte e as agruras são positivas, na medida em que aos que suportam tal provação divina são reservadas vida nova e saúde espiritual no reino dos céus.

Ainda no período medieval, SÃO TOMÁS DE AQUINO¹⁹ opõe-se à eutanásia por considerar que representa um tríplice atentado: “contra o amor devido a si mesmo, constituindo uma absoluta falta de caridade para consigo; contra a sociedade, enquanto símbolo do desprezo pela comunidade, e contra o direito exclusivo de Deus sobre a vida humana, consistindo uma usurpação do poder divino” (1937).

¹⁶ Um dos mais conhecidos e estudados filósofos da história, PLATÃO (427-347 a.C.) foi aluno de SÓCRATES e professor de ARISTÓTELES, e escreveu em meados do quarto século antes de Cristo, na Grécia antiga. Seu pensamento é em grande medida influenciado por seu mestre, bem como por HERÁCLITO, por PARMÊNIDES e pelos pitagóricos. Juntamente com seu mentor e com seu pupilo, ajudou a construir os alicerces da filosofia natural, da ciência e da filosofia ocidental. Tratou em sua obra de diferentes temas, tais como a ética, a política, a metafísica e a teoria do conhecimento (BRICKHOUSE; SMITH, 2009).

¹⁷ Estoicismo é a escola filosófica de ZENÃO DE CITIUM, CLEANTO, CRISIPO, SÊNECA, EPICTETO e MARCO AURÉLIO, que ensinava que o caráter moral do sábio é erigido no sentido de indiferença à dor e firmeza de alma em oposição aos males da vida (LALANDE, 1993, p. 345).

¹⁸ “A notably deformed child shall be killed immediately” (JOHNSON; COLEMAN-NORTON; BOURNE, 1961).

¹⁹ SÃO TOMÁS DE AQUINO (1225 – 1274), padre católico da ordem Dominicana, foi um dos mais importantes filósofos e teólogos da Idade Média. Muito influenciado pela escolástica e por ARISTÓTELES, é lembrado até os dias de hoje por sua síntese das mencionadas tradições. Sua principal obra, *Summa Theologica*, trata de Deus, da Ética católica e de Cristo (THOMAS AQUINAS, 2009).

No Estado ideal de THOMAS MORUS²⁰, descrito em 1516 em sua *Utopia* (1981, p. 117 e 118), diferentemente da sociedade imaginada por PLATÃO em *A República*, seria oferecido aos moribundos toda sorte de cuidados e transmitida intensa solidariedade, ainda que desta resultasse, em casos extremos, a antecipação da morte, constituindo tal forma de libertação de chaga ou de enfermidade um direito do indivíduo²¹.

No que atine à discussão acerca do direito de um indivíduo de dispor da própria vida, esteve mais atrelada à evolução histórica do tratamento dispensado ao suicídio, isto é, à privação da vida pelo próprio indivíduo. Neste sentido, a prática do suicídio foi defendida, ao longo dos séculos, por culturas - qual a estóica - ou personalidades - desde MARCO AURÉLIO²² até SCHOPENHAUER²³ -, que entendiam o assassínio de si mesmo como manifestação do único direito incontestável do homem, qual seja, o de dispor da própria vida (CARVALHO, 2001, p. 41).

De outro lado, em sociedades culturalmente guiadas pelo ponto de vista utilitarista, como a grega (preponderantemente) e a romana, o suicídio era fato punível, porquanto interpretado como violação de um dever para com o Estado, recaindo sobre o cadáver o castigo de infâmia ou mutilação. Neste sentido, compartilhavam de tal entendimento pensadores de extrema relevância, notadamente na época, como PLATÃO e ARISTÓTELES²⁴.

²⁰ THOMAS MORUS (1478-1535) foi homem de estado, diplomata, escritor, advogado e homem de leis inglês, tendo ocupado vários cargos públicos, em especial, de 1529 a 1532, o cargo de “Lord Chancellor” de Henrique VIII da Inglaterra. É geralmente considerado como um dos grandes humanistas do Renascimento, sendo nome marcante, também, da teoria política da época, ao lado de MACHIAVELLI (MORUS, 1981, pp. 21 a 34).

²¹ "Os infelizes afetados de males incuráveis recebem todos os consolos, todas as atenções, todos os alívios morais e físicos, capazes de lhes tornar a vida mais suportável. Mas quando a esses males incuráveis se juntam sofrimentos atrozes, que ninguém pode suprimir ou suavizar, padres e magistrados se apresentam ao paciente e lhe levam a exortação suprema. Mostram-lhe que ele está deprimido dos bens e das funções da vida; que não faz senão sobreviver à própria morte, tornando-se assim um peso para si e os outros. Persuadem-no, então, a alimentar mais o mal que o devora, e a morrer com resolução, uma vez que a existência não é para ele senão uma horrenda tortura. (...) Os que se deixam persuadir põem fim a seus dias pela abstinência voluntária ou são adormecidos por meio de um narcótico mortal, e morrem sem se aperceber" (MORUS, 1981, p. 117 e 118).

²² MARCO AURÉLIO (*Marcus Aurelius*, 121-180 d.C.) foi imperador romano do ano de 161 até sua morte. Sua produção filosófica pode ser encontrada em uma coleção de escritos pessoais conhecida por *Meditações*, que reflete a influência do estoicismo e, em particular, do filósofo EPICETETO, o estóico (SELLARS, 2005).

²³ ARTHUR SCHOPENHAUER (Danzig, 1788 — Frankfurt, 1860) foi um filósofo alemão do século XIX. Ficou conhecido principalmente como filósofo do pessimismo, por articular uma visão de mundo que desafia o valor da existência. Apesar de nunca ter atingido a fama de outros filósofos pós-Kantianos como FICHTE e HEGEL, seu pensamento influenciou o trabalho de diversos autores, como SIGMUND FREUD e, notadamente, FRIEDRICH NIETZSCHE. Também é reconhecido como o primeiro filósofo alemão a incorporar o pensamento oriental em seus escritos (Troxell, 2011).

²⁴ Discípulo de PLATÃO, ARISTÓTELES (384-322 a.C.) figura entre os maiores filósofos de todos os tempos. Seu trabalho moldou séculos de estudo filosófico, desde o final da Antiguidade até a Renascença, e até hoje continua sendo intensamente pesquisado. Prodigioso pesquisador e escritor, ARISTÓTELES legou extensa obra, cuja

Os teólogos cristãos – desde SANTO AGOSTINHO²⁵ e SÃO TOMÁS DE AQUINO –, por seu turno, não entendiam a hipótese de disposição da própria vida como um direito do indivíduo – muito menos do Estado –, na medida em que acreditavam (e ainda acreditam, atualmente) que a vida pertence a Deus, e não ao homem – ou a uma organização política.

Por este motivo, o tratamento jurídico-penal conferido ao suicídio pelo Direito Canônico foi por longo período equivalente ao dispensado ao homicídio, com sanções para o suicida, tais quais a privação dos sacramentos e de sepultura eclesiástica. Discutida nos Concílios de Arles (452), Orleans (533), Braga (563) e Toledo (693), a punição ao suicida transformou-se definitiva e expressamente em característica do Direito Canônico a partir do Código de 1917 (cânon 1240)²⁶, sendo mantida até o Código de 1983, a partir de quando deixou de ser vedado aos suicidas o sepultamento cristão.

O entendimento de que a vida de um indivíduo não pertence a si próprio, e a consequente oposição e punição, pela legislação secular, ao suicídio, perdurou por muitos séculos, influenciada notadamente pelo Direito Canônico nos períodos históricos em que era considerável a ascendência da Igreja Católica sobre determinadas sociedades. Como exemplo de severidade no tratamento jurídico do suicídio, o Direito consuetudinário da Baixa Idade Média (de penas patrimoniais a sanções corporais), as Ordenações de São Luís (1271), na França (perda do espólio pelos herdeiros em favor do soberano), as Ordenações de Luís XIV (1670), no mesmo país (condenação *ad perpetuam rei memoriam* com punições corporais e de confisco de bens) e a *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768; tratamento infamante do corpo do suicida). De modo diverso, a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), vigente nos países de cultura germânica, que tratava o suicídio de maneira mais tolerante, a depender de sua motivação, sendo preservado em certos casos o patrimônio do suicida em favor de seus herdeiros.

temática é igualmente ampla, tratando desde a lógica, a metafísica e a filosofia da mente, até a ética, teoria política, estética e retórica (SCHIELDS, 2012).

²⁵ SANTO AGOSTINHO (*Aurelius Augustinus*, 354-430 d.C.), foi um escritor, teólogo, filósofo e bispo da Igreja Católica. É reconhecido como uma das figuras mais importantes da filosofia medieval, tendo sido um dos grandes responsáveis pela inserção do pensamento grego na tradição cristã e, posteriormente, na tradição intelectual européia. Dedicou vários de seus escritos à vontade humana (um tópico central na ética) e é graças a sua influência que o cristianismo ocidental adotou a doutrina do pecado original (MENDELSON, 2010). Pregava que o mandamento do “não matarás” tem sentido tanto em relação a outro homem, quanto em relação a si próprio, porque o que mata a si não deixaria de matar outro homem (CARVALHO, 2001, pp. 41 e 42).

²⁶ "Can 1240: §1. Ecclesiastica sepultura privantur, nisi ante mortem aliqua dederint poenitentiae signa: 1º Notorii apostatae a christiana fide, aut sectae haereticae vel schismaticae aut sectae massonicae aliisque eiusdem generis societatibus notorie addicti; 2º Excommunicati vel interdicti post sententiam condemnatoriam vel declaratoriam; 3º Qui se ipsi occiderint deliberato consilio; 4º Mortui in duello aut ex vulnere inde relato; 5º Qui mandaverint suum corpus cremationi tradi; 6º Alii peccatores publici et manifesti. §2. Occurrente praedictis in casibus aliquo dubio, consulatur, si tempus sinat, Ordinarius; permanente dubio, cadaver sepulturae ecclesiasticae tradatur, ita tamen ut removeatur scandalum" (VATICANO, 1917).

As bases contra a punição ao suicídio vem a ser lançadas, de maneira firme, apenas em 1764 por CESARE BECCARIA²⁷, fundamentando-as nos conceitos utilitaristas e na ideia de individualização da pena - sem, contudo, atingir a questão da (in)disponibilidade da vida: “Suicídio é crime que parece não poder admitir pena, propriamente dita, pois ela só poderia incidir sobre inocentes, ou sobre o corpo frio e insensível. Se, neste último caso, a pena não há de impressionar os vivos mais do que o chicotear uma estátua, no primeiro caso, ela é injusta e tirânica, porque a liberdade política dos homens supõe necessariamente que as penas sejam estritamente pessoais” (BECCARIA, 2009, p. 116). Inspirou, através de seus estudos, o pensamento iluminista, que, exercendo grande influência sobre os julgadores da época, atentava para a inutilidade e a crueldade da punição ao suicídio.

IMMANUEL KANT²⁸, de seu turno, foi exceção à ideologia predominante de seu tempo, por considerar que a liberdade, expoente máximo da vida, não poderia ser empregada na destruição da própria existência. Coerente com o imperativo categórico que elabora (“age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”), o filósofo alemão não admite a disponibilidade da vida, por entendê-la mais como um dever para consigo mesmo e para com os outros do que como um direito, propriamente dito²⁹.

²⁷ CESARE BONESANA, Marquês de Beccaria, nasceu na cidade de Milão, no ano de 1738 e lá também morreu, em 1793. Tendo estudado Literatura, Filosofia e Matemática na França, seu pensamento foi notadamente influenciado pelas leituras de *Lettres Persanes*, de MONTESQUIEU e *De L’Esprit*, de HELVETIUS. Conheceu as agruras do cárcere, para onde foi enviado por injusta interferência paterna, e logo ao sair se insurgiu contra as injustiças dos processos penais em voga, mormente os diversos problemas relacionados com a prisão, as torturas e a desproporção entre delito e pena. Destas reflexões nasceu o livro *Dei Delitti e delle Pene*, em que, invocando a razão em oposição à tradição clássica, discorre contra os julgamentos secretos, o juramento imposto ao acusado, a tortura, o confisco, a pena infamante, a delação, a desigualdade diante da sanção e a atrocidade do suplício (BECCARIA, 2009, pp. 13 a 15).

²⁸ IMMANUEL KANT nasceu e morreu (1724-1804) em Königsberg, na atual Alemanha, tendo vivido quase que inteiramente em sua cidade natal. Fortemente imbuído das crenças morais e religiosas do pietismo, em razão da sólida educação cristã que recebeu tanto da família, quanto do *Collegium Fridericianum*, onde estudou, realizou numerosos trabalhos sobre ciência, física, matemática e, principalmente, filosofia, área à qual mais se dedicou. É reconhecido por ter operado, na epistemologia, uma síntese entre o racionalismo continental (em que impera a forma de raciocínio dedutivo) e a tradição empírica inglesa (que valoriza a indução). É famoso, igualmente, pela elaboração da noção de idealismo transcendental e por suas contribuições para a filosofia moral (PASCAL, 1996, pp. 13 a 19).

²⁹ “Uma pessoa que, por uma série de adversidades, chegou ao desespero e sente desapego à vida, mas está ainda bastante em posse da razão para indagar a si mesma se não será talvez contrário ao dever para consigo atentar contra a própria vida. Procuremos, agora, saber se a máxima da sua ação se poderia tornar em lei universal da natureza. A sua máxima, contudo, é a seguinte: por amor de mim mesmo admito um princípio, o de poder abreviar a minha vida, caso esta, prolongando-se, me ameace mais com desgraças do que me prometa alegrias. Trata-se agora de saber se tal princípio do amor de si mesmo pode ser tornar lei universal da natureza. Mas logo se vê que uma natureza cuja lei fosse destruir a vida em virtude do mesmo sentimento cuja determinação é suscitar a sua conservação se contradiria a si mesma, e portanto não existiria como natureza. Por conseguinte, aquela máxima de forma alguma poderia se dar como lei universal da natureza, e portanto é absolutamente contrária ao princípio supremo de todo dever” (KANT, 2005, p. 52).

Contemporaneamente, inicia-se um processo transnacional de descriminalização do suicídio, com reflexos na Prússia (em 1790), na França (com o Código Penal de 1791), na Áustria (com o *Strafgesetzbuch* de 1850), na Itália (com o Código Zanardelli de 1889) e na Inglaterra (com o *Suicide Act* de 1961). O suicídio, neste período, não deixa de ser considerado imoral e contrário à religião, porém pondera-se que o Direito Penal não é o instrumento mais adequado para impedi-lo.

Na esteira do processo de humanização das ciências penais, promovido pelos doutrinadores da Escola Clássica³⁰, FRANCESCO CARRARA³¹ também se manifesta contra a punição do suicídio, mas tão somente por motivo de conveniência política, uma vez que julgava o assassinio de si mesmo um ato reprovável, vedado pela lei natural, ante a indisponibilidade, em seu entendimento, da vida humana. Por seu turno, FEUERBACH³² considerava ser o suicídio contrário ao Direito em razão do desperdício, pelo que mata a si próprio, das *energias* que o Estado nele investiu.

No que se refere ao homicídio eutanásico, somente em 1884 são apresentados os primeiros argumentos jurídicos em defesa de sua descriminalização, no contexto da publicação da obra *L'omicidio-suicidio*, de ENRICO FERRI³³. Na concepção do autor, a

³⁰ Não houve uma Escola Clássica propriamente, entendida como um corpo de doutrina comum, relativamente ao direito de punir e aos problemas fundamentais apresentados pelo crime e pela sanção penal. A denominação Escola Clássica foi atribuída pelos positivistas, com conotação pejorativa, à doutrina que, influenciada pelos postulados do Iluminismo, buscava a humanização das Ciências Penais. Deste movimento filosófico, que de há algum tempo já se percebia, surgiram duas teorias (o *jusnaturalismo* de GRÓCIO e o *contratualismo* de RUSSEAU), que, não obstante a oposição quanto à origem (e fundamentação) do Direito (eterna razão ou acordo de vontades, respectivamente), coincidiam no essencial: a existência de um sistema de normas jurídicas anterior e superior ao Estado – contestando, desta maneira, a legitimidade da tirania estatal. São os maiores expoentes da Escola Clássica CESARE BECCARIA, FRANCESCO CARRARA e FEUERBACH. (BITENCOURT, 2010, pp. 81 a 86).

³¹ FRANCESCO CARRARA (1805–1888), foi um jurista italiano do século XIX, considerado o criador da dogmática penal. Reconhecido como um dos maiores penalistas de todos os tempos, se distinguiu pela lógica jurídica, pelo poder de dialética com que expôs e justificou seu programa e pela admirável capacidade de sistematização. Considerava que o crime era composto de uma força física e uma força moral, o que corresponderia, em termos atuais, ao elemento objetivo e ao elemento subjetivo. Tinha como fundamento básico o direito natural, de onde emanavam direitos e deveres, cujo equilíbrio caberia ao estado garantir, e enunciava os princípios básicos de sua escola como sendo os seguintes: (a) crime é um ente jurídico; (b) livre-arbítrio como fundamento da punibilidade; (c) pena como meio de tutela jurídica e retribuição da culpa moral; e (d) reserva legal (BITENCOURT, 2010, pp. 83 e 84).

³² Considera-se que com FEUERBACH (1775-1833) nasce a moderna ciência do Direito Penal na Alemanha. Jusfilósofo, filiou-se inicialmente a KANT, com seu imperativo categórico, libertando-se depois, entendendo que a pena não é uma medida retributiva, mas preventiva, elaborando a teoria da *coação psicológica*. O fundamento da ameaça, em sua opinião, é a necessidade de segurança jurídica, e a execução da pena nada mais é do que a concretização da ameaça, que a reafirma e lhe dá seriedade. Assumiu uma posição determinista, dispensando o livre-arbítrio para fundamentar o seu sistema. Ademais, é de sua autoria a fórmula latina consagrada até os dias de hoje: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (BITENCOURT, 2010, p. 84).

³³ ENRICO FERRI (1856-1929) consolidou o nascimento da Sociologia Criminal. Sustentou a teoria sobre a inexistência do livre-arbítrio, considerando que a pena não se impunha pela capacidade de autodeterminação da pessoa, mas pelo fato de ser um membro da sociedade. Adotou a concepção de defesa social, através da

indisponibilidade do bem jurídico vida é sustentável apenas do ponto de vista ético e religioso, mas de forma nenhuma sob o enfoque do Direito. Neste sentido, a presença do consentimento tanto no homicídio, quanto no auxílio ao suicídio, demonstra a existência de um verdadeiro direito de morrer, o que permite sua descriminalização: “se o Direito à vida é tangível e anulável em certos casos, quer por parte do Estado (pena de morte), quer por parte de um particular (legítima defesa, estado de necessidade), tal direito também pode ser abdicado ou renunciado por parte de seu titular” (HUNGRIA, 1981, *apud* CARVALHO, 2001, p. 35 e 36). Mais tarde, em razão das contribuições doutrinárias de FERRI, somadas às sucessivas elaborações jurídicas sobre o tema, o Código Rocco, de 1930, reconheceu uma figura autônoma relativa à morte de enfermos terminais, com pena consideravelmente minorada.

Paralelamente, com o lançamento da obra *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, em 1920, pelo penalista KARL BINDING³⁴ em parceria com o médico psiquiatra ALFRED HOCHÉ³⁵, ganha destaque na Europa a discussão acerca da eutanásia com fins eugênicos. A publicação, que defende a existência de um deliberado direito de matar indivíduos cuja vida é considerada sem valor (os doentes terminais, os deficientes mentais de qualquer espécie, os disformes, os inconscientes irreversíveis etc.), por terem perdido, na concepção dos autores, a condição de bem jurídico e a necessidade de proteção pelo ordenamento, não obstante tenha gerado imediata repulsa por parte da comunidade médica e jurídica da Alemanha, influenciou diversos profissionais da área da saúde no país, o que auxiliou na implementação do programa nazista de eutanásia selecionadora a partir de setembro de 1939. De positivo, ao menos, restaram os efeitos no campo judicial, onde se passou a aceitar, a partir de então, a atenuação da pena ou o perdão judicial para as pessoas que praticassem a eutanásia terapêutica, por sentimento de piedade e com o consentimento do interessado.

intimidação geral e entendia, ao contrário da orientação de seus colegas da Escola Positiva, que a maioria dos delinquentes era readaptável (BITENCOURT, 2010, p. 89).

³⁴ Principal expoente corrente histórico-positiva alemã, cujos estudos originaram a Escola Técnico-Jurídica – orientação caracterizada mais como corrente de renovação metodológica, do que propriamente uma escola, e cujo maior mérito foi apontar o verdadeiro objeto do Direito Penal, qual seja, o crime, como fenômeno jurídico -, KARL BINDING (1841-1920) é autor de vastíssima e extraordinária produção jurídica, pertencendo “àqueles escritores criminalistas que exigem do modo mais terminante a derivação dos conceitos penais dos preceitos do direito positivo, e que, em verdade, a realizam da forma mais consequente e resoluto. A doutrina alemã, a partir de BINDING, desenvolveu os estudos de dogmática jurídico-penal de forma insuperável, exercendo enorme influência na doutrina e na legislação de vários países” (FRAGOSO, 1985, p. 51).

³⁵ ALFRED HOCHÉ (1865-1943), médico psiquiatra, foi um dos mais notáveis arquitetos do movimento alemão pró-eutanásia (com fins selecionadores e econômicos), que acabou posteriormente adotado pelo nazismo. Ele próprio não era nazista, tendo se aposentado quando os nazistas ascenderam ao poder, em 1933, e voltado suas energias para a produção de literatura científica (WOLFENBERGER, 1993).

A discussão acerca da eutanásia reavivou-se, de maneira definitiva, a partir da segunda metade do século XX, em virtude da grande repercussão gerada pela imprensa e pelas mídias ao noticiar casos reais, antes, durante e depois dos procedimentos, suscitando intensa polêmica entre médicos, juristas, religiosos, políticos, além da própria sociedade, promovendo, em maior ou menor medida, a reforma da legislação de alguns países em favor de certas modalidades da morte eutanásica.

Com efeito, a despeito de os ordenamentos jurídicos da maioria dos países prever a atenuação de pena de homicídio em decorrência do consentimento do ofendido ou do motivo piedoso do agente, ou, ainda, de ambos (v. g. Itália, Alemanha, Áustria, Suíça, Colômbia, Portugal, Polônia, Noruega, Dinamarca, Peru, Espanha etc.), poucos são aqueles que preveem regras específicas para o homicídio eutanásico, seja permitindo-o de maneira direta, seja garantindo sua impunibilidade. Entre os escassos exemplos estão a Holanda, onde a eutanásia – ativa ou passiva – é considerada lícita, como recurso excepcional e se realizada por médicos (Decreto de 17 de dezembro de 1993), o Uruguai, que possibilita a concessão de perdão judicial ao autor de homicídio que atua impelido por motivos humanitários e mediante súplicas da vítima (artigo 37 do Código Penal), hipótese também prevista pelo Código Penal boliviano, que ainda faculta a substituição da pena, se houver, por trabalho pessoal (art. 39).

