

# IMPLICAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS DA ANUÊNCIA DA VÍTIMA NA EUTANÁSIA CRIMINALIZADA

## JURIDICAL IMPLICATIONS OF THE CONSENT OF THE VICTIM IN CRIMINALIZED EUTHANASIA

Thales Cavalcanti Coelho<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A eutanásia. 2.1. Noção geral sobre o tema. 2.2. Escorço histórico do tratamento da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro. 2.3. Implicações penais. 3 O consentimento da vítima. 3.1. Noção geral sobre o tema. 3.2. Requisitos. 3.3. Conjunturas especiais. 4. O consentimento da vítima na criminalização da eutanásia. 5. Bibliografia.

**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. Procura-se responder, objetivamente, 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. 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 do artigo, somadas à legislação pertinente em vigor.

**Palavras-chave:** Eutanásia. Consentimento do ofendido. Direito à morte. Disponibilidade da vida. Paternalismo.

**Abstract:** The goal of the article is to analyze the juridical implications of the consent given by a patient in a serious health condition to another person, in order to perform the euthanasia procedure. I will try to answer the question if such acquiescence can exclude the criminal responsibility of the individual that practices the euthanasia and, if so, in what conditions. Therefore, the chosen methodology is the comparative literature analysis, from reference works in the areas of concentration of the monograph, to specific doctrines about the subject of the work, added to the relevant legislation in force.

**Keywords:** Euthanasia. Consent of the victim. Right to die. Right to dispose of the life. Paternalism.

### 1. 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.

Nesse contexto, 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

---

<sup>1</sup>Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto) e Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito). Professor da Escola Superior de Direito em Ribeirão Preto/SP. E-mail: thales.coelho@usp.br

(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, o presente artigo está estruturado 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 o trabalho se propõe.

## 2. A EUTANÁSIA

A vida, 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 intangibilidade. 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 defesa.

Como precisamente leciona Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, a intangibilidade da vida deve ser entendida de forma relativa, porque certas 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 - se 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 útil - 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 noção, surgem os primeiros debates jurídicos relevantes acerca da morte eutanásica, que, se de há muito tempo é realidade nas mais diversas sociedades, ganhou maior notoriedade a partir evolução operada nos campos da tecnologia e das ciências médicas, 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 artificial 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, notadamente na seara criminal, na qual a prática da eutanásia pode ensejar responsabilização penal.

Partindo destas premissas, propõe-se no presente capítulo estudar a eutanásia em seus aspectos primordiais, a começar pela delimitação de seu conteúdo, passando pela análise do desenvolvimento histórico de seu tratamento legislativo no Brasil, culminando com o exame crítico de suas implicações jurídico-penais.

## 2.1. Noção geral sobre o tema

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

Explica Maria Elisa Villas-Bôas (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 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 José Afonso da Silva (2006, p. 202) como 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 Carvalho (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, Marcello Ovídio Lopes Guimarães (2011, p. 27) alerta ser inviável atribuir ao termo eutanásia um significado unívoco, na medida em que, apesar de não se tratar 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.

### 2.1.2. 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, assim, 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.

### 2.1.3. Distinções: distanásia e ortotanásia

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

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 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).

## 2.2. Escorço histórico do tratamento da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, durante os períodos de colônia e Império (sécs. XVI, XVII e XVIII) o homicídio eutanástico recebeu o mesmo tratamento do tipo penal convencional, não havendo qualquer referência aos motivos que compelssem o agente, tampouco ao consentimento (ou

requerimento) por parte da vítima. De seu turno, 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 suicídio<sup>2</sup>, passando também a estipular como circunstância atenuante “ter o delinquentecommettido 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 suicídio<sup>3</sup>, mantendo a mesma previsão genérica para atenuação da pena (art. 42, § 6º)<sup>4</sup> 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)<sup>5</sup>.

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)<sup>6</sup>, 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)<sup>7</sup>, 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 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: “àquele que matou alguém nas

---

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> Art. 299: “Induzir, ou ajudar alguem a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa: Pena – de prisão cellualar por dous a quatro annos” (BRASIL, 1890).

<sup>4</sup> Art. 42: “São circumstanciasattenuantes: (...)§ 6º Ter o delinquente commettido o crime para evitar mal maior” (BRASIL, 1890).

<sup>5</sup> Art. 122: “Induzir ou instigar alguem a suicidar-se ou prestar-lhe auxilio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis annos, se o suicidio se consuma; ou reclusão, de um a três annos, se da tentativa de suicidio 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 diminuida, por qualquer causa, a capacidade de resistência” (BRASIL, 1940).

<sup>6</sup> Art. 121: “Matar alguem: Pena - reclusão, de seis a vinte annos. § 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, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (...)” (BRASIL, 1940).

<sup>7</sup> “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)<sup>8</sup>, 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 o 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)<sup>9</sup>, 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)<sup>10</sup>.

Por fim, o a Comissão Revisora do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal<sup>11</sup>, que enviou o resultado final dos trabalhos ao Congresso Nacional em 1999, 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

---

<sup>8</sup> Trabalho final da Comissão de Juristas instituída pela Portaria nº 518/1983 do Ministério da Justiça.

<sup>9</sup> Constituída pela Portaria nº 1.265/1997 do Ministério da Justiça.

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> Criada pela Portaria nº 232/1998 do Ministério da Justiça.

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)<sup>12</sup> – 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 de o 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, 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)<sup>13</sup>.

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 cura<sup>14</sup>, faculdade esta que já era prevista anteriormente, pela Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina<sup>1516</sup>, mas que teve seus efeitos suspensos por decisão judicial (em sede de tutela antecipada) não muito tempo após a aprovação. A eutanásia em senso estrito, todavia, não é disciplinada pela entidade.

---

<sup>12</sup>**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).

<sup>13</sup>**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).

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup>

<sup>16</sup> 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).

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 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.

### 2.3. Implicações penais

A despeito da ausência de disposições específicas acerca da eutanásia no ordenamento jurídico pátrio, fato é que tal conduta é passível de subsunção ao tipo incriminador do artigo 121 do atual Código Penal.

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 mencionada