No Brasil, durante os períodos de colônia e Império (sécs. XVI, XVII e XVIII) o homicídio eutanásico recebeu o mesmo tratamento do tipo penal convencional, não havendo qualquer referência aos motivos que compelissem o agente, tampouco ao consentimento (ou requerimento) por parte da vítima. Noutra senda, é de notar-se que as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) não incriminavam as condutas de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

Diferentemente, o Código Criminal do Império (1831) passou a prever punição à prática de auxílio ao suicídio³⁶, passando também a estipular como circunstância atenuante “ter o delinqüente cometido o crime para evitar maior mal” (art. 18, § 2º), muito embora a subsunção do motivo altruístico a tal disposição não seja imediata, apesar de plausível.

O Código Penal de 1890, por sua vez, acrescentou à figura típica do auxílio, o induzimento ao suicídio³⁷, mantendo a mesma previsão genérica para atenuação da pena (art.

³⁶ Art. 196: “Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa: Penas – de prisão por dous a seis annos” (BRASIL, 1831).

³⁷ Art. 299: “Induzir, ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa: Pena – de prisão celllular por dous a quatro annos” (BRASIL, 1890).

42, § 6º)³⁸ inserida na Lei anterior. A Consolidação das Leis Penais de 1932 não trouxe alterações relativas à matéria.

Já o Código de 1940, atualmente em vigor, acrescentou a “instigação” às figuras do auxílio e do induzimento ao suicídio, estabelecendo punição para tais atos nos casos em que o ato se consuma, ou quando da tentativa de suicídio resultar lesão corporal de natureza grave, com duplicação da pena se o crime for praticado por motivo egoístico ou se a vítima for menor, ou, ainda, tiver por qualquer razão diminuída sua capacidade de resistência (art. 122)³⁹. Com relação ao tratamento da eutanásia, passou a ser mais favorável, na medida em que foi introduzida na Lei previsão de diminuição de pena para agente que cometer o crime de homicídio impelido por motivo de relevante valor social ou moral (art. 121, § 1º)⁴⁰, sendo, portanto, o primeiro Código a considerar a intenção nobre que impulsiona determinadas condutas criminosas, para atenuar a sanção. Cita a Exposição de Motivos de mencionado diploma legal, como exemplo de motivo de relevante valor moral, “a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima” (nº 39)⁴¹, hipótese que alberga claramente em seu conteúdo a eutanásia.

Percebe-se, a partir da análise da evolução histórica da legislação criminal pátria, o nítido progresso do tratamento penal das situações que envolvem o homicídio eutanásico. Não obstante tal desenvolvimento, verifica-se, examinando alguns dos diferentes projetos de Código Penal que não vingaram ao longo da história recente do país, que o avanço da abordagem legal do tema poderia ter sido maior.

Com efeito, o Projeto Sá Pereira (1928) incluía entre as circunstâncias atenuantes genéricas ter o agente cedido “à piedade, provocada por situação de irremediável de sofrimento em que estivesse a vítima, e às suas súplicas (sic)” (art. 130, inciso IV), bem ainda, com relação ao delito de homicídio, a seguinte disposição: “aquele que matou alguém nas

³⁸ Art. 42: “São circunstancias attenuantes: (...)§ 6º Ter o delinquente commettido o crime para evitar mal maior” (BRASIL, 1890).

³⁹ Art. 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único. A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência” (BRASIL, 1940).

⁴⁰ Art. 121: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 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 (...)” (BRASIL, 1940).

⁴¹ “39. Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado ‘por motivo de relevante valor social, ou moral’, ou ‘sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima’. Por ‘motivo de relevante valor social ou moral’, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc” (BRASIL, 1940).

condições precisas do art. 130, IV, descontar-se-á por metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o juiz convertê-la em detenção” (art. 189). Por prever como causas de atenuação da sanção tanto o motivo altruístico, quanto o pedido da vítima, referido projeto era muito mais preciso no tratamento penal do homicídio eutanásico do que aquele que efetivamente transformou-se em Lei (CARVALHO, 2001, pp. 57 e 58).

Na mesma direção, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal (1984)⁴², isentava de pena “o médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável atestada por outro médico” (art. 121, § 3º). Ao converter-se em Projeto, teve a redação do dispositivo alterada para: “não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”. Não obstante vanguardismo com que tratava a matéria, o trabalho jamais foi encaminhado ao Congresso Nacional (CARVALHO, 2001, p. 59).

Posteriormente, a Comissão de Juristas do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal (1998)⁴³, valendo-se em grande medida do que produziu a Comissão de 1984, tratou duplamente a questão da eutanásia, entendida em sentido amplo. Neste sentido, excluía a ilicitude de conduta compreendida como ortotanásia, ou seja, a de “deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão” (art. 121, § 4º), e concedia tratamento privilegiado à eutanásia propriamente dita (ativa e direta), vale dizer, quando o autor de homicídio “agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave” (art. 121, § 3º)⁴⁴.

Por fim, o a Comissão Revisora do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal⁴⁵, que enviou o resultado final dos trabalhos ao Congresso Nacional em 1999,

⁴² Trabalho final da Comissão de Juristas instituída pela Portaria nº 518/1983 do Ministério da Justiça.

⁴³ Constituída pela Portaria nº 1.265/1997 do Ministério da Justiça.

⁴⁴ Relatório: “(...) O Título I – Dos Crimes Contra a Pessoa – é de grande importância. A Comissão, sensível às circunstâncias, como recomendam os princípios do Direito Penal da Culpa, a fim de a individualização da pena considerar pormenores relevantes, sugere explicitar a eutanásia tornando-a causa de diminuição de pena, dado o agente agir por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave. De outro lado, exclui a ilicitude da conduta de quem, em circunstâncias especificadas, ‘deixa de manter a vida de alguém por meio artificial, quando a morte for iminente e inevitável’. Essa figura corresponde à ortotanásia” (BRASIL, 1998).

⁴⁵ Criada pela Portaria nº 232/1998 do Ministério da Justiça.

manteve o tratamento da matéria em dois dispositivos, mas foi ainda mais moderna, conferindo, em ambos, no caso de consentimento subsidiário entre os familiares, preferência ao cônjuge e ao companheiro em detrimento dos ascendentes, dos descendentes e dos irmãos do paciente, bem ainda estabelecendo, na hipótese de eutanásia ativa direta (art. 121, § 3º) penas ainda mais brandas que o anterior (“Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticada. Pena – reclusão de dois a cinco anos”) (CARVALHO, 2001, p. 60).

Atualmente, dois projetos em trâmite no Congresso Nacional (PLS 116/00 e PLS 524/09) tratam da descriminalização da ortotanásia. O primeiro, já aprovado pelo Senado e remetido à Câmara dos Deputados, acrescenta o artigo 136-A ao Código Penal, isentando de punição a conduta de “deixar de usar meios desproporcionais e extraordinários em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão” (BRASIL, 2000). O último, mais abrangente no tratamento dos direitos do paciente em fase terminal, permite, caso haja manifestação favorável de sua parte, ou, na impossibilidade de sua manifestação, da sua família, ou de representante legal, a limitação ou a suspensão, pelo médico, “de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida” (BRASIL, 2009).

Além dos mencionados projetos de lei que tramitam no parlamento federal, destaca-se o Anteprojeto de Novo Código Penal de 2012, resultado do trabalho da Comissão de Juristas instituída pelo Requerimento nº 756/2011 do Senado Federal (aditado pelo RQS nº 1.034/2011), principalmente pela criação de um tipo penal específico para a eutanásia (art. 122)⁴⁶ – em detrimento, portanto, da atual compreensão como modalidade privilegiada do delito de homicídio -, com previsão de pena de dois a quatro anos de prisão, e possibilidade do juiz, “avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima”, deixar de aplicar a sanção (§ 1º). Ademais,

⁴⁶ **Eutanásia.** Art. 122: “Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos. § 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima”. **Exclusão de ilicitude.** “§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão” (BRASIL, 2012).

estabelece, no parágrafo segundo, a exclusão da ilicitude da ortotanásia, “desde que esta circunstância (doença grave irreversível) esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão” (BRASIL, 2012). Convém mencionar, ainda, que tanto o parágrafo primeiro, quanto o segundo do art. 122 são também aplicáveis, nos termos do Anteprojeto, ao crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 123)⁴⁷.

Com a mesma orientação de tais propostas normativas, no que toca a ortotanásia, já cuida da questão o novo regulamento deontológico da medicina. O Código de Ética Médica vigente, publicado em 2010, permite aos médicos a não adoção de ações terapêuticas inúteis a pacientes terminais sem possibilidade de cura⁴⁸, faculdade esta que já era prevista anteriormente, pela Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina⁴⁹, mas que teve seus efeitos suspensos por decisão judicial (em sede de tutela antecipada) não muito tempo após a aprovação⁵⁰. A eutanásia em senso estrito, todavia, não é disciplinada pela entidade.

De notar-se, em conclusão, que a despeito do nítido progresso da discussão acadêmica sobre a eutanásia, aquela não foi acompanhada por seu tratamento legislativo. Ante a ausência atual de previsões legais expressas sobre a matéria, que resolvam, ou ao menos norteiem a

⁴⁷ **Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio.** Art. 123: “Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao suicídio: Pena – prisão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma, e de um a quatro anos, se da tentativa resulta lesão corporal grave, em qualquer grau. § 1º Não se pune a tentativa sem que da ação resulte ao menos lesão corporal grave. § 2º Aplicam-se ao auxílio a suicídio o disposto nos §§1º e 2º do artigo anterior”. **Aumento de pena.** “§ 3º A pena é aumentada de um terço até a metade se o crime é cometido por motivo egoístico”. (BRASIL, 2012).

⁴⁸ Capítulo I. Princípios Fundamentais. (...) XXII – “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

⁴⁹ Art. 1º: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. § 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário. § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica”. Art. 2º: “O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

⁵⁰ Considerou o Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em decisão liminar nos autos da Ação Civil Pública, processo nº 2007.34.00.014809-3, que “o aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal é bastante para reconhecer a relevância do argumento do Ministério Público Federal. (...) a mera aparência desse conflito já é bastante para impor a suspensão da Resolução CFM nº 1.805/2006, mormente quando se considera que sua vigência, iniciada com a publicação no DOU do dia 28 de novembro de 2006, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a prática da ortotanásia, ou seja, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a morte ou o fim da vida de pessoas doentes, fim da vida essa que é irreversível e não pode destarte aguardar a solução final do processo para ser tutelada judicialmente” (DISTRITO FEDERAL, 2007). Contudo, na sentença, prolatada em dezembro de 2010 (portanto após o início da vigência do novo Código de Ética Médica), lavrou que “a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto”, pelo que revogou a antecipação de tutela anteriormente concedida e julgou improcedente o pedido do Ministério Público Federal, autor da ação (DISTRITO FEDERAL, 2010).

resolução jurídica da questão, resta estudá-la sob o enfoque da dogmática penal, para que seja possível, no âmbito do julgamento de uma situação concreta, atingir-se a decisão mais adequada, isto é, mais acertada tecnicamente, mas também mais próxima dos anseios de Justiça.

1.3. Implicações bioéticas e de ética médica

O termo “bioética” (do grego *bio*: vida; e *éthiké*: ética) significa, etimologicamente, ética⁵¹ da vida. Trata-se de área nova do conhecimento, surgida a partir de meados do século XX, como resultado do estudo das implicações éticas nascidas com os avanços tecnológicos nos campos das ciências biológicas e da saúde, capazes de influenciar na duração e na qualidade de vida do homem, quer através de transplantes de órgãos, de manipulação genética ou de prolongamento artificial do prazo vital. Pode ser conceituada como “o estudo interdisciplinar dos problemas criados pelo progresso biomédico, sua repercussão na sociedade e seu sistema de valores” (CARVALHO, 2001, p. 72).

O nascimento da Bioética é situado pela maioria dos doutrinadores no período seguinte ao julgamento de Nuremberg, em 1946, ocasião em que foram reveladas as barbáries cometidas por médicos nazistas durante o regime, e que despertou a comunidade científica para o perigo do uso da ciência para fins inadequados. Como frutos da reflexão gerada a partir de tal evento, tem-se a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que objetivava, no plano da Organização das Nações Unidas, a formulação dos direitos do ser humano no plano internacional, assim como, em 1947, a elaboração do Código de Nuremberg, estabelecendo princípios básicos da prática da medicina em geral e da pesquisa científica com humanos, com enfoque na preservação da dignidade do homem e da vida humana.

O vocábulo “bioética”, todavia, foi cunhado apenas em 1971, com a publicação da obra “*Bioethics: a bridge to the future*”, em que o médico oncologista e biólogo estadunidense VAN RENSSLAER POTTER⁵² propõe à nova área do conhecimento o estudo do

⁵¹ Aqui entendida como “a ciência que toma por objeto imediato os juízos de apreciação sobre os atos qualificados como bons ou maus” (LALANDE, 1993, pp. 348 e 349).

⁵² POTTER é até os dias de hoje aclamado como uma importante referência histórica e de pensamento, tanto por suas publicações recentes, que apontam para uma nova guinada teórica na disciplina, quanto pela lucidez dos postulados fundamentais de sua obra. Para POTTER, a bioética deve ser uma disciplina capaz de acompanhar o desenvolvimento científico, com uma vigilância ética isenta de interesses morais. Em sua opinião, a difusão de um olhar ético deste matiz somente seria possível com a democratização contínua do conhecimento científico (DINIZ; GUILHEM, 2005, pp. 13 e 14).

equilíbrio entre tecnociência biomédica e a preservação do homem. Contudo, apesar de inovadora, a publicação deixa de definir problemas éticos específicos e delinear princípios (ou estabelecer meios de resolução dos problemas bioéticos concretos), relegando ao termo significado muito aberto e conteúdo ainda impreciso.

A consolidação acadêmica da Bioética iniciou-se apenas com a publicação do Relatório Belmont, em 1979, que sintetizou o conteúdo de quatro anos de trabalho da “Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Bioética e Comportamental”, comitê instituído pelo Governo e pelo Congresso estadunidenses em resposta a uma série de acusações e escândalos envolvendo a pesquisa científica com seres humanos, e cujo objetivo central era a elaboração de princípios éticos, supostamente universais, que promovessem as bases conceituais para a interpretação e resolução de dilemas morais envolvendo a pesquisa científica.

Neste sentido, em meio a um universo de possibilidades, foram eleitos três princípios pela comissão, quais sejam: *respeito pelas pessoas* (respeito à autonomia individual, de um lado, e proteção àqueles com autonomia diminuída, de outro), *beneficência* (em dois vieses: não causar danos às pessoas e maximizar os benefícios previstos) e *justiça* (enquanto reconhecimento de necessidades diferentes para a defesa de interesses iguais). A justificativa apresentada pelo grupo era de que todos pertenciam à história do pensamento moral do ocidente, havendo uma relação de dependência mútua entre eles, fato que garantiria sua harmonia quando aplicados (DINIZ; GUILHEM, 2005, p. 32).

No ambiente de incertezas éticas que dominava o meio científico no período, a divulgação do documento significou verdadeiro paradigma para os estudos de ética aplicada, possibilitando a formalização definitiva da bioética como novo campo do conhecimento. Contudo, somente com a publicação do livro “Princípios da Ética Biomédica”, em 1979, pelo filósofo TOM BEAUCHAMP⁵³ e pelo teólogo JAMES CHILDRESS⁵⁴ – cuja proposta era a de oferecer uma análise sistemática dos princípios morais para aplicação no campo da biomedicina – é que a bioética consolidou sua força teórica, diante da ideia de que os dilemas morais poderiam ser mediados através de certas ferramentas, os denominados princípios éticos.

Partindo do trabalho realizado pelo Relatório Belmont, a obra, aproveitando determinadas conclusões e revendo outras, estabeleceu quatro princípios éticos como base do

⁵³ Professor de Filosofia e pesquisador na Universidade de Georgetown (EUA).

⁵⁴ Professor de Estudos Religiosos e de Educação Médica na Universidade de Virginia (EUA), onde também exerce a função de co-diretor do Centro de Políticas de Saúde.

que ficou conhecido como *teoria principialista*: (a) *autonomia*, enquanto respeito à autodeterminação do indivíduo (desde que não resulte em danos ou sofrimentos a outras pessoas); (b) *beneficência*, compreendida no sentido estrito, positivo, de maximizar os benefícios possíveis ao paciente; (c) *não maleficência*, isto é, a noção de, acima de tudo, não causar danos; e (d) *justiça*, como forma de resolução da conflituosa contraposição entre os interesses particulares e os da sociedade.

O princípio da *beneficência*⁵⁵ (do latim *bonum facere*: fazer o bem) tem raízes nos paradigmas estabelecidos por Hipócrates quando do nascimento da medicina. Nesse sentido, baseia-se na regra da confiabilidade entre o paciente e o profissional de saúde, e enuncia a obrigatoriedade deste de promover primeiramente o bem daquele, maximizando os benefícios possíveis. Sua aplicação em situações eutanásicas se dá, de forma prevalente, em circunstâncias nas quais o paciente ainda é curável, justificando-se, nesta conjuntura, a aplicação de medidas que visam a salvar a vida do paciente (v. g. diálise, amputações, ventilação mecânica, transplantes etc.), ainda que acarretem algum grau de sofrimento àquele que padece, em consonância, inclusive, com o dever imposto pelo art. 32 do Código de Ética Médica⁵⁶ (CFM, 2010).

Com grande proximidade semântica está a ideia da *não maleficência*, isto é, o dever imposto ao médico de abster-se de prejudicar o doente, seja não lhe causando mal de qualquer espécie, seja minimizando os danos de caráter inexorável. Em casos de eutanásia, sua face evidencia-se em circunstâncias em que a morte é inevitável, e a atuação dos profissionais de saúde deve visar ao conforto do paciente e ao alívio de seu sofrimento (cf. parágrafo único do art. 41 do CEM⁵⁷; CFM, 2010).

Por sua vez, o princípio da *autonomia*⁵⁸ (do grego *autos*: eu; e *nomos*: lei) teve origem apenas na década de 1970 – embora ainda não sistematizado –, quando até então era privilegiado o papel do médico em detrimento do paciente. Consiste na capacidade do indivíduo de autogovernar-se, de poder avaliar e tomar decisões sem restrições interiores ou

⁵⁵ Em acepção ampla: “ação de fazer bem aos outros; (...) os deveres ou as ações morais que vão além da justiça, e que se chamam mais comumente de caridade” (LALANDE, 1993, p. 127).

⁵⁶ “É vedado ao médico: (...) Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente” (CFM, 2010).

⁵⁷ “É vedado ao médico: (...) Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal” (CFM, 2010).

⁵⁸ Em termos gerais: “liberdade moral, enquanto estado de fato, oposto, por um lado, à escravidão dos impulsos, por outro, à obediência sem crítica às regras de conduta sugeridas por uma autoridade exterior” (LALANDE, 1993, p. 115).

exteriores, o que implica diretamente no respeito do médico à vontade do paciente, ou de seus representantes, bem como a seus valores morais e crenças, sendo reconhecido, ainda, o domínio do paciente sobre sua própria vida e o respeito a sua intimidade. Ademais, confere ao paciente o direito à integridade corporal e psíquica, isto é, a garantia de poder ver-se livre de dores e de perturbações psíquicas, além de contar com o normal funcionamento dos órgãos e membros do seu corpo. Na conjuntura de eventual eutanásia, o exercício do princípio da autonomia permite que o próprio paciente (ou, se impossibilitado, seu representante legal) participe da escolha do tratamento que será prestado, não sendo recomendável, no entanto, que a decisão seja tomada unilateralmente, devido à alta carga emocional envolvida. Todavia, tal princípio é mitigado em situações de iminente risco de morte, com relação às quais o art. 31 do Código de Ética Médica⁵⁹ (CFM, 2010) impõe ao médico a decisão sobre o tratamento do paciente, ainda que contrariamente à vontade do enfermo ou de seu representante.

De seu turno, o denominado princípio da *justiça*⁶⁰, não obstante a abrangência conceitual do termo se compreendido isoladamente, no que tange à Bioética prescreve a garantia da distribuição universal e igualitária dos benefícios dos serviços de saúde, sem discriminações de qualquer natureza.

Paralelamente a estes quatro princípios basilares da Bioética, há também outros dois, de construção doutrinária mais recente, vale dizer: o princípio da *qualidade de vida* e o princípio da *sacralidade da vida humana*.

Em relação ao princípio da *qualidade de vida*, compreende a ideia de que a vida não tem valor absoluto, isto é, em si própria, sendo este determinado pela capacidade do ser humano de realizar certos objetivos ou vivenciar determinadas situações (capacidade do indivíduo de auto-experiência, comunicação com os semelhantes etc.). Convém ressaltar que tal preceito não trata qualidade de vida como sinônimo de vida plena - fisiológica, psicológica ou emocionalmente -, mas simplesmente estabelece que, na ausência de determinadas habilidades e competências de necessidade vital, básica, primária, cessa a obrigação manter a vida, notadamente por meio de tratamento penoso. Outrossim, não significa que o grau de desempenho de determinadas funções físicas e biológicas determina o nível de respeito devido à pessoa humana, mas sim que não se pode negligenciar tais fatores na tomada de

⁵⁹ “É vedado ao médico: Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (CFM, 2010).

⁶⁰ Aqui mais no sentido de equidade – “sentimento seguro e espontâneo do justo e do injusto, sobretudo enquanto se manifesta na apreciação de um caso concreto e particular” (LALANDE, 1993, p. 314) -, do que de legalidade.

decisão acerca do prolongamento de uma situação que pode se revelar extremamente dolorosa ao paciente. O aspecto fulcral do princípio da qualidade de vida é o bem-estar do sujeito passivo, fator altamente considerado nos eventos de eutanásia.

No que atine ao princípio da *sacralidade da vida humana*, tem origem na tradição judaico-cristã, e fixa que “perante o valor da vida humana, considerada como sagrada e inviolável, é moralmente inaceitável a recusa ou a descontinuação de cuidados médicos, lastreada exclusivamente na incapacidade de a pessoa utilizar plenamente seu potencial humano” (CARVALHO, 2001, p. 80). Cumpre salientar que tal preceito, apesar de aparentemente oposto, não é incompatível, mas complementar ao princípio da qualidade de vida, na medida em que busca traçar os limites de sua aplicação. Nesta direção, é equivocada a interpretação de que, de acordo com a *sacralidade da vida humana*, nenhum tratamento poderá ser interrompido e o mero prolongamento da vida física é exigido, sem que se questione seus objetivos e finalidades. O que se defende, de fato, é que a vida humana, não estando determinada meramente por interesses subjetivos ou utilitários, não pode ser tirada sem uma justificação adequada e que é inadequada aquela que se funda exclusivamente impossibilidade de um enfermo (voltar a) viver plenamente. No que tange à eutanásia (lato senso), tem implicações diretas no sentido de reafirmar a rejeição ética aos procedimentos realizados com finalidades eugênicas.

De conhecimento dos postulados da Bioética e dos princípios que norteiam seu estudo, no que diz respeito às situações que envolvam a eutanásia pode-se atingir algumas conclusões. Isto porque, não obstante as diversas (e muitas vezes pertinentes) críticas a teoria principialista, as mais consistentes⁶¹ delas apenas têm sentido em situações concretas em que se evidencie um conflito entre os princípios, o que, como demonstraremos, entendemos não ocorrer nos casos de eutanásia, na acepção (estrita) que delimitamos acima. Ademais, o movimento de crítica ao principialismo, apesar de largamente difundido, não foi suficiente para fazer nascer propostas teóricas alternativas com mínima aceitação da comunidade científica, de maneira que a teoria de BEAUCHAMP e CHILDRESS, muito embora não mais hegemônica (e limitada, em certos aspectos), ainda encerra os melhores parâmetros de análise e julgamento das questões bioéticas.

⁶¹ Com destaque para a consideração crítica de que os princípios erigidos por BEAUCHAMP e CHILDRESS não cumprem seu papel intrínseco de guiar, de maneira eficiente, a ação do agente moral no processo de tomada de decisões, por não haver definição teórica de critérios de conexão e de hierarquia entre tais princípios, o que cria uma espécie de disputa, cuja solução dependeria de julgamentos individuais e subjetivos sobre a importância de cada um deles (DINIZ; GUILHEM, pp. 55 a 63).

Posto isso, apresentam-se as considerações parciais. A primeira, que a distanásia deve ser desprezada, refutada, com vistas a evitar lesão ao princípio da não maleficência e infração às normas deontológicas da medicina. Nesta esteira, tão logo se ateste que a iminência da morte do paciente é inevitável, todos os esforços devem ser no sentido de diminuir seu sofrimento.

A segunda, que a promoção do óbito, isto é, que a antecipação artificial da morte proposta pela eutanásia, a nosso ver, não encontra óbices no estágio atual de evolução da Bioética, na medida em que não infringe o arcabouço de preceitos de referida área do conhecimento. Considerando que o princípio da beneficência prima pela promoção do bem do paciente; que o princípio da não maleficência implica a supressão ou, subsidiariamente, a minimização de danos; que o princípio da autonomia pressupõe o respeito do profissional de saúde à vontade do enfermo e de sua família (desde que não seja caso de iminente risco de morte, que, em nossa interpretação, só vale se tal perigo revelar-se de maneira repentina ou inesperada, não possibilitando aos interessados reflexão serena sobre a situação); que o princípio da justiça garante ao acesso do doente a qualquer serviço de saúde disponível, a seu critério, constituindo direito, e não dever; que o princípio da qualidade de vida compreende que o bem-estar do indivíduo deve ser fator considerado na tomada de decisões médicas; e que o princípio da sacralidade da vida humana preceitua que a manutenção da vida não é dever absoluto, a despeito de seu valor intrínscio; e tendo em conta que mencionados preceitos estão albergados, direta ou indiretamente, pelo Código de Ética Médica (CFM, 2010), concluo não ser a prática da eutanásia ilegítima, ao menos *a priori*, desde um ponto de vista da bioética e da ética médica.

1.4. Implicações penais

A despeito das reflexões de cunho ético-profissional e bioético, que, como demonstrado, apontam para a adequação da prática da eutanásia aos postulados de tais disciplinas, fato é que, do ponto de vista legal, tal conduta se subsume ao tipo incriminador do artigo 121 do atual Código Penal⁶².

Não obstante tal diploma normativo não preveja a eutanásia como modalidade típica, nota-se que referida prática não foi ignorada pelo legislador originário, vez que expressamente

⁶² Art 121: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos” (BRASIL, 1940).

mencionada na exposição de motivos de citado Código, como exemplo de homicídio atenuado por conta do relevante valor moral⁶³. Apesar do tratamento privilegiado conferido à eutanásia – que, em termos práticos, implica na redução, em um sexto a um terço, da pena cominada ao homicídio simples⁶⁴ -, mostra-se evidente a vontade do legislador em sua criminalização.

Neste sentido, convém ressaltar que a legislação penal, tal como está, não difere qualquer dos tipos de eutanásia (*lato sensu*), nem prevê tratamento específico para os casos de ortotanásia, atribuindo em mencionadas situações, indistintamente, igual desvalor ao ato de matar, vale dizer, tendo em conta a piedade que impulsiona as ações desta natureza (e que é inerente a ambas), mas desconsiderando suas especificidades.

Em termos de jurisprudência, como bem nota VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ⁶⁵ (2008, p. 366), pouco há para conferir uma hermenêutica mais atualizada a tais figuras jurídicas, bem como para divergir da interpretação concedida pela Exposição de Motivos elaborada na década de 1940. Todavia, uma análise sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, somada a um estudo mais aprofundado de tais questões desde a perspectiva da dogmática penal, permite atingir conclusões diversas daquelas que se extraem da letra fria do Código.

No que toca a ortotanásia, temos, em um primeiro momento, que a conduta do agente é considerada omissiva, porquanto o ato de desligamento ou retirada de equipamentos (ou de medicamentos), que mantém um enfermo com suas funções vitais preservadas, configura omissão de atividade terapêutica. O resultado morte que inevitavelmente sobrevirá, decorre neste caso de uma comissão por omissão que, à primeira vista, é juridicamente relevante.

Todavia, não se pode olvidar que referida omissão do profissional de saúde, naquela conjuntura, é irrelevante para o resultado, o que o exclui da posição de garante (“quem devia ou podia agir para impedir o resultado”)⁶⁶. É certo que em situações ordinárias o médico tem

⁶³ “39. Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado ‘por motivo de relevante valor social, ou moral’, ou ‘sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima’. Por ‘motivo de relevante valor social, ou moral’, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico) (...)” (BRASIL, 2008, p. 23).

⁶⁴ Art. 121: “(...) § 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” (BRASIL, 1940).

⁶⁵ Professor Doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (RODRÍGUEZ, 2010).

⁶⁶ Art. 13: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (...) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a

o dever legal de agir no sentido da preservação da vida. Contudo, no caso de um paciente terminal (incurável, portanto), não pode, ainda que assim o queira, impedir o resultado morte. Não causadora do evento a ser evitado (morte do doente terminal), a conduta omissiva é atípica e, portanto, não há delito.

Ademais, ainda que fosse considerada típica a prática de ortotanásia, jamais configuraria crime, ao menos no estado de São Paulo, por consistir em exercício regular de direito do paciente, por força do art. 2º da Lei estadual nº 10.241/1999⁶⁷. Tal dispositivo legal, cuidando dos direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde em mencionada unidade federativa, garante aos pacientes não só a faculdade de, com a adequada informação, consentir ou recusar, de forma livre e voluntária, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (inciso VII)⁶⁸, mas também a de rejeitar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida (inciso XXIII)⁶⁹, assim como a de escolher o local de sua morte (inciso XXIV)⁷⁰. Afastada, destarte, diante do teor de tais previsões legais, a ilicitude da conduta, pois, como leciona RODRÍGUEZ, “é da ciência jurídica que, qualquer que seja o processo hermenêutico utilizado, uma mesma conduta não pode ser ao mesmo tempo proibida e permitida, daí que o Direito penal não pode funcionar como instrumento de coerção ao exercício dos direitos” (2010, p. 252).

Além do mais, crime não nos parece ser também do ponto de vista da culpabilidade. Isto por considerarmos ser a abstenção de terapias inúteis, ou que induzam a um excessivo sofrimento, a atitude que (socialmente) se espera de um médico diante de um doente terminal. Assim sendo, estaria caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa, como fundamento para a exclusão da culpabilidade do profissional.

Apesar de a inexigibilidade de outra conduta constituir figura de difícil conceituação, além de modalidade não disposta expressamente em lei, é inegável que o atual estágio de complexidade das relações sociais não permite que o ordenamento jurídico exauras as hipóteses de exculpação do agente em razão do grau minorado de reprovação de sua conduta. Bem por isso, assere RODRÍGUEZ que “o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação deve existir quando o juiz contar com elementos

responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (BRASIL, 1940).

⁶⁷ Art. 2º: “São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: I - ter um atendimento digno, atencioso e respeitoso; (...)” (ESTADO DE SÃO PAULO, 1999).

⁶⁸ “VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados” (ESTADO DE SÃO PAULO, 1999).

⁶⁹ “XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida” (ESTADO DE SÃO PAULO, 1999).

⁷⁰ “XXIV - optar pelo local de morte” (ESTADO DE SÃO PAULO, 1999).

suficientes para demonstrar que a conduta do agente não é reprovável e, em tese, não são poucas as ocasiões em que essa situação pode ocorrer. Dependerá de uma fundamentação convincente, que exponha o critério de culpabilidade adotado, o modo de sua aferição e as circunstâncias colhidas durante o processo. Como já se disse, o Direito penal cada vez mais necessitará, para sua prática, de argumentação e de manejo da teoria, em decorrência da complexidade – irreversível – que o sistema social alcança. Sem prescindir da segurança jurídica, que somente se flexibiliza *pro reo*” (2010, p. 297).

No que diz respeito à eutanásia, em senso estrito, seu caráter delituoso parece, *a priori*, mais evidente, em razão da inequívoca presença do dolo de matar, que, nada obstante o motivo piedoso, caracteriza a tipicidade da conduta. Outrossim, não se vislumbra em referida situação a presença de qualquer causa *legal* de justificação ou excludente de culpabilidade.

A configuração do estado de necessidade em tais circunstâncias, hipótese aventada por alguns autores (cf. GUIMARÃES, 2011, pp. 239 e 240), apesar de argumentativamente plausível, soa interpretativamente forçosa, além de difícil aferição prática. Com efeito, nos parece que, diante da ponderação de interesses conflitantes nas situações de eutanásia, o sacrifício da vida, bem jurídico⁷¹ de mais alta valoração pelo ordenamento, não é preferível ao bem-estar e à dignidade do paciente, até porque em casos tais, estes não seriam preservados quando sobreviesse a lesão àquele. Em outras palavras, com a interrupção da vida, não seriam salvos de perigo o bem-estar e a dignidade do enfermo, já que com a morte nenhum destes interesses subsistiria. Desta feita, tal desfecho, em nosso entendimento, impediria a justificação da eutanásia em virtude de suposto estado de necessidade.

Na análise da culpabilidade, também se revela pouco consistente o argumento de que, em razão da conjuntura de piedade e de desespero, a interrupção da vida não seria reprovável. Isto porque, à parte da fragilidade do instituto da inexigibilidade de conduta diversa no Direito Penal brasileiro, que acima delineamos, para tal causa exculpante se caracterizar, imprescindível seria a relativização do respeito à vida humana (bem jurídico protegido pelo tipo penal a que se subsume a conduta eutanástica), em razão das circunstâncias que motivaram o agente, o que, novamente, impenderia a ponderação de valores a que nos referimos alhures – tarefa complexa e cuja resolução nos parece (em consonância com a

⁷¹ Não obstante a reconhecida controvérsia doutrinária acerca do conceito de bem jurídico, ora adotamos a definição clássica, da lavra de HANS WELZEL (citada por PRADO, 2011, p. 44): “bem vital da comunidade, ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”.

doutrina e a jurisprudência dominantes), como já afirmamos, pender para a prevalência da inviolabilidade⁷² do direito à vida.

Ademais da análise da eutanásia sob o prisma da teoria do delito, a Constituição da República, segundo alguns doutrinadores (cf. BARROSO, 2006), contemplaria a possibilidade da eutanásia em suas diversas modalidades, ao apontar a dignidade humana como valor basilar do ordenamento jurídico e ao garantir a liberdade de autodeterminação como direito fundamental do cidadão, que compreenderia a faculdade de interromper um sofrimento inútil por meio da abreviação da vida⁷³. Deste modo, aqueles que, imbuídos de um espírito de compaixão e de respeito auxiliassem os enfermos, estariam agindo em conformidade com as garantias fundamentais e qualquer hipótese de punição a sua conduta seria inconstitucional⁷⁴. Isto porquanto, na colisão dos direitos à vida e à liberdade, surgiria o direito à morte digna com base na concepção de dignidade da pessoa titular desses direitos (DIAS, 2012, p. 210). Em contraponto, argumenta-se que não bastariam os princípios constitucionais para garantir a impunibilidade aos que eliminam o sofrimento alheio através de métodos eutanásicos, sendo imperativa a explicitação de tais práticas pela legislação infraconstitucional⁷⁵ (GARCIA, 2007, p. 269).

⁷² Aqui no sentido proposto por ROBERTO DIAS: “A expressão ‘inviolabilidade do direito à vida’, consagrada constitucionalmente, não indica que a vida é um dever para consigo mesmo e para com os outros, tampouco pode ser entendida como um direito absoluto, indisponível e irrenunciável. Nos termos da Constituição, a ‘inviolabilidade’ de tal direito significa que ele não tem conteúdo econômico patrimonial e, mais do que isso, ninguém pode ser privado dele arbitrariamente. Nesse sentido é que ele deve ser entendido como indisponível: ninguém pode dispor da vida de outrem” (2012, pp. 122 e 123).

⁷³ “(...) Portanto, uma tese melhor é que o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, sob princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. A liberdade envolve direito à autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de uma outra pessoa. O segundo princípio que legitima a resolução é o da dignidade da pessoa humana, que compreende, além do direito a uma vida, o direito a uma morte digna. Não há nenhuma dúvida, nem ética nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima. (...) Suicídio assistido e eutanásia envolvem riscos importantes, portanto devem ser cercados de uma cautela muito particular. Porém, como disse, ética e juridicamente elas podem realizar adequadamente valores constitucionais, pelas mesmas razões, de respeitar a vontade do paciente, quando ela possa ser manifestada, e o sofrimento seja insuportável. Sou a favor da eutanásia e do suicídio assistido, se tomadas certas cautelas” (BARROSO, 2006).

⁷⁴ “O Código Penal, quando comina pena para o crime de homicídio, vale-se de um meio adequado para promover o fim perseguido, qual seja, preservar a vida e inibir mortes arbitrárias. O meio utilizado, além disso, parece necessário à consecução de tais fins, pois, dentre os atualmente conhecidos, esse tem sido entendido como o menos oneroso para os destinatários da norma. Mas, ao desconsiderar a liberdade do paciente, sua concepção de vida e dignidade, impondo que a pessoa viva a qualquer custo, a interpretação da lei penal que ignora esses valores causa desvantagens superiores aos benefícios que proporciona. Em síntese, não se mostra proporcional. Não passa pelo crivo da ponderação” (DIAS, 2012, p. 212).

⁷⁵ Reserva, aliás, feita pelo próprio constitucionalista LUÍS ROBERTO BARROSO (2006): “FOLHA - A Constituição brasileira permite a eutanásia e o suicídio assistido? **BARROSO** - Eu acho. Mas essa é uma matéria sobre a qual o legislador ordinário deveria pronunciar-se. Não creio que haja impedimento constitucional”.

Sem se contrapor à conclusão atingida pelos constitucionalistas com relação à (in)constitucionalidade da criminalização da eutanásia – com que concordamos e a que aderimos –, bem ainda sem contrariar as ressalvas colocadas pelos que a ela se opõe – as quais julgamos pertinentes –, entendemos, valendo-nos de um ponto de vista pragmático, que não é necessário recorrer às sofisticadas (e muitas vezes de difícil aplicação prática) teorias de solução dos conflitos de colisão de direitos fundamentais, uma vez que, a partir de uma análise sob a perspectiva da dogmática penal, pode-se chegar ao mesmo resultado, de maneira mais simples e contundente, muito embora não menos polêmica.

Trata-se, com efeito, do estudo da eutanásia (e que se aplica também à ortotanásia) ainda sob o prisma da teoria do delito, mas desta vez com enfoque particular no consentimento dos pacientes, ao qual nos dedicaremos inteiramente no capítulo a seguir.

2. O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

Nas fases primitivas da civilização, época em que inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o Direito acima da vontade dos particulares, o meio de resolução de controvérsias era a autotutela, que se exteriorizava, em termos de punição penal, na forma de vingança privada, na qual a própria vítima⁷⁶ ou seus familiares eram os responsáveis pela imposição e execução da pena.

Mais adiante, com o desenvolvimento do Estado e, paralelamente, do Direito Penal, o crime passou a ser compreendido como conduta que não traz danos apenas à vítima, mas a toda a sociedade, de forma que o monopólio do poder punitivo passou a ser estatal.

Na esteira da tecnicização do Direito Penal – resultante de sua própria evolução –, a importância da vítima foi sobremaneira diminuída, passando a ocupar posição coadjuvante na teoria do delito, em detrimento do agente, a quem foram dirigidas todas as atenções, quer nos âmbitos penal ou processual penal, quer na seara político-criminal. Neste contexto, olvidou-se da interação entre o autor e ofendido⁷⁷, para priorizar o entendimento de que, enquanto aquele atua, este permanece inerte.

Nos últimos tempos, contudo, tem-se evidenciado uma *redescoberta* da vítima, isto é, um “movimento vitimológico”⁷⁸, que a despeito de sua origem na Criminologia⁷⁹ (principalmente a partir de quando esta voltou suas atenções ao estabelecimento de novos mecanismos de reparação dos danos sofridos pelas vítimas), passou a influir no Direito Penal.

Tais estudos criminológicos deram origem à *vitimologia*⁸⁰, que exerceu notável influência na dogmática penal, edificando a disciplina conhecida por *vitimodogmática*⁸¹, cujo

⁷⁶ Aqui entendida no sentido *jurídico-penal-restritivo*, proposto por EDGARD DE MOURA BITTENCOURT (citado por OLIVEIRA, 1999, p. 78): “o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal”.

⁷⁷ Para HEITOR PIEDADE JÚNIOR (*apud* OLIVEIRA, 1999, p. 79), a boa técnica recomenda a utilização da palavra *vítima*, em se tratando de crimes contra a pessoa; da palavra *ofendido*, em se tratando de crimes contra a honra; e, por fim, da palavra *lesado* nos crimes patrimoniais. Todavia, no âmbito desta monografia, tal rigor terminológico, que não se faz presente nem mesmo no Código Penal brasileiro, não se justifica. Ficam, neste sentido, abrangidas as expressões *ofendido* e *lesado* pelo conteúdo semântico do termo *vítima* - na definição que adotamos e que é apresentada logo acima -, motivo pelo qual serão doravante utilizadas indistintamente.

⁷⁸ Manifesto, por exemplo, além da farta bibliografia recente a respeito do tema, pela “presença constante, em nível mundial, da temática vitimológica em seminários, congressos e simpósios; a criação de diversas organizações governamentais e não-governamentais de proteção à vítima; as notícias de reformas legislativas e projetos centrados na preocupação com a criação de medidas penais que atendam aos interesses da vítima e, ainda, as constantes referências feitas às vítimas nos documentos internacionais” (OLIVEIRA, 1999, p. 57).

⁷⁹ A qual, para SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, “ocupa-se (...) do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito e, para tanto, lança mão de um objeto empírico e interdisciplinar. Diferentemente do Direito Penal, a criminologia pretende conhecer a realidade para explicá-la, enquanto aquela ciência valoriza, ordena e orienta a realidade, com o apoio de uma série de critérios axiológicos” (SHECAIRA, 2011, p. 49).

⁸⁰ Para fins do presente trabalho, compreendida em sua acepção tradicional, de estudo científico da vítima de crimes (OLIVEIRA, 1999, pp. 72 a 74).

estudo tem por objeto a responsabilidade recíproca entre o agente e a vítima, e se realiza através de uma valoração da possível incidência do comportamento desta na determinação da responsabilidade penal daquele, partindo do pressuposto de que o ofendido não apresenta uma posição passiva frente ao crime, podendo até mesmo concorrer com o autor para caracterização do delito (LUCA, 2005, p. 740).

Nesse sentido, a vitimodogmática é regida pelo princípio vitimológico segundo o qual a tutela penal oferecida pelo Estado não é apropriada aos casos em que a vítima não merece ou não necessita de proteção, devendo, portanto, ser eliminada. Assim, para que o autor responda penalmente por sua conduta, mostra-se necessário a existência de uma correspondência entre a necessidade de sua punição e a necessidade de proteção à vítima. Ademais, a partir de tal disciplina as próprias definições de autor, de vítima, e até mesmo de delito perdem seu sentido clássico, na medida em que é o ofendido quem decide o que é e o que não é crime no caso concreto (LUCA, 2005, p. 740).

E é no contexto da vitimodogmática que o consentimento encontra-se inserido, porquanto representa a permissão, por parte de uma pretensa vítima, da ingerência de terceiros em seus bens jurídicos relevantes, vários dos quais penalmente protegidos. A partir do pressuposto de que autor e vítima se interrelacionam no âmbito da prática delitiva, permite-se que a responsabilidade penal do primeiro possa ser diminuída, ou mesmo excluída, a depender do comportamento do último.

Necessário assinalar que a vítima que hoje desponta no campo do direito penal não é a mesma vítima dos primórdios da história. A ela foram somados os atributos que integram a “dignidade da pessoa humana”, nas exatas acepção e abrangência conferidas ao termo pelo art. 1º da Constituição da República⁸², tema, aliás, de elevada relevância para as questões bioéticas, como a eutanásia.

Partindo das premissas ora colocadas é que o presente capítulo se desenvolverá, ao estudar, neste primeiro momento, o instituto do consentimento do ofendido em seus variados aspectos, o que permitirá, em oportunidade posterior, cotejá-lo com a hipótese de morte eutanásica, realizando, assim, a análise que é objeto desta monografia.

⁸¹ WINFRIED HASSAMER (citado por OLIVEIRA, 1999, p. 133), apresenta seu questionamento central: “Neste momento é de se perguntar que proteção merece um bem jurídico cuja tutela não interessa ao único titular desse bem, seja porque ele próprio o coloca em perigo ou porque renuncia à sua proteção”.

⁸² 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; (...)” (BRASIL, 1988).

2.1. Noção geral sobre o tema

2.1.1. Origem histórica e aproximação conceitual

A origem do consentimento no Direito Penal remonta à passagem do Digesto⁸³ (D. 47, 10 de iniur. 1 § 5) *nulla iniuria est quae in volentem fiat* (“o que se faz com a vontade do lesado não constitui injusto”), de autoria de ULPIANO⁸⁴, que se tornou mais conhecida pelo brocardo latino *volenti non fit iniuria*. Este princípio significava, para o Direito Romano, que o consentimento era uma causa justificante para todos os casos de *iniuria*, isto é, para todas as infrações a direitos da personalidade – incluindo-se os crimes contra a vida e contra a integridade física -, por se entender que tais bens tinham caráter estritamente individual (cf. JESCHECK, 2002, p. 404; e ROXIN, 2001, pp. 511 e 512).

Não obstante, tal máxima passou, com o tempo, a apresentar limitações. Para os autores inspirados pela teoria do Direito Natural⁸⁵ – que concebem o delito como infração de direitos subjetivos -, o importante era deixar claro até que ponto o ordenamento jurídico concedia ao ofendido a faculdade de renunciar à proteção penal. Por outro lado, os adeptos da Escola Histórica do Direito⁸⁶ negavam veementemente a possibilidade de um consentimento eficaz, por entenderem que o Direito Penal serviria unicamente ao corpo social. Os doutrinadores da tradição *hegeliana*⁸⁷, de outro modo, retomando as ideias jusnaturalistas,

⁸³ Do latim *digerere* (“pôr em ordem”), e conhecido também pelo nome grego *Pandectas*, trata-se da compilação de fragmentos dos juristas clássicos, realizada entre 530 e 533 d.C. por ordem de Justiniano, que compõe o *Corpus Iuris Civilis* romano (MARKY, 1990, pp. 9 e 10).

⁸⁴ DOMITIUS ULPIANUS (150-223 d.C.) foi um jurista romano, cuja obra compõe mais de um terço do conteúdo do Digesto de JUSTINIANO (ULPIAN, 2012).

⁸⁵ Aquela que ensina “que a única realidade é o indivíduo, e que cada homem possui direitos em virtude de sua natureza particular. Esses direitos, chamados ‘subjetivos’ podem ser descobertos com o auxílio da razão, pelo simples exame da natureza do homem. O poder político não os cria; tem o dever de consagrá-los, e os homens podem exercê-los contra ele” (TROPER, 2008, pp. 21 e 22).

⁸⁶ A Escola Histórica do Direito foi a primeira crítica radical ao Direito Natural, um verdadeiro movimento de desconstrução de suas principais premissas. Romântica e anti-racionalista, via o Direito não como uma ideia da razão, mas como um produto da história, variável no tempo e no espaço (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 334).

⁸⁷ “O sistema *hegeliano* de pensamento caracteriza-se por destacar a racionalidade como um dado constitutivo da realidade, e, inclusive, do evoluir histórico das ideias jurídicas e dos sistemas jurídicos. Toda a noção de Direito resume expectativas de justiça no plano do concreto, do fenomênico. Nesse sentido, a missão do Estado resume-se em instrumentalizar a boa aplicação e a conquista gradativa da justiça por meio do Direito. O conjunto de ideias de HEGEL acerca do Direito resume em si ainda outras preocupações: a de que a pessoa seja protegida, pois a personalidade dilata-se em diversas manifestações pessoais ou reais; a de que a pessoa seja vista como um fim e não como um meio; a de que o Estado coloca-se a serviço das necessidades jurídico-sociais; a de que a razão prepondere sobre o caos institucional da sociedade. Se o Direito é manifestação do Espírito objetivo é porque se desdobra em esforços objetivos, coletivos e racionais no sentido de realizar a ideia do convívio das vontades. Quando a liberdade é a matéria-prima, pode-se dizer que regular as liberdades significa colocar os instrumentos do Estado para funcionarem a favor da liberdade geral. Disso só pode resultar a síntese de que é

destacaram como requisito de admissibilidade do consentimento a disponibilidade do bem jurídico atacado, vez que, em sua interpretação, a vontade subjetiva individual não representava uma negação da vontade objetiva da coletividade. De seu turno, a Escola Sociológica do Direito⁸⁸ vislumbrou na lesão de um interesse a essência da ação punível, motivo pelo qual seus partidários negavam a antijuridicidade diante da ausência de interesse do ofendido, inclusive em casos de renúncia da própria vida (JESCHECK, 2002, p. 404).

Para o direito atual, trata-se o consentimento do ofendido da expressão máxima da liberdade individual e da autonomia da vontade⁸⁹, encontrando-se embasado na dignidade da pessoa humana⁹⁰, princípio que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e ao qual a Constituição da República Federativa brasileira faz expressa referência, no inciso III do artigo 1º (BRASIL, 1988).

A despeito de estar fundamentado na capacidade de autodeterminação do indivíduo, o consentimento não pressupõe a vontade em si, senão sua exteriorização. Isto porque para determinada vontade ser relevante para o Direito Penal, é essencial que faça parte do “agir comunicativo”⁹¹ entre o autor e a vítima, vale dizer, que seja externalizada (de maneira

respeitando a pessoa que se poderá fazer cumprir o ideal do Direito conectado ao ideal do Estado” (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 305).

⁸⁸ “Para a Escola Sociológica, o Direito tem a sua origem nos fatos sociais, entendendo-se como tais os acontecimentos da vida em sociedade, práticas e condutas que refletem os seus costumes, valores, tradições, sentimentos e cultura, cuja elaboração é lenta e espontânea da vida social. (...) O que caracteriza a Escola Sociológica é, portanto, considerar o Direito, não como tendo origem em Deus, nem na razão, nem na consciência do povo, e nem ainda no Estado - mas sim na sociedade, mais especificamente, nas inter-relações sociais” (CAVALIERI FILHO, 2007, pp. 8 e 9).

⁸⁹ “A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de *autodeterminação*, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. Por trás da ideia de autonomia está a de *pessoa*, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável. Ademais, a autodeterminação pressupõe determinadas *condições* pessoais e sociais para o seu exercício, para a adequada representação da realidade, que incluem a informação e ausência de privações essenciais” (BARROSO, 2010, p. 24).

⁹⁰ “A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na seqüência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. De sua natureza de princípio decorrem três tipos de eficácia, isto é, de efeitos capazes de influenciar decisivamente a solução de casos concretos. A eficácia *direta* significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia *interpretativa* significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá, ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia *negativa* paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra jurídica que seja incompatível – ou produza, no caso concreto, resultado incompatível – com a dignidade humana. São conteúdos mínimos da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário” (BARROSO, 2010, pp. 37 e 38).

⁹¹ Interrelação entre os agentes sociais que se dá através da comunicação (verbal, escrita, comportamental, entre outras) (LUCA, 2005, p. 745).

implícita ou explícita, em momento anterior ou exterior à ação, conforme será melhor explicado adiante) pelos (e aos) agentes que se interrelacionam no contexto de uma prática delitiva. A mera vontade interna - ou a reserva mental⁹² -, por não produzir efeitos no mundo exterior, não pode ser entendida por consentimento e é irrelevante para o Direito Penal.

Além disto, a eficácia do consentimento tem duplo efeito: acarreta, a um só tempo, a auto-responsabilidade da vítima e a exclusão (ou minoração) da responsabilidade penal do agente delitivo⁹³. Este, por se entender que o Estado não pode punir o agente quando a vítima permitiu sua ingerência em determinado bem jurídico do qual é titular, da mesma maneira que o faria caso não houvesse o consentimento. E aquele, por se considerar que, em tais circunstâncias, a vítima deve responsabilizar-se por eventuais danos e prejuízos provenientes da conduta do ofensor, na medida em que são produtos mediatos da expressão de sua vontade, que nada mais é do que a manifestação de sua capacidade de autodeterminação.

Ademais, em consonância com a teoria *dualista* (à qual nos filiamos, e cujos paradigmas serão apresentados posteriormente) pode-se classificar o consentimento em duas espécies: (a) *consentimento-atipicidade* e (b) *consentimento-justificação*. O primeiro representa o exercício, pela vítima, da liberdade de disposição de bens juridicamente relevantes, a qual se encontra assegurada em certos tipos penais e que, quando presente, exclui a tipicidade da conduta⁹⁴. O segundo, por outro lado, é a renúncia, enquanto vontade externalizada pelo ofendido, à proteção penal oferecida pelo Estado a bens jurídicos de que é

⁹² Ocorre reserva mental quando o declarante oculta a sua verdadeira intenção, isto é, quando não quer um efeito jurídico que declara querer. A reserva, isto é, aquilo que se passa na mente do declarante, é indiferente ao mundo jurídico (GONÇALVES, 2008, p. 313).

⁹³ Expressamente, por força do art. 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” (BRASIL, 1940).

⁹⁴ Um exemplo de tal hipótese pode ser observado com relação ao tipo penal de furto (art. 155 do CP), nos casos de doação de um bem móvel entre dois sujeitos: o exercício da liberdade de disposição sobre a *propriedade* do objeto, pelo titular do bem jurídico, exclui a tipicidade da conduta, na medida em que se pressupõe que a subtração de coisa alheia se dê em desacordo com a vontade de seu legítimo proprietário, portador ou detentor. Situação semelhante é a do tipo penal de estupro (art. 213 do CP), nos casos em que, v. g., determinada mulher, em pleno exercício de sua liberdade sexual, deseja manter relações carnavais com indivíduo de sua escolha, consentindo com tal ingerência em sua intimidade. Também nesta situação a conduta será atípica, porquanto o próprio tipo garante a liberdade de disposição do bem jurídico a que visa proteger.

titular, e se manifesta apenas em tipos penais que apresentam o dissenso entre ofensor e vítima como seu elemento integrante⁹⁵.

Destarte, o consentimento do ofendido pode ser conceituado como a autorização manifesta, pelo portador de bens jurídicos de elevada importância, para que outrem realize uma ingerência nestes bens, em efetiva consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, apresentando por consequências a auto-responsabilidade da vítima e a diminuição ou eliminação da responsabilidade do agente delitivo, o que se dá mediante a exclusão da tipicidade ou da antijuridicidade penais (LUCA, 2005, p. 745).

2.1.2. Natureza jurídica

O consentimento do ofendido possui natureza jurídica eminentemente penal, não se confundindo com o consentimento civil⁹⁶, apesar dos pontos que lhe são comuns. Constitui, neste sentido, instituto autônomo, fundamentado principalmente na capacidade de autorização, por parte de um indivíduo, de ingerência de terceiros em seus bens, que produz efeitos de diminuição ou exclusão da responsabilidade penal do agente. A relação essencial se percebe entre o ofendido, titular de determinado bem jurídico, e o Estado, a quem incumbe protegê-lo, e não entre o consenciente e o ofensor. Ao reverso, o consentimento civil está necessariamente atrelado a um negócio jurídico⁹⁷, isto é, a uma manifestação de vontades de índole eminentemente privada. Nestas circunstâncias, o vínculo relacional é verificado entre as partes, e não entre algum dos sujeitos e o Estado.

⁹⁵ Sua eficácia é menos evidente e deve ser analisada, caso a caso, pelo magistrado. Todavia, tem-se como exemplo de consentimento eficaz aquele que – em condições favoráveis - um paciente dirige ao médico que, ofendendo sua integridade corporal (tipo penal de lesão corporal: art. 129 do CP), realiza cirurgia plástica.

⁹⁶ Na lição de ORLANDO GOMES (2007, p. 332): “A declaração de vontade da pessoa é pressuposto de todo negócio jurídico. Nos contratos, toma o nome de *consentimento* ou *consenso consciente*. Para valer, preciso é que não seja obtido por dolo, erro ou coação. Do contrário, poderá ser invalidado. (...) Para que o consentimento se forme como elemento propulsor dos contratos, torna-se necessária a conjunção dos seguintes pressupostos: 1º) duas declarações de vontade distintas no seu conteúdo; 2º) conhecimento de cada parte da declaração de vontade da outra; 3º) integração das duas declarações de vontade; 4º) interdependência das duas declarações de vontade; 5º) consciência de que está formado. O mecanismo do consenso assim se decompõe: *proposta* e *aceitação*. A declaração de vontade do proponente ou polícitante (...) deve ser conhecida pela outra parte, cuja declaração, por sua vez, precisa ser comunicada àquele. Será preciso, então, que a conveniência recíproca determine o entrosamento das duas declarações de vontade. Todavia, não se fundem, apenas se integram. Dando-se a integração, o consentimento está formado”.

⁹⁷ “Negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao *intento prático* do declarante, se reconhecido e garantido pela lei. Adverte-se atualmente que não é uma figura jurídica concreta, mas, sim, um paradigma lógico construído pela doutrina para comodidade sistemática e didática, a fim de coordenar em torno de elementos constantes e comuns alguns dogmas jurídicos, reconhecendo-se, porém, que se trata, ainda hoje, de uma *abstração útil*” (GOMES, 2007, p. 245).

Difere o consentimento penal do consentimento civil também no que atine a sua finalidade: enquanto o primeiro visa a exclusão ou a minoração da responsabilidade penal do agente delitivo, o segundo tem por objetivo a composição entre as partes. Outrossim, diversamente do consentimento civil, o consentimento do ofendido está inserto na teoria do delito, sendo examinado nas esferas da tipicidade e da antijuridicidade e apresentando limites próprios ao Direito Penal.

2.1.3. Distinção: do dualismo clássico “acordo” e “consentimento” ao novo paradigma “consentimento-atipicidade” e “consentimento-justificação”

O conceito de acordo penal pressupõe uma concepção *dualista* do consentimento, segundo a qual a aquiescência do ofendido pode tanto excluir a ilicitude, quanto afastar a tipicidade, a depender do caso. Tal modelo, de maior adesão pela doutrina, foi proposto inicialmente por FRIEDRICH GEERDS⁹⁸, quem também cunhou a contraposição terminológica entre “consentimento” (*Einwilligung*) e “acordo” (*Einverständnis*)⁹⁹, concebendo tais figuras jurídico-penais como autônomas e divergentes (ANDRADE, 1991, pp. 142 a 147).

Segundo o paradigma dualista originário, da lavra de GEERDS, ambas são marcadas pela aquiescência do titular do bem jurídico. Sua diferença, contudo, consistiria em que o acordo tem lugar toda vez que o dissenso fosse elemento integrante do tipo penal, e o consentimento em todas as situações nas quais não se evidenciasse tal característica. Desta distinção decorre que na primeira hipótese a anuência exclui o próprio tipo penal - não ocorrendo, assim, lesão ao bem jurídico -, enquanto que na segunda a aquiescência não afasta a tipicidade – ocorrendo, destarte, lesão ao bem. Em outras palavras, a anuência do titular do bem jurídico, em se tratando de acordo, é discutida na esfera da tipicidade, distintamente do consentimento, cujo exame ocorre na esfera da antijuridicidade, vez que a conduta será sempre típica.

Para o Professor de Frankfurt, ainda, o acordo constitui um mero evento, um fato, ao reverso do consentimento, compreendido enquanto instituto de natureza normativa, com características jurídicas. Daí sua conclusão de que, ao contrário do consentimento, o acordo

⁹⁸ FRIEDRICH GEERDS (1925-2000), foi Professor de Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade de Frankfurt (ALE). Considerado um dos principais criminólogos da história da Alemanha, ficou largamente conhecido por seus estudos sobre o consentimento penalmente relevante, notadamente a partir da publicação da sua tese de doutorado na Universidade de Kiel (ALE), de 1953, intitulada *Einwilligung um Einverständnis des Verletzten* (GEERDS, 1966).

⁹⁹ Assim traduzida para o português por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, em 1973 (cf. ANDRADE, 1991, p. 142).

não apresenta requisitos de validade e eficácia, produzindo efeitos mesmo se outorgado com os vícios da vontade (erro, dolo e coação), bastando que seja verificado nos tipos que o permitem (ANDRADE, 1991, pp. 142 a 144).

Todavia, hodiernamente se percebe que divergência entre as concepções fática, do acordo, e normativa, do consentimento, mostra-se equivocada, na medida em que ambos apresentam fundamento jurídico, o que pressupõe uma base naturalística (sua presença no mundo real) e uma base normativa (sua previsão na norma penal)¹⁰⁰.

Paralelamente a GEERDS, outro autor que votou relevantes esforços à problemática do consentimento foi PETER NOLL¹⁰¹, quem, ainda na trilha da teoria dualista, inovou ao erigir tanto o consentimento, quanto o acordo, em bases fáticas e jurídicas, fazendo com que este deixasse de ter aquela estrutura fática rígida, para moldar-se aos diversos tipos penais (ANDRADE, 1991, pp. 147 a 160).

Para NOLL – que trata indistintamente consentimento e acordo por *consentimento* -, o consentimento, na condição de excludente de antijuridicidade, pressupõe sempre uma colisão entre o bem jurídico liberdade individual e os demais bens jurídicos penalmente tutelados, vale dizer, um choque dos valores e interesses de caráter individual com aqueles de índole social. Nesta direção, em circunstâncias nas quais o tipo penal protege bens diversos da liberdade individual, o consentimento não afastaria a tipicidade da conduta, mas seria passível de justificá-la se o interesse individual, em uma ponderação de valores, prevalecesse sobre o social. Assim, o consentimento que afasta a antijuridicidade ocorreria sempre que se verificasse uma lesão ao bem jurídico, desde que justificada pela ponderação dos valores colidentes, enquanto que o consentimento que exclui a tipicidade sucederia nos casos em que a própria aquiescência afastasse o bem jurídico protegido pelo tipo penal, prevenindo uma eventual contraposição de interesses.

Ainda segundo a doutrina do Professor de Zurique, é pressuposto do consentimento que exclui a tipicidade a proteção da liberdade individual pelo tipo penal – caso em que afasta a lesão ao bem, assim como, por via de consequência, a tipicidade da ação -, ao passo que, no que se refere ao consentimento justificador, pressupõe uma ponderação prévia de interesses,

¹⁰⁰ "Esta concepção fática do acordo e normativa do consentimento mostra-se equivocada. Ambos, consentimento e acordo, apresentam fundamento jurídico, o que pressupõe uma base fática - sua presença no mundo real -, e uma base normativa - sua previsão na norma penal" (LUCA, 2005, p. 760).

¹⁰¹ PETER NOLL (1926-1982), jurista de nacionalidade suíça, foi Professor de Direito Penal na Universidade de Zurique (SUI), destacando-se no estudo do consentimento do ofendido principalmente a partir da obra *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten* (1955) (BORMUTH, 2006).

que se realiza, em termos concretos, mediante uma valoração subjetiva pelo consenciente e uma valoração objetiva por parte do ordenamento jurídico (ANDRADE, 1991, p. 154).

A crítica à formulação teórica de NOLL, apresentada por MANUEL DA COSTA ANDRADE (1991, p. 157 a 160) e destacada por HELOIZA MEROTO DE LUCA (2005, p. 761), se concentra na tentativa do autor de conciliar o consentimento, enquanto expressão da autonomia individual, com o sistema normativo das causas de justificação. Isto porque, “enquanto que o primeiro implica um distanciamento da norma, resolvendo-se pela ponderação e prevalência de bens, o segundo implica sua aproximação, pois, tal como as demais causas de justificação, deve estar expressamente previsto na norma penal. Diante desta contradição, NOLL preferiu enfatizar o caráter normativo das causas de justificação, em muito limitando, ou até mesmo suprimindo, a autonomia individual” (LUCA, 2005, p. 761).

Em estudo igualmente publicado na década de 1950, também GÜNTER STRATENWERTH¹⁰² procurou assegurar uma nova e mais consistente fundamentação ao paradigma dualista do consentimento penalmente relevante. Em sua construção teórica, o autor privilegia a noção de autonomia pessoal enquanto fator comum às causas de justificação. Ainda, considera que o atentado à autonomia pessoal constitui o próprio fundamento do ilícito penal: “O ilícito tem sempre o caráter de uma manifestação de desrespeito pelo outro como personalidade autônoma” (*apud* ANDRADE, 1991, p. 162). Além disto, argumenta que é o imperativo de respeito ao outro, como portador de direitos iguais, que constitui a norma fundamental da convivência humana e que tal imperativo reclama o reconhecimento do outro como ser autônomo, vale dizer, como responsável no âmbito de sua esfera de ação.

Para o Professor da Basileia, há duas classes de tipos penais, quais sejam: (a) os que tutelam apenas a autonomia individual; e (b) os quais têm a autonomia pessoal como um de seus objetos de tutela. Nos primeiros, o consentimento exclui a tipicidade, não se configurando lesão ao bem juridicamente protegido, ao passo que nos segundos é afastada a antijuridicidade, subsistindo o dano aos bens diversos da autonomia pessoal e se observando o conflito entre os interesses de natureza individual e os de cunho social.

Não obstante apresente incoerências internas, notadamente no que atine ao alcance normativo e dogmático do conceito de lesão ao bem jurídico¹⁰³, a doutrina de STRATENWERTH

¹⁰² GÜNTER STRATENWERTH (nascido em 1924), jurista alemão, foi Professor de Direito Penal na Universidade da Basileia (SUI) entre os anos de 1961 e 1994. Sua contribuição ao estudo do consentimento encontra-se principalmente na obra *Prinzipien der Rechtfertigung*, de 1956.

¹⁰³ “Na concepção de STRATENWERTH, o consentimento (como excludente da tipicidade) limita-se aqui a ‘afastar’ (*beseitigen*) o bem jurídico. Uma concessão à representação, que cremos inadequada, de que o

acrescentou sobremaneira às pesquisas sobre o tema, por eleger a autonomia pessoal como fator comum a todas as causas de justificação, ao estabelecê-la como elemento de comunicabilidade entre o consentimento e outras causas de justificação, notadamente o estado de necessidade a legítima defesa. Reforçando a plausibilidade da tese do consentimento enquanto excludente de antijuridicidade, promoveu, reflexamente, a desvalorização do argumento de que ele seria um elemento estranho ao sistema das causas de justificação.

A vigorosa discussão acadêmica travada na década de 1950, acerca do consentimento penalmente relevante sob a perspectiva da teoria dualista, foi retomada com destaque apenas no início da década de 1990, por MANUEL DA COSTA ANDRADE¹⁰⁴, que em sua tese de doutorado sustentou a superação do paradigma originário de GEERDS, ante sua incongruência patente, manifestada ao contrapor à estrutura e densidade normativas do consentimento, o conteúdo meramente naturalístico da vontade correspondente ao acordo. Incongruência porque, naquela concepção, a vontade valeria apenas por sua existência fática - repercutindo, de maneira idêntica, em cada um dos tipos suscetíveis de acordo -, em detrimento da ideia, defendida por ANDRADE, de que o acordo também tutela a liberdade individual e apresenta aspectos normativos, não devendo se reproduzir de modo igual nos tipos que o preveem, mas sim de forma plástica, variável.

Sugerindo a necessidade de revisão do rígido sistema bipartido de GEERDS, argumenta o Professor Catedrático de Coimbra que tal tarefa não pode ser tão intensa a ponto de suplantarem o dualismo consentimento-acordo, conforme propõe os adeptos da teoria monista, como se verá adiante. Isto porquanto, em seu entendimento, a despeito de o consentimento e o acordo privilegiarem a autonomia pessoal, o fazem de maneira diferente: este por meio da incorporação da autodeterminação individual como objeto de tutela do próprio tipo penal, e aquele (assim como nas demais causas de justificação) através da ponderação de valores na colisão entre interesse pessoal - proveniente da autonomia do indivíduo, direito

consentimento que exclui a tipicidade tem ainda como referência material a 'lesão de um bem jurídico'. E de que, também aqui, terá sentido falar-se de um 'lesado'. Por seu lado, também a caracterização do consentimento-justificação resulta em acentuação das tendências centrípetas e homogeneizadoras. Isto mercê, sobretudo, do significado concedido à autonomia quer como fundamento da proteção jurídico-penal quer pela sua pertinência à estrutura do objecto da protecção. Em termos tais que, também aqui - e de acordo com a expressão mais recente do autor - 'o consentimento vale *grosso modo* como uma renúncia ao bem jurídico e não apenas à protecção jurídica'. (...) Dum certo ponto de vista, fica a impressão de esta lesão representar um indesejável *diabolus ex machina* que não se logra arredar conceitual e doutrinariamente" (ANDRADE, 1991, pp. 172 e 173).

¹⁰⁴ Jurista português nascido em 1944, é Professor Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito e do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, ambos da Universidade de Coimbra (POR). Na mesma instituição, também obteve o título de Doutor (1991), com a tese intitulada "Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista" (MANUEL DA COSTA ANDRADE, 2012).

constitucionalmente assegurado - e interesse social - ínsito ao próprio bem jurídico tutelado (ANDRADE, 1991, pp. 516 e 517).

Mais recentemente, aqui no Brasil, quem se empenhou no estudo da questão do consentimento do ofendido foi HELOIZA MEROTO DE LUCA¹⁰⁵, que em trabalho publicado no ano de 2005 propôs um novo paradigma dualista, por entender ser a clássica divisão entre acordo e consentimento inadequada ao Direito Penal contemporâneo, isto é, muito rígida e inflexível diante da nova mobilidade que a teoria da imputação objetiva¹⁰⁶ atribui à matéria.

Sugere, neste sentido, o abandono do dualismo “acordo” e “consentimento”, em favor do modelo “consentimento-atipicidade” e “consentimento-justificação”. Nesta nova proposição, ambos, “consentimento-atipicidade” e “consentimento-justificação”, são modalidades de um todo (o consentimento), por possuírem significação idêntica: a manifestação de vontade do consenciente sobre a ingerência de outrem em seus bens jurídicos. Além de definição e natureza também equivalentes, as duas espécies de consentimento têm os mesmos requisitos de existência, validade e eficácia, cingindo sua diferenciação apenas ao aspecto funcional, vale dizer, ao que atine à exclusão ora do tipo e ora da antijuridicidade penal.

Para a autora, ademais, consentimento-atipicidade e acordo não se confundem. Isto porque, como explica, o acordo só se verifica nos tipos em que o dissenso entre autor e vítima constitui seu elemento integrante, em razão da presunção de que apenas estes tutelariam a liberdade de disposição de bens pelo indivíduo – presunção que considera incorreta, por entender que a liberdade de disposição de bens pode ainda abarcar os tipos que não apresentam o dissenso como elemento integrante, vale dizer, tipos penais que não tutelam os bens em espécie, mas a liberdade de disposição destes bens pelo indivíduo¹⁰⁷.

Neste diapasão, assenta LUCA que quem determina a modalidade do bem tutelado (se bens em espécie ou liberdade de disposição de tais bens pelo indivíduo) é a própria sociedade, através de seu agir comunicativo. Menciona, para exemplificar, a perfuração do corpo para a

¹⁰⁵ Graduada e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde obteve o prêmio de melhor “Tese de Láurea 2004” do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, com a monografia intitulada “O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva”, da qual foi orientador o Prof. Titular ANTÔNIO LUÍS CHAVES CAMARGO (LUCA, 2005, p. 739).

¹⁰⁶ Não obstante sua complexidade, que torna pouco profícua a tarefa de, nestas poucas linhas, apresentar uma definição conceitual, convém por ora saber que a imputação objetiva, de um modo geral, tem por função a limitação da responsabilidade penal e que somente ocorrerá quando se puder imputar um resultado a uma pessoa, se a ação desta criou um risco juridicamente desaprovado que está refletido no resultado típico (CAMARGO, 2001, p. 70).

¹⁰⁷ São citados, como exemplo, os seguintes tipos penais: perigo de contágio venéreo (art. 130 do CP), perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do CP), lesão corporal leve (art. 129, cabeça, do CP), difamação (art. 139 do CP), injúria (art. 140 do CP), dano (art. 163 do CP), entre outros.

colocação de *piercings* - que, a despeito de muitas vezes ocasionar lesões corporais consideráveis, é admitida com normalidade pelo corpo social brasileiro -, hipótese na qual o consentimento faria com que a lesão ao bem jurídico *integridade física* não fosse típica, por se considerar que o tipo penal de lesão corporal tutela a liberdade de disposição, pelo indivíduo, de sua integridade física, e não esta em si considerada.

Com relação ao consentimento-justificação e ao consentimento, da mesma maneira não se equivaleriam, na medida em que aquele, ao contrário deste, teria lugar em todos os tipos que tutelam os bens em si considerados. Em outros termos, todos os tipos penais que não tutelam a capacidade de disposição de bens pelo indivíduo o fazem em relação aos bens em espécie, pelo que seriam objetos do consentimento-justificação.

Em síntese, aponta a doutrinadora que com o novo dualismo consentimento-atipicidade e consentimento-justificação, o critério de análise deixa de ser o dissenso como elemento estrutural do tipo, para recair na modalidade de bem tutelado (liberdade de disposição de bens pelo indivíduo ou bens em espécie), o que resulta em maior flexibilidade – já que a eleição da natureza do bem protegido pelo tipo penal será feita pela sociedade, através de seu agir comunicativo, e não pela rígida estrutura normativa -, mais adequada à realidade sócio-cultural hodierna, cujo desenvolvimento, em razão de sua velocidade, não é acompanhado pelo ordenamento jurídico (LUCA, 2005, p. 768 a 771).

Em contraposição à tese dualista do consentimento, em suas diversas variações teóricas, foi erigido, no dealbar da década de 1970, por diferentes autores, em distintos estudos, o paradigma monista, segundo o qual o consentimento somente pode assumir a função de excludente de tipicidade. Seu fundamento central, alicerçado na teoria liberal¹⁰⁸, é o da máxima liberdade do indivíduo, que em termos concretos se manifesta na prevalência do individual ante o social, nas relações que envolvem o privado e o público.

Segundo ANDRADE (1991, pp. 178 a 180), dois são os tópicos privilegiados pela teoria monista: a área de tutela e o conceito de lesão. Quanto ao primeiro, defende-se que o

¹⁰⁸ Conforme leciona DALLARI (1979, pp. 242 e 243), “Do ponto de vista político, o liberalismo se afirmaria como doutrina durante o século XIX, sobretudo a partir de 1859, com a publicação da obra ‘Da Liberdade’, de STUART MILL. Adepto entusiasta do jusnaturalismo, sobretudo das ideias de ROUSSEAU, STUART MILL escreve que elas haviam produzido o devido efeito no século XVIII, mas era preciso reafirmá-las através de ações, porque achava que as palavras já haviam esgotado a força que poderiam ter. Em sua opinião, é necessário que os indivíduos observem certas regras gerais no seu relacionamento recíproco, a fim de que as pessoas possam saber o que se espera. Mas, acreditando nas virtudes naturais do homem, acrescenta que no tocante aos assuntos que respeitam a cada um deve ser assegurado o livre exercício da espontaneidade individual. O indivíduo é melhor arbítrio de seus interesses do que o Estado, não podendo haver mal maior do que permitir que outra pessoa julgue do que convém a cada um. Assim, qualquer erro que alguém cometa, consciente ou inconscientemente, não produz tanto mal quanto a submissão ao Estado”.

consentimento coloca o bem jurídico fora da área de tutela penal, do que decorre uma renúncia à proteção estatal. Com relação ao segundo, duas são as correntes de pensamento: (a) a de que a competência para a disposição é um elemento constitutivo do próprio bem jurídico, sendo que o consentimento exclui a lesão do bem jurídico como tal; e (b) a de que a violação do bem jurídico é a violação da exigência de respeito proveniente de uma instituição, sendo o consentimento a expressão de uma lesão aparente ao bem penal.

A construção do consentimento como problema da área de tutela foi elaborada principalmente por REINHART MAURACH¹⁰⁹ e HEINZ ZIPF, para os quais o consentimento, enquanto ato de renúncia eficaz ao interesse protegido pelo tipo penal, por parte de seu titular, afasta o bem jurídico do campo abrangido pela norma. Em outras palavras, mediante a faculdade de disposição dos bens jurídicos que é reconhecida a seus titulares, o indivíduo pode afastar a ocorrência do desvalor do resultado. Por este motivo, entendem os autores que a impossibilidade de lesão penalmente relevante ao bem jurídico, decorrente do consentimento, não pode ser encarada na perspectiva do afastamento da ilicitude de uma ação típica, mas antes e apenas do ponto de vista da exclusão do tipo legal.

Ademais, em sua opinião, o consentimento não se coaduna com o sistema das causas de justificação, por nele não viger o *princípio da ponderação de bens*, comum às excludentes de ilicitude, que é aquele que se revela através da comparação do bem tutelado pelo tipo penal (verificado e avaliado em uma situação concreta), com outro valor ou interesse, igualmente relevante, que se evidencie naquele contexto¹¹⁰. Em casos como tais, a eficácia de determinada causa de justificação será observada quando se concluir, através da ponderação, que o bem lesado apresenta valor ou importância menor do que aquele assegurado. Nesta esteira, os doutrinadores argumentam que no consentimento não haveria uma ponderação de bens em concreto, mas apenas em abstrato, por aquele depender apenas da capacidade abstrata de disposição de tal bem pelo indivíduo (ANDRADE, 1991, pp. 188 a 190).

Com relação à problemática do conceito de lesão, é o principal expoente da primeira corrente de reflexão (a que encara o consentimento, enquanto ato de disposição do bem jurídico, como expressão concreta da liberdade que a tutela penal visa assegurar) o jurista

¹⁰⁹ Jurista alemão (1902-1976), foi Professor de Direito Penal na Universidade de Königsberg (ALE), entre 1940 e 1947, e na Universidade de Munique (ALE), de 1948 a 1970. Sua contribuição ao estudo do consentimento do ofendido encontra-se, principalmente, na obra que publicou com o também jurista HEINZ ZIPF, de nome *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, de 1983 (ZIPF, 1990).

¹¹⁰ Como exemplo, imagine-se a situação (factível) em que um morador de rua, às raias da inanição, decide furtar um cacho de bananas na feira de rua, em patente estado de necessidade. A antijuridicidade da conduta típica, neste caso, é excluída, pois apurado que a propriedade do vegetal pelo feirante é um bem menos relevante do que a vida do furtador.

alemão CLAUS ROXIN¹¹¹, para quem a razão decisiva da tese de que o consentimento exclui sempre o tipo radica na doutrina do bem jurídico enquanto doutrina liberal e relativa à pessoa. No entendimento do autor, se os bens jurídicos estão a serviço do livre desenvolvimento do indivíduo, não pode existir qualquer lesão a eles quando deles dispõe seu titular, na medida em que tal ato não prejudica o seu livre desenvolvimento, antes e pelo contrário, constitui sua expressão. Além disto, assere que a tese da atipicidade emana diretamente do próprio ordenamento jurídico, notadamente da liberdade individual, direito fundamental garantido constitucionalmente, cujo exercício, pelo autor do consentimento, torna concretamente impossível tanto a lesão ao bem jurídico de que é titular, quanto, por conseqüência, o preenchimento da tipicidade (ROXIN, 2001, pp. 517 e 518).

Além do mais, defende o Professor de Munique que o consentimento não pode ser tido como excludente de ilicitude, por entender que: (i) todas as causas de justificação se fundamentam em dois princípios comuns, a saber, o da *ponderação de interesses* e o da *necessidade*, segundo os quais, sucintamente, a ordem jurídica considera como conforme ao direito, em situação de insuperável conflito, o sacrifício de um bem jurídico tido como menos valioso, quando tal fim é necessário para a salvaguarda de um interesse superior; bem como que (ii) no consentimento não é possível identificar qualquer conflito de interesses entre o agente e o titular dos bens jurídicos (o que inviabiliza a mencionada ponderação), nem a necessidade advinda do fato (ROXIN, 2001, pp. 521 e 522).

Na mesma linha, argumenta o penalista espanhol MIGUEL POLAINO-ORTS¹¹² que em razão do sujeito desfrutar de um âmbito de autonomia (ou liberdade) sobre o manejo de bens de sua titularidade, qualquer que seja sua decisão particular, sempre que se trate de um consentimento válido, excluirá *ab initio* qualquer resultado lesivo. Isto por considerar que

¹¹¹ ROXIN nasceu em Hamburgo, norte da Alemanha, em 15 de maio de 1931. Ainda bastante jovem, doutorou-se (1957) e habilitou-se (1962) – isto é, tornou-se livre-docente – pela Faculdade de Direito da Universidade de Hamburgo (ALE), sob a orientação do Professor Doutor HEINRICH HENKEL. HENKEL instigou ROXIN a pensar as bases de reformulação do Processo Penal alemão, mas foi a leitura de WELZEL que levou ROXIN a fixar como ponto central de suas reflexões o Direito Penal material. Logo, em 1963, com 32 anos, ROXIN aceitou o convite da Universidade de Göttingen (ALE) e tornou-se formalmente um Professor catedrático. A pouca idade com que ROXIN habilitou-se foi um dos trunfos de sua carreira, já que lhe deu a possibilidade de orientar as teses daqueles que seriam os grandes penalistas do futuro, como SCHÜNEMANN, RUDOLPHI e AMELUNG, para mencionar apenas três grandes nomes. ROXIN participou do grupo de jovens penalistas que elaborou o célebre Projeto Alternativo de Código Penal em 1966, e, desde então, foi coautor de vários outros projetos alternativos, como os dois sobre a eutanásia e outros sobre a reforma do processo penal. ROXIN já havia publicado seu escrito programático “Política criminal e sistema jurídico-penal” (1970) quando recebeu o chamado para assumir a prestigiada cátedra da Universidade de Munique (ALE), em sucessão a REINHART MAURACH. A obra de ROXIN experimentou notável sucesso internacional. Os anos subsequentes renderam a ROXIN nada menos do que 19 doutorados *honoris causa* pelo mundo inteiro, desde a China até o Peru. Em 1999, após 36 anos de magistério, ROXIN aposentou-se formalmente (GRECO; LEITE, 2011).

¹¹² Professor de Direito Penal na Universidade de Sevilla (ESP).

qualquer decisão de uma pessoa, no exercício de seu direito de autodeterminação, isto é, de sua liberdade, imunizará a incidência lesiva que eventualmente pudesse derivar de uma autocolocação em perigo ou de uma heterolesão consentida. Disto conclui que, em uma compreensão técnica, não haveria lesão do ponto de vista normativo (POLAINO-ORTS, 2003, pp. 251 e 252).

Noutra senda, foi o adepto mais notável da segunda corrente (a da perspectiva da lesão do bem jurídico como violação da exigência de respeito proveniente de uma instituição e, portanto, do consentimento como mera lesão aparente do bem jurídico penalmente protegido), EBERHARD SCHMIDHÄUSER¹¹³, para quem bem jurídico é a exigência de respeito (emergente dos bens individuais ou comunitários) a cuja violação não permitida os órgãos estatais estão legitimados reagir com consequências jurídicas (de natureza de penal, civil ou administrativa). Para o autor, lesão ao bem jurídico é a lesão a esta exigência de respeito, ocorrendo lesão *aparente* ao bem jurídico quando a ação parece violar a exigência de respeito, mas não o faz.

Nesta direção, assenta o Professor de Hamburgo que o consentimento é causa de lesão aparente ao bem jurídico, pois quando o indivíduo consente, ele abandona os bens jurídicos – protegidos pela norma – de que é titular, fazendo ruir a exigência de respeito. SCHMIDHÄUSER ainda diferencia consentimento de acordo. Em sua concepção, enquanto no primeiro há uma lesão aparente ao bem jurídico – o que implica um desvalor aparente do resultado -, no segundo não se verifica qualquer espécie de lesão. Todavia, não deixa o autor de se filiar a teoria monista, por concluir que, na prática, em ambos os casos inexistente lesão ao bem jurídico, ocasionando a exclusão de tipicidade (ANDRADE, 1991, pp. 185 a 188).

As teorias monistas tiveram grande relevância na crítica ao paradigma dualista clássico de GEERDS, impulsionando seu desenvolvimento, nitidamente em razão de sua mais notável inovação: a ideia de autonomia pessoal (ou liberdade individual) como fundamento do consentimento, vale dizer, como sua matriz axiológica¹¹⁴ e normativa. Todavia, não lograram suplantar o modelo dualista.

Isto porque, como bem coloca ANDRADE (1991, p. 516), não pode sustentar-se que, pelo menos até ao limite da disponibilidade, o consentimento do ofendido, como expressão da

¹¹³ Jurista alemão (1920-2002), foi Professor de Direito Penal e Processual Penal na Universidade de Göttingen (ALE), entre 1959 e 1963, e na Universidade de Hamburgo (ALE), de 1964 até sua aposentadoria em 1986. Sua contribuição ao estudo do consentimento penalmente relevante encontra-se, principalmente, na obra intitulada *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, de 1975 (LANGER, 2007).

¹¹⁴ Que constitui ou que concerne a um valor (LALANDE, 1993, p. 119).

autonomia e da liberdade de ação constitucionalmente garantidas, afasta, *sem mais e invariavelmente*, a lesão ao bem jurídico e, nessa medida, a danosidade social correspondente à conduta típica. A indiscutível valoração social dos bens jurídicos (mesmo os individuais) leva à conclusão de que, ainda com o consentimento, subsiste o potencial de prejuízo à sociedade, que é suficiente para – exceto nos casos em que o bem jurídico cuidar da própria autonomia individual - levar a conduta à tipicidade, em termos tais que só a justificação poderá fundamentar sua impunidade.

Além disto, com relação ao argumento, defendido por parte dos autores filiados ao paradigma monista, de que o consentimento não se amolda ao sistema das causas de justificação, o Professor de Coimbra afirma, acertadamente, que é sempre o sistema que deve se ajustar às causas - e não o contrário -, e que as causas de justificação devem ser resultado de um surgimento espontâneo - e não produto de uma construção sistemática. A respeito da sistematização das causas de justificação, o doutrinador assinala que há alguns princípios comuns a todas elas – incluindo o consentimento -, vale dizer: a autonomia pessoal, a solidariedade, a responsabilidade, a ponderação de interesses e a estabilização das normas. Em verdade, para ANDRADE o único aspecto peculiar do consentimento do ofendido em relação às demais excludentes de ilicitude é que, em seu caso, o conflito se verifica entre a autonomia pessoal e a heteronomia social, ou seja, entre o interesse do consenciente e o interesse da sociedade, em vez do conflito de interesses pessoais de dois indivíduos. No entendimento do autor, esta diferença, por si só, não é apta a retirar a natureza justificante do consentimento, pelo que ele pode ser incluído no sistema das tradicionais causas de justificação.

Diante das apontadas inconsistências teóricas do paradigma monista, e da conseqüente prevalência da tese dualista, adotamos a última para os propósitos do presente trabalho. Com efeito, ao tratarmos nesta monografia de consentimento do ofendido, teremos sempre em vista o modelo proposto por LUCA (2005, pp. 768 a 771) - simbolizado pelo abandono do dualismo “acordo” e “consentimento”, em favor das noções de “consentimento-atipicidade” e “consentimento-justificação” -, por julgarmos mais adequado às complexidades da realidade sócio-cultural hodierna.

Neste sentido, há de se ter em mente, doravante, além das formulações supra apresentadas, os seguintes postulados: (a) o consentimento é uno em seu fundamento - a autonomia individual, direito constitucionalmente assegurado -, mas bipartido quanto à sua funcionalidade – isto é, a de ora excluir a tipicidade, ora afastar a antijuridicidade; (b) o

consentimento-atipicidade não pressupõe lesão ao bem jurídico, mas, ao contrário, sua realização (já que ocorre nos casos em que o tipo penal tutelar a liberdade de disposição do bem jurídico por seu titular, e não o bem jurídico em si); e (c) o *consentimento-justificador* caracteriza-se pela ocorrência de lesão ao bem juridicamente protegido, assim como pela verificação, através da ponderação de valores em uma situação concreta de conflito, da supremacia do interesse pessoal (fundamentado na autonomia individual) sobre o interesse social (embasado no valor, para a coletividade, do bem tutelado).

2.2. Requisitos

2.2.1. Existência

Para que o consentimento exista, em uma situação concreta - independentemente se para afastar a tipicidade ou para excluir a antijuridicidade de uma conduta (análise que será realizada apenas em um momento posterior) -, é necessária a presença de (i) pelo menos duas pessoas, ofendido e ofensor, em polos opostos da relação; de (ii) ingerência, por parte deste, em um bem jurídico do qual aquele é titular; além de (iii) manifestação de aquiescência, pelo primeiro e dirigida ao segundo, sobre mencionada ingerência.

Fundamental ressaltar que tanto o ofendido, quanto o ofensor, são necessariamente pessoas, na medida em que somente elas são passíveis de titularidade de um bem juridicamente relevante, bem como de praticarem condutas criminosas e por elas serem penalmente responsabilizadas.

Com efeito, não se contesta que a pessoa física pode figurar tanto como *ofendida*, quanto como *ofensora* em uma conjuntura delituosa. De seu turno, a pessoa jurídica pode integrar a parte *ofendida* no limite dos bens penais a ela atribuídos - vale dizer, a honra, a propriedade etc. -, exercendo o direito de disposição de seus interesses através de seu representante legal, na forma prevista pela lei ou por seus estatutos. Contudo, a maior parte dos doutrinadores sustenta que ela não pode figurar como *ofensora*, por ser incapaz de conduta, bem como impassível de responsabilização penal (cf. PIERANGELI, 2001, pp. 129 e 130).

No que atine à ingerência por parte do consentido, forçoso registrar que acarreta sempre a lesão de um bem jurídico relevante, mas não necessariamente aquele objeto de proteção pelo tipo penal. Nos casos de ocorrência do consentimento-atipicidade (que, como dito alhures, se verificará apenas com relação aos tipos penais que protegem a liberdade de disposição de bens jurídicos pelo indivíduo), a aquiescência do ofendido mantém intacto o bem objeto de tutela penal (liberdade de disposição), provocando a lesão de outros bens juridicamente relevantes, tais como, *v. g.*, a propriedade e a integridade física¹¹⁵. No consentimento-justificação, por outro lado, a anuência do ofendido, não obstante exclua a ilicitude da conduta, provocará invariavelmente a lesão (ou o perigo de lesão) ao bem juridicamente protegido pelo tipo penal, já que, ao contrário do consentimento-atipicidade, nunca sucederá com relação aos tipos penais que tutelam a liberdade de disposição do bem jurídico por seu titular, mas somente com aqueles que protegem os próprios bens em espécie.

Com relação à imprescindível manifestação de aquiescência pelo ofendido, cumpre consignar que se trata da vontade de sofrer uma ingerência no bem jurídico de que é titular, com a consequente diminuição ou exclusão da responsabilidade penal do ofensor. Quanto à forma pela qual tal manifestação se realiza, três são as teorias: (a) teoria da *declaração* da vontade; (b) teoria da *direção* da vontade; e (c) teoria *eclética* (ou *conciliadora*).

Como explica, com muita clareza, HANS-HEINRICH JESCHECK¹¹⁶ (2002, pp. 409 e 410) a teoria da *declaração* de vontade determina que o consentimento deve manifestar-se externamente como negócio jurídico privado¹¹⁷; a teoria da *direção* da vontade pressupõe a pura aquiescência interna do ofendido, sem a necessidade de sua exteriorização; e, por fim,

¹¹⁵ Para exemplificar, pensemos no caso do delito de lesão corporal leve (art. 129, cabeça, do CP), um tipo penal que permite o consentimento-atipicidade, por tutelar a liberdade de disposição da integridade física pelo indivíduo. Em uma situação concreta na qual “A”, no contexto de uma relação sexual de natureza sado-masoquista, pede a “B”, com o intuito de proporcionar mútuo prazer, que este último lhe desfira três chicotadas e queime sua pele com pontas de cigarro, não haverá lesão ao bem tipicamente protegido, qual seja, a *liberdade de disposição*, por “A”, de sua integridade física, mas apenas à sua integridade física em si – que é um bem juridicamente relevante, conquanto não seja o objeto de proteção do tipo penal acima descrito.

¹¹⁶ HANS-HEINRICH JESCHECK (1915-2009), jurista alemão, foi Professor Catedrático de Direito Penal na Universidade de Friburgo de Brisgovia (ALE), onde também foi reitor (1964-1965), bem como fundador e diretor do Instituto Max-Planck de Direito Penal Internacional e Estrangeiro, magistrado do Tribunal Superior de Karlsruhe e presidente da Associação Internacional de Direito Penal. Recebeu doze títulos de doutor *honoris causa* (SIEBER, 2012).

¹¹⁷ O que implica que do consentimento decorram duas declarações de vontade: *proposta* e *aceitação*. A declaração de vontade do proponente ou polícitante – como se nomeia com rigor técnico a quem tem a iniciativa do contrato – deve ser conhecida pela outra parte, cuja declaração, por sua vez, precisa ser comunicada àquele. Será preciso, então, que a conveniência recíproca determine o entrosamento das duas declarações de vontade. Todavia, não se fundem, apenas se integram. Dando-se a integração, o consentimento está formado (GOMES, 2007, p. 332).

para teoria *eclética* (ou *conciliadora*), o consentimento deve ser externalizado de modo a ser reconhecido, de alguma maneira, pelo agente delitivo.

No que tange à teoria eclética, à qual nos filiamos, a imprescindível externalização do consentimento pode ocorrer *expressa* ou *tacitamente*, bem como, ainda, de forma *específica* ou *genérica*. Será *expressa* sempre que manifestamente informada pelo aquiescente e perceptível, de imediato, pelo ofensor (ocorrendo principalmente através das formas verbais de manifestação), ao passo que, diferentemente, será *tácita* quando perceptível pelo comportamento do consenciente, que induz o ofensor a inferir, com nitidez, a vontade daquele de ingerência no bem jurídico de que é titular. De outro modo, será *específica* nos casos em que direcionada a uma ou mais pessoas determinadas, enquanto que, diversamente, será *genérica* nas situações em que dirigida a uma coletividade indefinida.

2.2.2. Validade

Necessário para a validade do consentimento é (i) a capacidade natural de discernimento do consenciente acerca do significado e das conseqüências de sua decisão de renúncia ao bem jurídico protegido de que é titular, e (ii) que sua vontade seja produzida e manifestada sem vícios (erro, coação e fraude).

A capacidade para a outorga de consentimento equivale, em uma primeira análise, à capacidade para a imputabilidade penal, já que a maturidade e o discernimento necessários para manifestação da aquiescência estão estritamente adstritos àqueles necessários ao entendimento do caráter delituoso da conduta a ser realizada pelo agente.

Todavia, não obstante seja aceita, pela Lei penal, a inimputabilidade do agente quando, no momento da ação, era menor de dezoito anos, tinha desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou estava em estado de embriaguez total involuntária¹¹⁸, algumas

¹¹⁸ Art. 26: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Art. 27: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Art. 28: “Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de

observações devem ser feitas com relação à utilização destes critérios como referenciais para capacidade de consentimento.

A primeira delas, uma ressalva, é a de que, embora o Código Penal brasileiro apresente uma presunção *absoluta* de que são imputáveis as pessoas com discernimento mental completo e com idade igual ou superior a dezoito anos, no que atine ao consentimento tal presunção deve ser *relativa*.

Isto porque, como corretamente aponta RODRÍGUEZ (2010, p. 280 a 282), muito embora uma das origens do instituto da presunção absoluta de inimputabilidade para o menor de dezoito anos de idade seja o real processo de formação do caráter que ocorre nas pessoas neste período da vida – e que, por uma série de fatores, turba sua liberdade de decisão -, hodiernamente não se contesta que a principal razão de tal previsão legal seja a *política criminal*¹¹⁹, representada por meio da consagração ao jovem, pelo ordenamento jurídico, da garantia de desenvolver sua personalidade, durante certa quantidade de tempo, sem ser perseguido pelo aparato estatal, senão educado - conquanto ele possa ser de fato responsável por seus atos, conquanto, em última análise, seu desenvolvimento mental não seja de fato incompleto. De se perceber, portanto, que em se tratando de capacidade *etária* para o consentimento, impositiva se mostra sua flexibilização em relação ao modelo da imputabilidade. Em termos concretos, se comprovado que, em determinada situação, o consenciente apresenta plena capacidade de entendimento e de discernimento, então o consentimento por ele outorgado deve ser considerado válido, independentemente de sua idade.

De outro lado, no que toca ao aspecto psicológico da capacidade para o consentimento, se comprovado que no caso concreto, embora apresentando desenvolvimento mental completo, ausente de doenças neurológicas, a pessoa não demonstre competência suficiente de entendimento e discernimento do significado e das consequências de sua decisão, o consentimento por ela outorgado não pode ser considerado válido. Isto porquanto tais condições biofisiológicas não garantem que o indivíduo tenha a real dimensão das conjunturas presentes e futuras da situação em que está inserido - como na hipótese de estar

caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940).

¹¹⁹ Na definição de NILO BATISTA (2011, p. 33): “Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal*”.

tomado por intensas emoções -, pelo que sua capacidade de escolha e decisão estará claramente prejudicada, ou até mesmo comprometida.

A segunda reflexão pertinente é a de que, assim como nos casos de semi-imputabilidade, em que uma doença ou má-formação mental gera incapacidade relativa para o indivíduo entender o caráter delitivo do fato, também sob tais circunstâncias, e pelos mesmos fundamentos (capacidade de compreensão e autodeterminação diminuídas), o consentimento deve ser parcialmente válido, apto a reduzir a pena do consentido de um a dois terços, por analogia ao artigo 26, parágrafo único, do Código Penal. O mesmo raciocínio se aplica à embriaguez total involuntária: se causar a incapacidade absoluta de discernimento do aquiescente, o consentimento não poderá ser considerado válido; se, contudo, provocar uma incapacidade relativa, o consentido poderá ser parcialmente responsabilizado, isto é, poderá ter sua pena diminuída de um a dois terços, em interpretação analógica do artigo 28, inciso II, do Código Penal.

Destarte, com relação à capacidade do consenciente, a outorga do consentimento será, via de regra, tendo em vista as considerações acima delineadas, válida para os imputáveis (excluindo a responsabilidade penal do consentido), inválida para os inimputáveis (não excluindo a responsabilização) e parcialmente válida para os semi-imputáveis (também não excluindo a resposta penal, mas podendo gerar a redução de pena de um a dois terços).

Para além da capacidade do consenciente, essencial ainda para que o consentimento seja válido é que sua vontade seja produzida e manifestada sem vícios, vale dizer, ausente de *erro, fraude* ou *coação*.

O *erro* é uma falsa representação da realidade, isto é, um equívoco sobre as circunstâncias ou elementos do fato, que influi na vontade do declarante, impedindo que esta se forme e se revele em consonância com sua verdadeira motivação. Em outras palavras, tendo sobre um fato noção inexata ou incompleta, o consenciente desenvolve e emite sua vontade de modo diverso do que ocorreria, se daquele tivesse conhecimento exato ou completo. Fundamental ressaltar, desde já, que o erro na outorga do consentimento não se confunde com o *erro de tipo*¹²⁰ ou o *erro de proibição*¹²¹, vez que o primeiro se dá por parte

¹²⁰ Art. 20: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. § 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se

do aquiescente (ou ofendido), ao passo que os últimos ocorrem em relação ao ofensor, que pode ou não ser o consentido¹²².

O erro do consenciente sobre as circunstâncias ou elementos do fato somente tornará nulo o consentimento quando ocorrer por culpa do consentido, quem, em decorrência, poderá ser responsabilizado pela prática de crime culposos (se houver previsão legal, e desde que comprovada a imprudência, negligência ou imperícia). Isto porque o erro pressupõe a inexistência de intenção, por parte do ofensor, de enganar o aquiescente, ao contrário da *fraude*, outra modalidade de vício da vontade, da qual o dolo é elemento intrínseco. Diversamente, o consentimento será válido, mesmo se houver erro, nos casos em que este se originar por culpa do próprio consenciente, de maneira que, cumpridos os demais requisitos, ficará livre o consentido de responsabilização penal, ante a ocorrência da hipótese prevista pelo art. 20, § 1º, do Código Penal. De outro modo, nas situações de erro por culpa de terceiro, este responderá pelo delito em sua modalidade culposa, muito embora continue o consentimento válido em relação ao agente delitivo (art. 20, § 2º, do CP)¹²³.

A *fraude*, por sua vez, é a provocação intencional de um erro. Em outros termos, consiste no emprego doloso, por parte do consentido ou de terceiro, de artifício ou ardis com a finalidade de deturpar o conhecimento do consenciente sobre os elementos ou as circunstâncias do fato, movendo-o a conceder um consentimento que não existiria se tivesse em mente a correta representação da realidade. A diferença elementar entre fraude e erro é

consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime” (BRASIL, 1940).

¹²¹ Art. 21: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência” (BRASIL, 1940).

¹²² Não obstante o erro do consenciente, na outorga do consentimento, possa gerar como consequência, em relação ao consentido, a ocorrência de erro de tipo (art. 20 do CP) ou de erro de proibição (art. 21 do CP).

¹²³ Em termos práticos, tenha-se por referência o elucidativo exemplo a seguir, apresentado por LUCA (2005, p. 752 e 753): “A, a partir de sucessivos exames realizados pelo médico B, soube que sofria de uma grave doença em um de seus rins, submetendo-se, mediante consentimento, a uma complexa cirurgia para a retirada do órgão, cirurgia esta procedida pelo médico B. Posteriormente, comprova-se que A nunca apresentou qualquer moléstia no rim retirado, e que os exames detectaram a doença porque foram realizados com procedimentos inadequados, não recomendados pelo corpo médico do hospital. Neste caso, B deve ser responsabilizado por lesão corporal culposa, pois, embora a cirurgia tivesse sido realizada mediante o consentimento de A, este consentimento foi produzido mediante erro, pela conduta culposa de B, motivo pelo qual se tornou nulo. Se, no mesmo exemplo, os exames tivessem sido realizados pelo médico B e a cirurgia procedida, a partir deles, pelo médico C, então C não poderia ser responsabilizado por lesão corporal, vez que a cirurgia foi realizada mediante o consentimento de A, e o erro em seu consentimento não foi causado por culpa de C, mas de B. Neste caso, o consentimento de A seria válido, e B seria responsabilizado por lesão corporal culposa. Se, entretanto, comprovado que os resultados dos exames foram errôneos porque A, ao submeter-se a eles, ingeriu uma substância que sabia não poder ingerir, pois fatalmente causaria alteração no diagnóstico, então seu consentimento seria válido, e ninguém seria responsável pela lesão”.

que, naquela, a deturpação da realidade no consciente do aquiescente ocorre em razão de estímulos externos, e não de fatores intrapsíquicos, como acontece no caso deste.

Com efeito, da fraude promovida pelo consentido decorre que o consentimento é nulo, podendo-lhe gerar responsabilização criminal na modalidade dolosa. Diferentemente, nos casos em que a fraude for promovida por terceiro, o consentimento será válido para o consentido, não obstante possa levar aquele a responder penalmente por sua conduta dolosa.

De seu turno, ao contrário do que ocorre no *erro* e na *fraude*, na *coação* o consenciente tem pleno conhecimento dos elementos e das circunstâncias fáticas, mas não faz valer sua vontade interna em razão de violência física (que a anula) ou moral (que a corrompe) exercida pelo consentido ou por terceiro.

As consequências práticas da *coação*, para o consentimento, são as mesmas da *fraude*: se realizada pelo consentido, este poderá ser responsabilizado pelo cometimento de crime doloso, já que o consentimento será nulo; caso levada a efeito por terceiro, poderá ensejar-lhe responsabilização pela prática criminal dolosa, restando válido, todavia, o consentimento em relação ao consentido.

De frisar-se, ainda, que em todas as três hipóteses – *erro*, *fraude* ou *coação* –, o vício da vontade deve recair sobre qualquer elemento ou circunstância do fato, desde que seja determinante para outorga do consentimento, isto é, não constitua mero detalhe, ou característica acessória, da conjuntura em questão.

2.2.3. Eficácia

A eficácia do consentimento está relacionada à possibilidade de disposição do bem jurídico protegido pelo tipo penal, por parte de seu titular. Neste sentido, quanto à sua disponibilidade, os bens jurídicos podem ser classificados em: (a) bens *totalmente* renunciáveis – os que são sempre passíveis de disposição pela pessoa; e (b) bens *parcialmente* renunciáveis – aqueles cuja disposição pelo indivíduo é possível somente em alguns casos.

Como com muita clareza explica HELOIZA MEROTO DE LUCA (2005, p. 755), “esta capacidade de disposição é determinada pelo consenso social, dependendo primeiramente da importância social do bem tutelado e da gravidade da lesão, e secundariamente das demais circunstâncias que envolvem o fato, tais como o estado em que se encontra o bem, a finalidade da disposição, dentre outros”.

No que atine à preponderância de interesses, podem ser distinguidos os (a) bens jurídicos individuais; os (b) bens jurídicos sociais; e os (c) bens jurídicos híbridos (os que são ora individuais, ora sociais, a depender da gravidade da lesão). Bens de caráter nitidamente individual, como a honra, são totalmente renunciáveis. Já bens jurídicos de natureza eminentemente social, como a vida, são parcialmente renunciáveis. Por derivação, os bens híbridos, como a integridade física, podem revelar-se preponderantemente individuais ou sociais a depender das circunstâncias do fato.

Imprescindível observar que nenhum bem jurídico é totalmente irrenunciável, na medida em que sua disponibilidade depende sempre da gravidade da lesão e de todos os demais elementos envolvidos no contexto fático. Até mesmo a vida, bem jurídico de maior relevância ao Direito Penal, é passível de disposição em alguns casos raros, tais como o suicídio assistido e a eutanásia, por entender a sociedade que, em tais conjunturas, a manutenção da vida é mais danosa do que o seu término. Entender de forma diversa, rotulando determinados bens com absolutamente *indisponíveis* ou *irrenunciáveis*, significa extinguir de início a discussão sobre a sua disponibilidade, o que acarreta situações de injustiça manifesta, principalmente considerando que os valores sociais estão em constante mudança, a exigir certa flexibilidade do Direito Penal (LUCA, 2005, p. 755).

Em suma, a eficácia do consentimento se verifica sempre que este é outorgado sobre um bem totalmente renunciável, ou quando as circunstâncias do fato autorizem a renúncia do bem jurídico por seu titular, nos casos em que aquele for parcialmente renunciável. Do contrário, existente e válido o consentimento penalmente relevante, mas recaindo sobre bem jurídico que, na situação concreta, se revele indisponível, não será apto a produzir efeitos na seara criminal.

2.3. Conjunturas especiais

2.3.1. Outorga do consentimento por representação

O poder exclusivo atribuído a todo sujeito de regular seus próprios interesses é princípio básico da ordem jurídica em um Estado de Direito Democrático. Tal preceito, todavia, comporta justificadas exceções, como a *representação*, instituto jurídico cuja essência reside na atuação em nome do outro, por necessidade ou por conveniência, direito

este que pode derivar da lei (*representação legal*) ou de um negócio jurídico (*representação voluntária*).

A *representação voluntária*, fundada na autonomia privada, se realiza mediante mandato, que se opera “quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses” (art. 653 do Código Civil; BRASIL, 2002), e cujo instrumento adequado é a procuração. Com relação ao consentimento do ofendido, cumpre observar que a representação por mandato configura forma perfeitamente cabível de manifestação da vontade do aquiescente, preenchendo plenamente o requisito de existência do instituto, nos termos apresentados no item “2.2.1.”. Isto porquanto o mandatário, enquanto representante do mandante, age em nome e por conta deste, nos limites dos poderes a ele concedidos.

Com efeito, como acertadamente assinala PIERANGELI (2001, p. 150), não subsistem razões para que se exclua a representação por mandato do consentimento do ofendido, pois, mediante um mandato genérico, freqüentemente se dispõe de bens jurídicos do mandante. É o que ocorre com as procurações com poderes gerais *ad negotia*, ou mesmo com aquelas com a finalidade de consentir. Em tais casos, obviamente, os elementos individualizadores do consentimento, essenciais ou acidentais, passam a ser diretamente determinados e o consentimento é válido ainda quando o mandante não os havia considerado ou não os previra. Isto porque o que assume relevância é serem os poderes conferidos por um instrumento escrito ou por uma manifestação verbal, ambos válidos para a representação.

É destacado exemplo de consentimento por representação voluntária a *procuração de saúde*, que consiste na nomeação, por pessoa capaz, de um representante com poderes para decidir sobre questões relacionadas à saúde, e que é destinada a circunstâncias em que o indivíduo se encontre inábil para expressar seus desejos sobre eventuais intervenções médicas. E, desde uma perspectiva do consentimento penalmente relevante, não há qualquer impedimento à nomeação de procurador de saúde, notadamente porque, nas conjunturas mencionadas, o mandatário, sabendo que não estará apto a fazer valer suas vontades (inclusive, possivelmente, de renúncia a bens jurídicos de que é titular, como a integridade física e a vida), transfere tal incumbência a outro indivíduo, a quem confia a tarefa de concretizar seus interesses e anseios (manifestos ou tácitos), no delicado contexto de uma enfermidade.

A *representação legal*, por sua vez, fundamenta-se não em um poder de agir derivado da pessoa em nome de quem é exercida, mas em razão da impossibilidade jurídica das pessoas incapazes de proverem seus próprios interesses. Neste sentido, em razão de sua própria natureza, a outorga de consentimento pelo pai, tutor ou curador, em nome de seu filho, pupilo ou interdito, respectivamente, suscita maior divergência doutrinária, em comparação com o consentimento concedido pelo mandatário.

Não obstante, contrariamente ao entendimento dos autores que defendem sua impossibilidade (cf. LUCA, 2005, pp. 751 e 752), nos parece admissível o consentimento do ofendido quando outorgado pelo representante legal do titular do bem jurídico. Não só admissível, como desejável, na medida em que também para os indivíduos carentes de capacidade de discernimento e de decisão, a ingerência de terceiros em seus interesses juridicamente tutelados (sejam eles de natureza patrimonial ou pessoal) em muitas situações se revela conveniente ou necessária. Em tais casos, para que não fiquem os incapazes de consentir impossibilitados de abrirem mão de um interesse, em privilégio de outro mais importante, em uma situação de conflito, caberá ao seu representante legal, legitimado para tanto, outorgar o consentimento em seu lugar, se assim julgar apropriado¹²⁴.

É o entendimento adotado, entre outros, por ROXIN (2001, pp. 542 a 544), quem, nada obstante, ressalva que, a despeito de o poder de representação legal dos filhos, por seus pais, subsista até certa idade (no Brasil até os dezesseis anos, de forma absoluta, e até os dezoito anos, de modo relativo)¹²⁵, nos casos em que o jovem revelar, no contexto fático, possuir a capacidade de discernimento necessária, sua vontade deve prevalecer sobre a de seu legitimado, mesmo que momentaneamente não possa exercer sua faculdade de decisão (por exemplo, por estar inconsciente). Em tais circunstâncias, o eventual ofensor deve atuar de acordo com o que decidiria o menor (isto é, agindo com base em um consentimento

¹²⁴ Tome-se como exemplo o caso de uma cirurgia na coluna cervical a que uma criança, em estado de debilidade física, deve se submeter para voltar a caminhar: faltando-lhe a compreensão de realidade necessária, em razão de sua imaturidade mental e emocional, para que, ponderando os valores em jogo, sopesando os riscos e os benefícios, decida pela realização do procedimento, ficará a cargo de seus pais, enquanto representantes legais, permitir a intervenção médica, que, em última análise, a despeito de sua finalidade curativa, representa uma ofensa à integridade física do menor e precisa ser expressamente autorizada.

¹²⁵ Art. 3º: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Art. 4º: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos” (BRASIL, 2002).

presumido, hipótese de que trataremos especificamente adiante), e não como deseja seu representante legal¹²⁶.

Em outras palavras, muito embora a representação legal constitua meio plenamente cabível de manifestação do consentimento do ofendido, nos casos de conflito de interesses entre representante e representado, sempre que este possuir capacidade para consentir é de se preferir sua vontade.

2.3.2. Consentimento presumido

Consentimento presumido é o que se pressupõe diante das circunstâncias de um fato (PIERANGELI, 2001, p. 161), isto é, aquele que ocorre nas situações em que o consentimento poderia ser emitido validamente, mas não o é porque o paciente - ou seu representante legal - está impossibilitado de outorgá-lo, caso em que o agente realiza uma abstração, agindo como se o consentimento houvesse sido manifestado (LUCA, 2005, pp. 755 e 756).

Conforme leciona JESCHECK (2002, pp. 415 e 416), o consentimento presumido, além de exigir os mesmos requisitos do consentimento próprio, depende de outros três fatores: (a) ponderação de interesses do ofendido pelo ofensor; (b) presunção objetiva de qual seria a decisão que o ofendido teria tomado se conhecesse as circunstâncias; e (c) ação dentro dos limites do risco permitido.

Os dois primeiros fatores estão diretamente relacionados, significando que, em uma situação concreta de conflito entre bens jurídicos de titularidade do ofendido, ou seja, quando dois ou mais interesses deste estejam em risco, cabe ao ofensor privilegiar o mais vantajoso, mas não com base em seu julgamento pessoal, e sim fundamentado em uma perspectiva individual do outro - ainda que aparentemente ilógica ou irracional. Em outras palavras, faz-se mister que ofensor, interferindo no campo de direitos alheio sem a anuência expressa de seu titular para tanto, aja de acordo com a vontade que tal pessoa teria diante do contexto em que se encontra¹²⁷.

Com relação ao critério da atuação dentro dos limites do risco permitido, têm por pressuposto que a ingerência do ofensor na esfera de bens jurídicos de titularidade do

¹²⁶ Contrariamente se posiciona PIERANGELI (2001, pp. 146 a 149): “Diversa, contudo, se nos afigura a solução quando há manifestações conflitantes entre representante e representado, quando deve, no nosso entendimento, prevalecer a decisão do representante, que é a única pessoa a quem atribui a lei o poder de consentir”.

¹²⁷ Como bem nota LUCA (2005, p. 756), o consentimento presumido não se confunde com o estado de necessidade justificante, já que neste os interesses ponderados pertencem um(ns) ao ofensor e outro(s) ao ofendido, enquanto naquela hipótese os bens jurídicos em conflito são unicamente de titularidade deste último indivíduo.

ofendido, ainda que sem seu consentimento expresso, é conduta socialmente desejável, mesmo que tenha por efeito a criação ou o incremento de um risco. Nesse sentido, a atuação do ofensor, estando dentro dos parâmetros de atuação social, atendendo aos requisitos acima descritos, é esperada e positiva, pelo que não poderá render ao agente responsabilização penal, mesmo que em momento posterior se revele que o consentimento presumido não coincidiu com o verdadeiro desejo do ofendido, ou ainda que a lesão provocada pelo agente é maior do que aquela presumivelmente consentida.

Ausentes algum dos requisitos do consentimento próprio, bem como uma das condições específicas acima apresentadas, o consentimento presumido não poderá ser considerado válido, de modo que a conduta do ofensor não será justificada.

2.3.3. Consentimento putativo

Diferentemente do consentimento presumido, no qual o agente tem pleno conhecimento da inexistência de manifestação de aquiescência pelo ofendido, no consentimento putativo o ofensor incide em erro ao crer na ocorrência de um consentimento que, em verdade, não existiu. Em outras palavras, o consentimento putativo é um estado intelectual do agente que, falsamente ou por equívoco, deduz que lhe foi prestado um consentimento válido, autorizando-o a atuar, quando, de fato, não houve tal anuência (PIERANGELI, 2001, p. 165).

Trata-se, pois, de admissível hipótese de *erro de proibição* (art. 21 do Código Penal), na medida em que o consentimento, se realmente fosse prestado, constituiria legítima causa de justificação.

Neste contexto, para que se exclua a culpabilidade da conduta do agente, imprescindível que se verifiquem, no caso concreto, não apenas o erro inevitável, como também os requisitos de validade e eficácia do consentimento, vale dizer, a disponibilidade do bem jurídico lesionado, a capacidade de seu titular para consentir e manifestação de vontade ausente de vícios.

2.3.4. Consentimento *ex post*

O consentimento *ex post*, isto é, aquele que é outorgado após a execução do evento, suscita, juntamente com o consentimento concedido durante a realização do ato, relevantes discussões doutrinárias acerca de sua eficácia.

Para a maior parte dos autores (cf. PIERANGELI, 2001, pp. 156 e 157), o consentimento só tem validade para o futuro, ou seja, só é eficaz quando prestado anteriormente à conduta do agente. Isto por considerarem que o consentimento posterior já não poderá criar qualquer efeito no sentido de excluir a antijuridicidade, “diante da regra pacífica na doutrina de que a ratificação não produz qualquer efeito no Direito Penal em sede de consentimento do ofendido”. Reconhecem, todavia, que fora do contexto da antijuridicidade da conduta, na esfera da extinção da punibilidade do agente, a ulterior aquiescência da vítima pode se refletir, nos casos de ação penal privada, na renúncia pelo titular do bem jurídico de seu direito de oferecer queixa crime, ou ainda em perdão pelo ofendido, desde que aceito pelo ofensor¹²⁸.

Para esta mesma corrente doutrinária, o consentimento dado durante a execução do fato não pode assumir efeitos justificativos, já que as ações e omissões praticadas antes do consentimento não podem assumir qualquer eficácia retroativa. Bem por isso, defendem que quando o consentimento é outorgado no curso da ação, permanecem antijurídicos os atos realizados até o momento da manifestação consensual pelo titular do direito violado.

De outro modo, HELOIZA MEROTO DE LUCA (2005, pp. 757 e 758), analisando o consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva, entende que a aquiescência da vítima será eficaz antes, durante ou após a realização do evento, notadamente porquanto, quanto às duas últimas hipóteses, o consentido não incrementou o risco do consenciente, na medida em que é este próprio quem se coloca em tal situação.

Assinala a autora que, como pela teoria da imputação objetiva a análise do incremento do risco antecede a análise da própria tipicidade, e conseqüentemente, do dolo que está a ela atrelado, então não há que se falar em intenção do agente, pois a conduta não será sequer típica. Ressalva, contudo, que o consentimento após o evento será eficaz somente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, circunstância na qual poderá ocasionar a absolvição do réu ou a diminuição de sua pena pelo juiz.

De se observar, em conclusão, que a divergência entre as mencionadas correntes doutrinárias ocorre nitidamente em razão da adoção, por cada uma, de pressupostos teóricos distintos para sustentar seus raciocínios. Por esta razão, entendemos que nenhuma das soluções acima apresentadas se mostra equivocada, de modo que a decisão, em um caso

¹²⁸ Art. 107: “Extingue-se a punibilidade: (...) V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; (...)” (BRASIL, 1940).

concreto, acerca da eficácia do consentimento outorgado no decorrer ou em momento posterior do ato, dependerá, em termos práticos, da adesão (ou não), pelo intérprete, aos critérios limitadores da responsabilidade penal estabelecidos pela teoria da imputação objetiva.

2.3.5. Revogação do consentimento pelo ofendido

Questão mais tranquila é a da revogação do consentimento pelo ofendido. A esse respeito, considera-se livremente revogável o consentimento antes do início da execução do evento, sendo sempre eficaz em tais casos. Como elucida PIERANGELI (2001, p. 158), isto acontece porque o consentimento não cria vínculo obrigatório, isto é, não faz nascer um dever para o titular do bem jurídico, assim como não transfere para o agente o direito à execução do fato.

De outra forma, ocorrendo durante a execução do ato, a revogação pode ou não ser eficaz, a depender da possibilidade de interrupção do curso causal. Neste sentido, será eficaz quando a conduta puder ser interrompida e, ao contrário, não o será diante da impossibilidade de interrupção. Na primeira hipótese, não poderá ser o agente responsabilizado penalmente pelos efeitos obtidos antes de sua revogação, os quais estarão plenamente justificados. Da mesma maneira, excluídas de ilicitude as consequências advindas de fato a que o agente, com consentimento do ofendido, deu causa, mas que, diante da revogação, não pode impedir de ocorrer.

Ademais, serão sempre passíveis de punição os excessos, assim como as omissões do agente nos casos em que, podendo interromper o curso causal através de uma contra ação, não a realiza, permitindo que o resultado se verifique.

2.4. Aspectos penais: tratamento dogmático do consentimento pelos doutrinadores nacionais

Os Códigos Penais brasileiros jamais destinaram tratamento específico ao consentimento do ofendido, tendo ficado este, ao longo da história do país, a cargo da doutrina. Com efeito, a despeito de tradicionalmente dedicaram pouco espaço à matéria, os estudiosos de Direito Penal pátrios contribuíram sobremaneira para a evolução da abordagem

da questão que, se em seus primórdios era negada sob qualquer hipótese, passou nos últimos anos a ser estudada e compreendida no contexto da complexidade das relações sociais atuais.

O primeiro autor de destaque a tratar do tema foi NELSON HUNGRIA (1940, pp. 101 a 103), quem propugnava a negação da eficácia do consentimento do ofendido, em qualquer hipótese, em razão do caráter eminentemente público do Direito Penal, bem como da impossibilidade, em seu entendimento, de renúncia a bem ou interesse jurídico a exclusivo arbítrio de seu titular.

De modo distinto, JOSÉ FREDERICO MARQUES (1997, pp. 186 a 195), contrariamente ao argumento de que o consenso em nada poderia influir na averiguação da antijuridicidade em razão da indisponibilidade dos bens penalmente tutelados, aduz que não é a tutela penal que torna indisponível, ou não, determinado interesse que a lei ampara, mas sim um juízo de valor fundado nos mandamentos de toda ordem jurídica. Filiado à teoria dualista do consentimento, defende que o interesse estatal se identifica com a conservação de bens individuais somente enquanto esta corresponda à vontade do titular, e que tais bens jurídicos não podem ser tidos como lesados quando o respectivo sujeito manifestou sua vontade em sentido favorável à lesão.

Na mesma linha, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (2003, pp. 236 e 237), também adepto da tese dualista, aponta expressamente os bens jurídicos que julga disponíveis – a honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos e o patrimônio -, assim como aqueles que entendia por indisponíveis – a vida e a administração pública. Coloca que para o consentimento ser eficaz, além de ter por objeto um bem jurídico disponível, deve ser anterior ou contemporâneo à ação, bem como outorgado pelo titular único do bem jurídico, pessoa que deve, ainda, ter capacidade de discernimento para tanto.

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (1991, pp. 214 e 215), de seu turno, sobressai-se por apresentar as várias funções que o consentimento pode assumir na área penal, revelando-se (a) ora como elemento essencial do tipo (v.g. *sedução* - art. 217 do CP -, já revogado), (b) ora como excludente de tipicidade (*introdução de animais em propriedade alheia* - art. 164 do CP), (c) ora como causa de justificação (*dano* - art. 163 do CP), e (d) ora como fator irrelevante ao Direito Penal, em que não apresenta qualquer eficácia (*homicídio* - art. 121 do CP).

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI (2001, pp. 264 a 267), em obra dedicada inteiramente ao tema – derivada de sua dissertação de mestrado -, assere que todos os critérios fixados pela doutrina no sentido de permitir a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis apresentam-

se como insuficientes ou incompletos. Com efeito, salienta que “diante destas dificuldades, para se reconhecer a disponibilidade ou não de um bem jurídico, é de se perquirir as fontes que as regulam e, entre estas, o exame dos usos e costumes, a sua reiterada inserção no ordenamento jurídico, a tutela que recai sobre determinados bens em que sublinhe o interesse público, ou, ainda, examinar quando o próprio ordenamento jurídico dispõe, de maneira expressa ou implícita, a possibilidade de tutela e validade do consentimento”.

Assinala, ademais, que a distinção entre *acordo* (ou *aquiescência*), que gera a atipicidade, e *consentimento*, que produz a justificação, é desnecessária, já que ambas as expressões possuem o mesmo significado. Prefere, neste sentido, a utilização das palavras como sinônimas, privilegiando o termo *consentimento*, tanto nos casos de afastamento da tipicidade objetiva, quanto nas situações de exclusão da ilicitude.

MIGUEL REALE JÚNIOR (2009, pp. 172 a 175), por sua vez, observando que não é o interesse do particular que dita a antijuridicidade (ou não) da conduta - e que seu consentimento não transforma automaticamente o valor especificado em determinado caso em valor socialmente indiferente -, destaca que o ato de disposição do bem jurídico, por seu titular, só pode tornar sem objeto a ação delituosa em hipóteses raras, vale dizer, apenas quando acima do interesse de proteção estatal houver um interesse de que a ação delituosa se realize para salvaguardar um outro valor ameaçado.

ANTÔNIO LUÍS CHAVES CAMARGO (2001, pp. 180 a 184), analisando o consentimento do ofendido sob a perspectiva da teoria da imputação objetiva, introduz a ideia do agir comunicativo entre o ofendido e ofensor, como também a noção de autocolocação da vítima em perigo. Esta, principalmente, de fundamental importância, já que, uma vez verificada em um caso concreto, no contexto de lesão a um bem jurídico, poderá servir de fundamento para a diminuição ou exclusão da responsabilidade penal do agente.

VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ (2010, pp. 254 a 258), por fim, julga acertada a ausência de previsão no ordenamento jurídico nacional do consentimento do ofendido como causa de exclusão da antijuridicidade, por entender, quanto à disponibilidade do bem jurídico (que é pressuposto de um consentimento eficaz), ser delicada a atribuição a uma pessoa específica da posição de titular único do interesse que é ofendido pelo fato típico.

Para o doutrinador, o consentimento do ofendido não pode ser tratado pelo Direito Penal como uma licença genérica para atitudes objetivamente desvaloradas, de modo que a questão deve ser resolvida a partir da aferição, em uma situação concreta, se o autor, ainda

que agindo com o consentimento do ofendido, enfrentou (ou não) o ordenamento jurídico como um todo, estando justificada sua conduta apenas se tal enfrentamento não se verificar¹²⁹.

Apresentado o desenvolvimento doutrinário do tratamento jurídico do consentimento penalmente relevante, dos autores clássicos aos contemporâneos, nota-se nitidamente uma evolução de abordagem – à parte dos postulados consagrados pela matéria, sólidos ao longo do tempo. Não apenas a análise da questão sob a perspectiva das teorias mais modernas do Direito Penal - expressamente a imputação objetiva -, também representa tal progresso a contextualização do consentimento do ofendido no âmbito da sociedade atual, vale dizer, complexa, perigosa e altamente tecnológica, e dos problemas que lhe são inerentes.

É com base nestas reflexões que será dedicado o próximo capítulo, o qual será destinado, integralmente, à tarefa de analisar o consentimento do ofendido – seu cabimento e viabilidade – nas hipóteses de morte eutanásica.

¹²⁹ Ilustrando sua proposição, o autor afirma que “o médico que promove a eutanásia (consentida) convicto de que não enfrenta o ordenamento pode, em casos extremos, ter sua conduta justificada” (RODRÍGUEZ, 2010, p. 257).

3. O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CRIMINALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA

Conforme se verificou no primeiro capítulo, está intrinsecamente ligado ao conceito de eutanásia - enquanto abreviação da vida de um indivíduo, provocada por terceiro, com a intenção de eliminar sofrimento imposto por condição física ou de saúde, considerada irreversível -, o consentimento (ou petição) por parte do paciente, acerca de tal ato. Outrossim, como se apurou, tal exigência (de anuência por parte do paciente), no âmbito da bioética, representa o pleno exercício do princípio da *autonomia*, isto é, a concreta realização do respeito à livre decisão individual dos sujeitos sobre seus próprios interesses, sempre que não afetem a terceiros, e desde que se tratem de escolhas racionais e espontâneas, ainda que errôneas ou potencialmente prejudiciais ao próprio indivíduo.

Na mesma direção, concluiu-se, a partir de um estudo específico da teoria do consentimento penalmente relevante, que este pode ser entendido como a autorização manifesta, pelo titular de bens jurídicos de elevada importância, para que outrem realize a ingerência em sua esfera de direitos. Além disto, observou-se que o consentimento do ofendido configura expressão máxima da liberdade individual e da autonomia da vontade, embasado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e que pode acarretar, na seara criminal, a exclusão (ou a minoração) da responsabilidade do agente delitivo.

Todavia, não obstante tais considerações preliminares, fruto de uma análise particularizada de cada um dos temas (eutanásia e consentimento), restou a questão primordial à qual se propôs resolver neste trabalho: tal consentimento do paciente, inerente ao conceito de morte eutanásica, tem o condão de excluir a responsabilidade penal do sujeito que a leva a efeito?

Para a expressiva maioria dos autores (cf. VILLAS-BÔAS, 2005, pp. 185 a 189)¹³⁰ a resposta é não, isto é, o consentimento não legitima a eutanásia, na medida em que, segundo argumentam, a vida, bem jurídico *sagrado* e da mais alta valoração pelo ordenamento jurídico, é considerado inviolável pela Constituição brasileira e, portanto, indisponível desde um ponto de vista jurídico-penal.

¹³⁰ "Observa-se que o consentimento da vítima não é relevante em nosso sistema, pondo em relevo a indisponibilidade do bem jurídico em questão. Na atual conjuntura, entretanto, de valorização da autonomia, parece inconcebível que a vontade do interessado não seja levada em consideração, referendando-se apenas a motivação subjetiva do agente como causa do privilégio legal. Ninguém melhor que o próprio indivíduo que sofre pode avaliar quão insuportável é seu sofrimento, de modo a justificar a piedade do agente e, consequentemente, a diminuição da pena" (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 222).

Contudo, não obstante tal argumento represente a opinião da maior parte da doutrina, não se trata de posicionamento unânime. Com efeito, como bem assinala o constitucionalista ROBERTO DIAS (2012, p. 122), em contraposição ao entendimento prevalente na doutrina brasileira, notadamente a que se dedica às questões penais, "a expressão 'inviolabilidade do direito à vida', consagrada constitucionalmente, não indica que a vida é um dever para consigo mesmo, e para com os outros, tampouco pode ser entendida como um direito absoluto, indisponível e irrenunciável".

Como leciona o Professor paulista, nos termos da Constituição a inviolabilidade de tal direito significa, em verdade, que ele não tem conteúdo econômico-patrimonial e que, mais do que isso, ninguém pode ser privado dele arbitrariamente, vale dizer, sem sua anuência. Assenta o autor, com efeito, que a indisponibilidade do bem jurídico vida deve ser entendida apenas sentido de que ninguém pode dispor da vida de outrem, ao menos sem seu consentimento. Noutros termos, apropriando-nos das palavras de RACHEL SZTAJN (2002, p. 156), "a inviolabilidade da vida tem que ver com terceiros, cuja ação contra a vida alheia é coibida, mas não se pode ler o texto constitucional de forma a proibir que qualquer pessoa decida sobre a duração de sua vida".

E é a esta corrente doutrinária que nos filiamos, por entendermos que a previsão constitucional acerca da "inviolabilidade" do direito à vida (art. 5º, cabeça) se destina a impedir que as pessoas tenham a vida ceifada de maneira despótica, vale dizer, sem a aquiescência de seu titular, refutando a ideia de que tal direito seja indisponível do ponto de vista de seu portador e de que, portanto, os indivíduos não podem escolher os caminhos que lhes convierem no que diz respeito à própria vida e à própria morte.

Considerar, tal como o faz a doutrina majoritária, que o direito fundamental à vida é irrenunciável, seria o mesmo que transformá-lo em um verdadeiro dever de viver. Significaria, ainda, ignorar que a renúncia é também uma das formas possíveis de exercício dos direitos fundamentais, na medida em que a realização destes inclui, em alguma medida, a possibilidade de sua disposição ou de sua limitação, quando estas representarem a manifestação genuína do exercício de outras garantias de igual *status*: a da autodeterminação individual e a do livre desenvolvimento da personalidade subjetiva.

Ademais, a Constituição da República, além de prever a inviolabilidade do direito à vida, atribui a mesma qualidade aos direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, cabeça), entre outros. Isto significa que, também por isso, não se pode interpretar o termo "inviolável" enquanto sinônimo de "indisponível", "absoluto",

"irrenunciável" - ou no sentido de que não admite ponderação -, já que são inúmeras as hipóteses em que tais bens protegidos juridicamente estarão em contraposição, exigindo que, num exercício de ponderação - como ocorre concretamente nas causas justificadoras, em uma conjuntura de realização de um fato típico - se decida qual dos valores deve prevalecer.

Com efeito, na qualidade de bem jurídico parcialmente renunciável (na classificação que estabelecemos no item "2.2.3."), a vida pode, em uma análise das circunstâncias do fato (como o estado em que se encontra o bem e a finalidade da disposição), revelar-se passível de disposição por seu titular, tornando o consentimento, em condições ideais de existência e validade, também eficaz, com a consequente exclusão da responsabilidade penal do autor do ato lesivo.

A este respeito, cumpre consignar que para que o paciente possa, atendendo aos requisitos de validade do consentimento, prestar sua anuência à prática da eutanásia, faz-se mister a presença, em resumo, de quatro elementos essenciais: revelação adequada e veraz da informação - por parte da equipe médica; além de compreensão correta da informação, consentimento voluntário e capacidade do para consentir - estes por parte do paciente ou de seu representante. Preenchidos estes quatro requisitos, constituído estará o *consentimento informado*¹³¹, essencial para o pleno exercício do princípio da autonomia¹³².

No que atine à revelação adequada da verdade ao paciente, tem por intuito prevenir que a equipe médica, visando preservá-lo, evitando eventuais desgastes emocionais, omita informações a respeito de sua real condição clínica. Isto porque, não obstante possa efetivamente impedir a superveniência de males de ordem psicológica, tal potencial benéfico fica mitigado se sopesado com os malefícios advindos do estado de ansiedade e de aflição em razão da situação de incerteza que vive o paciente naquela hipótese, bem como dos prejuízos

¹³¹ "Pode ser concebido primordialmente como um direito, subjetivo, que entronca com diversos direitos fundamentais e que, enquanto tal, confere legitimidade ao ato médico nas demais e variadas projeções jurídicas que possa apresentar o dito ato (p. ex. civis ou penais). (...) Podemos, conseqüentemente, adiantar que a informação e o *consentimento informado* são obrigações legais, como meio de respeito da autonomia ou autodeterminação dos pacientes, cujos direitos fundamentais e civis mantêm sua plena vigência apesar da situação de debilidade em que possam se encontrar, por causa dos padecimentos que sua enfermidade provoca" (CASABONA, 2004, pp. 129 e 130).

¹³² "As informações prestadas pelo médico (verdadeiras, claras, corretas, completas e com linguagem acessível), referentes às condições clínicas do paciente, sobre as alternativas de diagnóstico e terapêutica, com suas chances de sucesso, riscos, vantagens, desvantagens, sequelas ou complicações, mesmo os desconfortos que poderão ocorrer, ajustadas às possibilidades de compreensão do paciente ou de seu representante legal, constituirão condição *sine qua non* do consentimento, para qualquer tipo de procedimento diagnóstico, terapêutico ou experimental. O exercício da autonomia por parte do paciente pressupõe necessariamente conhecimento e informação. Este deve possuir, a sua disposição, todos os dados relevantes para que possa, de forma voluntária, livre e consciente, decidir" (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 223).

advindos de uma tomada de decisão, por parte do indivíduo debilitado, que não representa seus verdadeiros interesses.

Por sua vez, a compreensão correta da informação não significa que deva o paciente, ou seu representante, assimilar os fundamentos científicos e as razões técnicas que o conduziram ao estado de debilidade física ou fisiológica, mas tão somente entender as causas que levaram à necessidade de determinada escolha e as consequências que dela poderão advir. Essencial, para tanto, que o médico ofereça ao assistido o mais claro e acessível relato possível, com o fito de promover o entendimento adequado da real situação em que o paciente se encontra, permitindo um ambiente ideal de tomada de decisão, posicionamento de elevada relevância, na medida em que muitas vezes acarretará consequências irreversíveis.

Para que seja válido, o consentimento deve ainda ser voluntário, o que, em termos práticos, significa que a equipe médica não pode influenciar a decisão final do paciente ou daquele que o representa (persuadindo-o a fazer uma escolha diferente daquela que seria tomada em uma conjuntura de liberdade de julgamento), mas, sim, tem a obrigação de respeitar as opiniões e convicções do enfermo, agindo em conformidade com elas.

Incapacitado o paciente de consentir, seja por restrição física ou de saúde, seja em razão de determinação legal, valem as observações postas no item "2.3.1.", quanto à outorga do consentimento por representação (seja esta legal ou voluntária). Com relação a este assunto, cumpre por ora apenas recordar que é uma destacada forma de consentimento por representação - perfeitamente legítima, desde uma perspectiva jurídico-penal - a *procuração de saúde*, isto é, a nomeação, por pessoa capaz, de um representante com poderes para decidir sobre questões relacionadas à saúde, e que, como já explicado, é destinada a circunstâncias em que o indivíduo se encontre inábil para expressar seus desejos sobre eventuais intervenções médicas, transferindo tal incumbência a outro indivíduo, a quem confia a tarefa de concretizar seus interesses e anseios (manifestos ou tácitos), no delicado contexto de uma enfermidade.

De teor muito similar a mencionado documento, há ainda o *testamento vital* (ou *living will*), instrumento formal por meio do qual uma pessoa capaz manifesta antecipadamente sua vontade em relação aos procedimentos médicos que admitirá ou recusará quando, por qualquer motivo, se tornar inábil para expressar seus desejos sobre intervenções médicas que afetem sua saúde, seu corpo, sua vida e sua morte.

De origem estadunidense¹³³, onde goza de estatuto legal e concede imunidade civil e criminal aos profissionais de saúde que respeitem suas prescrições, o testamento vital tem grande utilidade para preservar a autonomia e a dignidade da pessoa quando ela não mais puder expressar sua vontade acerca dos possíveis procedimentos médicos referentes à situação em que se encontra, ou sobre eventual prolongamento de sua vida nestas circunstâncias.

Além de seguro meio de garantir o respeito à vontade da pessoa no final de sua vida, trata-se de um documento hábil a proteger o profissional de saúde de possíveis reclamações acerca de sua atuação, bem como de eventuais consequências judiciais a seus atos. Isto porque, apesar de não haver no Brasil qualquer referência legal expressa ao testamento vital, não há razão para rejeitar sua força jurídica, notadamente na seara penal, vez que não há qualquer vedação, desde a perspectiva da teoria do consentimento do ofendido (cf. item "2.2.1."), à aquiescência prestada anteriormente ao fato, por meio de declaração de vontade externalizada por via escrita.

Cumpridos os demais requisitos de existência, validade e eficácia do consentimento, não há qualquer motivo para rejeitar-se a aquiescência expressa através do testamento vital. Insta ressaltar, por outro lado, que, evidentemente, o signatário poderá revogar mencionado instrumento, devendo-se, neste sentido, respeitar-se sua última vontade, mesmo que manifestada sem as formalidades adotadas quando da elaboração do documento¹³⁴.

Como pretendeu-se demonstrar neste capítulo, dispor sobre a própria vida, recusando um tratamento médico ou consentindo com a antecipação da morte, é um ato lícito, vale dizer, perfeitamente possível desde uma perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico, porquanto, apesar da previsão constitucional da inviolabilidade do direito à vida, bem como de se tratar tal garantia fundamental de pressuposto para o exercício dos outros direitos, tais qualidades não acarretam que tal princípio não possa se submeter à uma ponderação de valores, e, em uma situação concreta, restar preterido em relação a outro bem juridicamente protegido, que com ele se choque.

Tal constatação, uma vez realizada, induz à uma única conclusão: de que, na análise fática de uma conjuntura de eutanásia, a aquiescência prestada pelo paciente quanto ao encerramento de sua vida por parte de terceiros, poderá tornar eficaz o consentimento, já que

¹³³ O *living will* ganhou força de lei, pela primeira vez, no estado da Califórnia, em 1976, com a edição do *Natural Death Act*, tendo sido posteriormente ampliado para todo país, pelo Congresso estadunidense, por meio da aprovação do *Patient Self-Determination Act* (DIAS, 2012, pp. 193 e 194).

¹³⁴ Para os casos de revogação do consentimento pelo ofendido durante a execução do ato, cf. item "2.3.5."

este está intrinsecamente relacionado à possibilidade de disposição do bem jurídico protegido pelo tipo penal, por parte do indivíduo que é seu titular. Isto, logicamente, se preenchido os demais requisitos de existência e validade, que, por estarem atrelados à critérios concretos, isto é, relacionados aos meandros de uma situação fática, devem ser analisados casuisticamente.

Imprescindível anotar, ademais de todo o estudo que se buscou desenvolver na presente obra, que a análise dogmática que ora se propôs foi idealizada (e só faz sentido) em razão de uma verificação reveladora: a legislação brasileira, em nenhum de seus incontáveis dispositivos, em qualquer de seus inúmeros diplomas, estabelece expressamente a exclusão de responsabilidade penal do agente que pratica a eutanásia, não obstante a clara incoerência de tal opção político-criminal em relação às garantias fundamentais expressamente asseguradas na Constituição da República, bem como aos princípios norteadores do moderno Direito Penal.

Como bem observa o jusfilósofo estadunidense RONALD DWORKIN¹³⁵, a base emocional mais forte para se opor à eutanásia, presente em grande medida na sociedade e refletida na maioria das legislações, talvez seja a convicção de que a vida humana é *sagrada* e que, por se tratar de uma dádiva conferida por Deus, ninguém poderia dela dispor. Nem mesmo em situações de eutanásia, já que a renúncia à própria vida seria condenável em todas as circunstâncias e, portanto, as pessoas deveriam tolerar o sofrimento até que a vida chegasse a seu fim natural. Contudo, como acertadamente ressalva, nas modernas democracias pluralistas "não compete ao governo ditar aquilo que seus cidadãos devem pensar sobre valores éticos e espirituais, em especial sobre valores religiosos" (2003, p. 18).

Nesta mesma direção, o jurista alemão BERND SCHÜNEMANN¹³⁶ vai além, para afirmar que a cláusula da *ultima ratio*¹³⁷ no Direito Penal tem por consequência clara a noção de que não se pode proteger o bem jurídico contra a vontade de seu titular e que, até hoje, as difundidas tentativas de proteger o bem jurídico também contra o seu titular, por meio de construções restritivas do poder de disposição, se revelam tanto disfuncionais - sob a

¹³⁵ Professor de Filosofia Jurídica na Universidade de Oxford (ING) e Professor de Direito na Universidade de Nova York (EUA) (DWORKIN, 2003).

¹³⁶ Professor Doutor da Universidade de Munique (ALE) (SCHÜNEMANN, 2005).

¹³⁷ O princípio da *ultima ratio* decorre de um imperativo político-criminal proibitivo do excesso: "não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo da liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade" (FERRAJOLI, 2002, p. 83).

perspectiva da idoneidade ou da adequação -, quanto errôneas - por violarem a liberdade de ação do titular do bem jurídico (2005, pp. 32 a 34).

Cita como exemplo, demonstrativo de seu raciocínio, o dispositivo do § 228 do Código Penal alemão, que declara ineficaz o consentimento do ofendido quando o fato, apesar da aquiescência, viole os bons costumes, o que demonstra ao autor "uma escandalosa tentativa do legislador de impor determinadas formas de vida no âmbito da integridade física" (SCHÜNEMANN, 2005, p. 33). Com efeito, assere, ainda, que a fundamentação histórica de dispositivos como este - bem como de outros, como os tipos penais de *auxílio ao suicídio* (no Brasil) e de *homicídio a pedido* (na Alemanha) -, com base na moral cristã, não fornece legitimação suficiente à responsabilização penal que deles provém.

Todas estas reflexões estão inseridas no que se compreende atualmente por *paternalismo legal*, comumente definido como a interferência do Estado, através do ordenamento jurídico, na liberdade de um indivíduo e contra sua vontade, com o fito de promover um bem ou evitar um mal, por se entender que tal pessoa desconhece o que é melhor para si própria. Dentre suas variadas espécies, destaca-se o *paternalismo jurídico-penal*, sustentado por normas de proibição que visam a proteger determinados interesses.

Sem querer aqui nos aprofundarmos no assunto, que, por sua complexidade, exige um estudo específico, realizado em apartado, fato é que uma legítima teoria paternalista do Direito Penal necessariamente pressupõe uma condição de vulnerabilidade do indivíduo, isto é, uma situação de ausência de capacidade de discernimento ou de livre manifestação de vontade, que impeça o pleno exercício de sua autonomia e, por consequência, a responsabilização por seus atos (MARTINELLI, 2010, p. 263).

Ocorre que, via de regra, tal característica não é evidenciada em um contexto de morte eutanásica, pelo que a autonomia do paciente (em condição irreversível ou terminal) deve ser absolutamente prestigiada e respeitada pelo ordenamento jurídico, ao qual incumbe - notadamente diante do crescente número de casos de prolongamento da morte, em virtude do desenvolvimento tecnológico - conferir aos indivíduos que se encontram nesta conjuntura (o próprio assistido, as pessoas próximas e a equipe médica) certa segurança de que não haverá qualquer tipo de responsabilização penal a quem eventualmente realizar o desejo do enfermo.

É inegável a constatação de que a antecipação do fim da vida de determinada pessoa a impede de exercer qualquer atividade, o que, em termos práticos, representa a definitiva perda de sua autonomia. Todavia, em situações de doença terminal ou de estado clínico grave e irreversível, não há qualquer perspectiva de autonomia futura. Neste sentido, nos casos de

eutanásia a tutela penal da vida demonstra-se nitidamente ilegítima, já que punir-se o médico ou um familiar que tenha atuado para interromper um tratamento, a pedido (ou com o consentimento) do paciente, significa tratar paternalisticamente um bem que se encontra, para seu titular, em uma situação concreta, irreversivelmente condenado, o que conduz a uma conjuntura fática ilógica e absurda: submete-se um sujeito à responsabilização criminal, com o fito de, preservando a vida a todo custo, prolongar a agonia de alguém que, em pleno exercício de sua liberdade individual, pede àquele para interrompê-la.

De todo modo, para enquanto perdurar a opção de política criminal do Estado brasileiro de eleger a conduta eutanásica como penalmente relevante, vale dizer, prescrevendo-a como delito e prevendo a punibilidade de indivíduos que a realizem, está apresentada uma saída dogmática, desde uma perspectiva da teoria do consentimento, de resolução da questão, de forma a evitar a responsabilização criminal na conjuntura mencionada. Se por um lado se encontra embasada em um raciocínio jurídico-penal que julgamos correto tecnicamente, por outro, e principalmente, tem o mérito de, a nosso ver, apresentar a solução que mais se aproxima da efetiva realização do princípio da dignidade humana, expoente maior da liberdade individual, e fundamento e justificação última dos demais direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

1. A multiplicidade de significados do termo "eutanásia" está vinculada aos limites da ideia de "boa morte", vale dizer, aos fins a que tal modo de interrupção da vida deve servir, de maneira que é consensual o entendimento de que a morte eutanásica necessariamente deve ocorrer de maneira suave e tranquila, sem dores ou sofrimento.

2. A eutanásia, não obstante as diversas definições que lhe são impropriamente atribuídas, refere-se, em sentido estrito, à "boa morte" *provocada, heterônoma voluntária e resolutiva terapêutica*. Noutros termos, à abreviação artificial da vida de um indivíduo, provocada por terceiros com seu consentimento e atendendo a seus interesses, bem ainda com a intenção de eliminar sofrimento imposto por condição física ou de saúde grave e considerada irreversível no atual estágio das ciências médicas.

3. A promoção do óbito, isto é, a antecipação artificial da morte proposta pela eutanásia, não encontra óbices no estágio atual de evolução da Bioética, na medida em que não infringe o arcabouço de preceitos de referida área do conhecimento. Considerando que o princípio da beneficência prima pela promoção do bem do paciente; que o princípio da não maleficência implica a supressão ou, subsidiariamente, a minimização de danos; que o princípio da autonomia pressupõe o respeito do profissional de saúde à vontade do enfermo e de sua família; que o princípio da justiça garante ao acesso do doente a qualquer serviço de saúde disponível, a seu critério, constituindo direito, e não dever; que o princípio da qualidade de vida compreende que o bem-estar do indivíduo deve ser fator considerado na tomada de decisões médicas; e que o princípio da sacralidade da vida humana preceitua que a manutenção da vida não é dever absoluto, a despeito de seu valor intrínscio; e tendo em conta que mencionados preceitos estão albergados, direta ou indiretamente, pelo Código de Ética Médica (CFM, 2010), conclui-se não ser a prática da eutanásia ilegítima desde um ponto de vista da bioética e da ética médica.

4. Em consonância com a teoria *dualista* do consentimento, pode-se classificar o consentimento em duas espécies: *consentimento-atipicidade* e *consentimento-justificação*. O primeiro representa o exercício, pela vítima, da liberdade de disposição de bens juridicamente relevantes, a qual se encontra assegurada em certos tipos penais e que, quando presente, exclui a tipicidade da conduta. O segundo, por outro lado, é a renúncia, enquanto vontade externalizada pelo ofendido, à proteção penal oferecida pelo Estado a bens jurídicos de que é

titular, e se manifesta apenas em tipos penais que apresentam o dissenso entre ofensor e vítima como seu elemento integrante.

5. O consentimento do ofendido possui natureza jurídica eminentemente penal, não se confundindo com o consentimento civil. Constitui instituto autônomo, fundamentado na capacidade de autorização, por parte de um indivíduo, de ingerência de terceiros em seus bens, que produz efeitos de diminuição ou exclusão da responsabilidade penal do agente. A relação essencial se percebe entre o ofendido, titular de determinado bem jurídico, e o Estado, a quem incumbe protegê-lo, e não entre o consenciente e o ofensor. Ao reverso, o consentimento civil está necessariamente atrelado a um negócio jurídico, isto é, a uma manifestação de vontades de índole eminentemente privada. O vínculo relacional é verificado entre as partes, e não entre algum dos sujeitos e o Estado.

6. Para que o consentimento exista é necessária a presença de pelo menos duas pessoas, ofendido e ofensor, em polos opostos da relação; de ingerência, por parte deste, em um bem jurídico do qual aquele é titular; além de manifestação de aquiescência, pelo primeiro e dirigida ao segundo, sobre mencionada ingerência. Necessário para a validade do consentimento é a capacidade natural de discernimento do consenciente acerca do significado e das conseqüências de sua decisão de renúncia ao bem jurídico protegido de que é titular, e que sua vontade seja produzida e manifestada sem vícios (erro, coação e fraude). Por sua vez, a eficácia do consentimento está relacionada à possibilidade de disposição do bem jurídico protegido pelo tipo penal, por parte de seu titular, não olvidando-se que nenhum bem jurídico é totalmente irrenunciável, na medida em que sua disponibilidade depende sempre da gravidade da lesão e de todos os demais elementos envolvidos no contexto fático.

7. A vida pode ser considerada bem jurídico disponível, do ponto de vista de seu titular, na medida em que a expressão 'inviolabilidade do direito à vida', consagrada constitucionalmente, não indica que a vida é um dever para consigo mesmo, e para com os outros, nem que seja um direito absoluto, indisponível e irrenunciável. Significa, em verdade, que ele não tem conteúdo econômico-patrimonial e que, mais do que isso, ninguém pode ser privado dele arbitrariamente, vale dizer, sem sua anuência.

8. Para que o paciente possa, atendendo aos requisitos de validade do consentimento, prestar sua anuência à prática da eutanásia, faz-se mister a presença do *consentimento informado*, composto, em resumo, de quatro elementos essenciais: revelação adequada e veraz da informação - por parte da equipe médica; além de compreensão correta da informação,

consentimento voluntário e capacidade do para consentir - por parte do paciente ou de seu representante.

9. Na análise fática de uma conjuntura de eutanásia, a aquiescência prestada pelo paciente quanto ao encerramento de sua vida por parte de terceiros, poderá tornar eficaz um consentimento existente e válido, já que aquele requisito está intrinsecamente relacionado à possibilidade de disposição do bem jurídico protegido pelo tipo penal, por parte do indivíduo que é seu titular, condição esta que, como demonstrado, é ostentada pelo bem vida.

10. A inexistência de disposição legal específica que exclua a responsabilidade penal de um agente que pratica a eutanásia revela-se contundente indício de uma postura paternalista do Estado brasileiro, paternalismo ilegítimo, a nosso ver, pois dirigido não só a indivíduos considerados vulneráveis, mas à totalidade dos cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

Artigos:

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BRICKHOUSE, Thomas. SMITH, Nicholas. *Plato (427-347 BCE)*. In: Internet Encyclopedia of Philosophy. ISSN 2162-0002, 09/05/2009. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/plato/>. Acessado em: 30/06/2012.

CASABONA, Carlos María Romeo. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*. In: Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas, pp. 128 a 172. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direito à vida e liberdade para morrer*. In: Pessoa humana e Direito. São Paulo: Almedina, 2009.

GARCIA, Iberê Anselmo. *Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 67, julho-agosto de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. LEITE, Alaor. *Claus Roxin, 80 anos*. In: Revista Liberdades, nº 7, maio-agosto de 2011. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=87. Acessado em: 11/07/2012.

JOHNSON, Allan Chester. COLEMAN-NORTON, Paul Robinson. BOURNE, Frank Card. *Twelve tables (about 451-449 b.C.)*. In: Ancient roman statutes. Austin: 1961. Disponível em: http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/twelve_Johnson.html#t4. Acessado em: 30/07/2012.

LANGER, Winrich. *Schimidhäuser, Eberhard*. In: *Neue Deutsche Biographie*. Vol. 23, 2007, pp. 157 e 158. Disponível em: <http://www.deutsche-biographie.de/sfz113573.html>. Acessado em: 11/07/2012.

LUCA, Heloiza Meroto de. *O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, janeiro-dezembro de 2005. São Paulo: ISSN 0303-9838, 2005.

Manuel da Costa Andrade. In: *Infopédia*. Porto: Porto Editora, 2003-2012. Disponível em: [http://www.infopedia.pt/\\$manuel-costa-andrade#](http://www.infopedia.pt/$manuel-costa-andrade#). Acessado em: 10/07/2012.

MENDELSON, Michael. *Saint Augustine*. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2010 Edition. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/augustine/>. Acessado em: 01/07/2012.

POLAINO-ORTS, Miguel. *¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento em Derecho Penal*. In: *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano*. Lima: Anuário de Derecho Penal, 2003.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *O tratamento penal da eutanásia no Brasil*. In: TOMILLO, Manuel Gómez; LÓPEZ-IBOR, Juan José; FUENTES, José Antonio Gutiérrez. *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*. Madrid: Unión Editorial, 2008.

SCHIELDS, Christopher. *Aristotle*. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Summer 2012 Edition. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/aristotle/>. Acessado em: 01/07/2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!* In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 53, março-abril de 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

SELLARS, John. *Marcus Aurelius (121-180 CE)*. In: Internet Encyclopedia of Philosophy. ISSN 2162-0002, 04/05/2005. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/marcus/>. Acessado em: 30/06/2012.

SIEBER, Ulrich. *Necrología del profesor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck*. Trad.: Teresa Manso Porto. In: Biografías de penalistas do Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales (Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha). Disponível em: http://www.cienciaspenales.net/portal/pls/portal/PORtal_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD?p_cod_fichero=F1391076899. Acessado em: 13/07/2012.

SIMPSON, David. *Francis Bacon (1561-1626)*. In: Internet Encyclopedia of Philosophy. ISSN 2162-0002, 15/07/2005. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/bacon/>. Acessado em: 30/06/2012.

Thomas Aquinas (1225 – 1274). In: Internet Encyclopedia of Philosophy. ISSN 2162-0002, 06/05/2009. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/aquinas/>. Acessado em: 30/06/2012.

TROXELL, Mary. *Arthur Schopenhauer (1788-1860)*. In: Internet Encyclopedia of Philosophy. ISSN 2162-0002, 11/05/2011. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/schopenh/>. Acessado em: 30/06/2012.

Ulpian. In: *Encyclopædia Britannica*. Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/613301/Ulpian>. Acessado em: 09/07/2012.

WOLFENSBERGUER, Wolf. *A reflection on Alfred Hoche, the ideological godfather of the German "euthanasia" program*. In: Disability, Handicap & Society. Vol. 8, 1993, pp. 311-315. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02674649366780301>. Acessado em: 01/07/2012.

ZIPF, Heinz. *Maurach, Reinhart*. In: Neue Deutsche Biographie. Vol. 16, 1990, p. 432. Disponível em: <http://www.deutsche-biographie.de/pnd118732005.html>. Acessado em: 11/07/2012.

Julgados:

DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Decisão liminar*. Ação Civil Pública, processo nº 2007.34.00.014809-3. Juiz Federal Substituto Roberto Luís Luchi Demo. Brasília, 23 de outubro de 2007. Disponível em: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=2007.34.00.014809-3&source=web&cd=2&ved=0CFEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.df.trf1.gov.br%2Fint_eiro_teor%2Fdoc_inteiro_teor%2F14vara%2F2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc&ei=6ajxT6ywOLCF0QGsl9D7Ag&usg=AFQjCNFszyN8Q1leXp3ysHSKDS5FnEqCPA. Acessado em: 02/07/2012.

_____. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Sentença*. Ação Civil Pública, processo nº 2007.34.00.014809-3. Juiz Federal Substituto Roberto Luís Luchi Demo. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf. Acessado em: 02/07/2012.

Legislação:

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código Penal*. Brasília, 18 de junho de 2012. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20122706-02.pdf. Acessado em: 02/07/2012.

_____. *Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal*. Brasília, 24 de março de 1998. Disponível em: http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/niceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf. Acessado em: 01/07/2012.

_____. *Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002)*. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acessado em: 17/07/2012.

_____. *Código Criminal do Império do Brasil (Lei de 16 de dezembro de 1830)*. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro, 8 de janeiro de 1831. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acessado em: 01/07/2012.

_____. *Código Penal (Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940)*. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343> (texto original), <http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP> (exposição de motivos) e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm (texto atual). Acessado em: 01/07/2012.

_____. *Código Penal e Constituição Federal*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890)*. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, 11 de outubro de 1831. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acessado em: 01/07/2012.

_____. *Consolidação das Leis Penais da República dos Estados Unidos do Brasil (Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932)*. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1932. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=42869&tipoDocumento=D EC&tipo>. Acessado em: 01/07/2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acessado em: 04/07/2012.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 116 de 2000*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Brasília, 25 de abril de 2000. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=71461&tp=1>. Acessado em: 01/07/2012.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 524 de 2009*. Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença. Brasília, 25 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/70139.pdf>. Acessado em: 01/07/2012.

_____. *Requerimento nº 756 de 2011 do Senado Federal*. Solicita a constituição de Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar projeto de Código Penal adequado aos ditames da Constituição de 1988 e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco. Brasília, 17 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=92374&tp=1>. Acessado em: 02/07/2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, 13 de abril de 2010. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impresao.php?id=8822. Acessado em: 02/07/2012.

_____. *Resolução CFM nº 1.805/2006*. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília, 28 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm. Acessado em: 02/07/2012.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei Estadual nº 10.241 de 1999*. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no estado e dá outras providências. São Paulo, de 17 de março de 1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>. Acessado em: 04/07/2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. *The Belmont Report: ethical principles and guidelines for the protection of the human subjects of research*. Washington, 18 de abril de 1979. Disponível em: <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>. Acessado em: 24/06/2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em: 02/07/2012.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. *Código de Nuremberg*. Nuremberg, 19 de agosto de 1947. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em: 02/07/2012.

VATICANO. *Codex Iuris Canonici*. 1917. Disponível em: <http://www.jgray.org/codes/cic17lat.html>. Acessado em: 28/08/2012.

Livros:

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*, v. XIV. Trad.: Alexandre Correia. São Paulo: Odeon, 1937.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Código de ética médica 2010 comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad.: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BÍBLIA SAGRADA. *Edição pastoral-catequética*. 46ª Edição. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal volume 1: parte geral*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva: 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2005.

BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. New York: Oxford University Press, 1979.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CARVALHO, Gisele Mendes. *Aspectos jurídicos penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídica*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1979.

DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

DINIZ, Débora. GUILHEM, Dirce. *O que é bioética?* São Paulo: Brasiliense, 2005.

- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume I, parte geral*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Eutanásia: novas considerações penais*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.
- HUNGRIA, Nelson. *Questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Trad.: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad.: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal, Volume II: Da infração penal*. Campinas: Bookseller Editora, 1997.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutoramento. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/en.php>. Acessado em: 09/08/2012.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORUS, Thomas. *A utopia*. Tradução: Luís de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1981.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *A vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. Trad.: Raimundo Vier. 5ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PLATÃO. *A República*. Trad.: Maria Helena da Rocha Pereira. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1949.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, tomo I*. Trad. da 2ª edição alemã: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Trad.: Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

Matérias jornalísticas:

BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalista diz que lei ampara ortotanásia no país*. Folha de S. Paulo. São Paulo, 04 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI33199,41046-Para+o+ilustre+constitucionalista+Luis+Roberto+Barroso+ortotanasia+e>. Acessado em: 04/07/2012.

BORMUTH, Matthias. *Das Individuum in der verwalteten Welt: Peter Nolls Diktate über Sterben und Tod*. Parapluie 23/2006. Alemanha, inverno de 2006. Disponível em: <http://parapluie.de/archiv/bewusstsein/sterben/>. Acessado em: 10/07/2012.

GEERDS, Friedrich. *Friedrich Geerds*. Der Spiegel 28/1966. Alemanha, 04 de julho de 1966. Disponível em: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-46407889.html> e <http://wissen.spiegel.de/wissen/image/show.html?did=46407889&aref=image036/2006/03/22/cqsp196628022-P2P-022.pdf&thumb=false>. Acessado em: 10/07/2012.

MARQUES, Fernanda. *Sanitarista Giovanni Berlinguer abre ano acadêmico e recebe título de doutor 'honoris causa'*. Agência Fiocruz de Notícias. Rio de Janeiro, 03 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ccs/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=796&sid=3&tpl=printerview>. Acessado em: 30/06/2012.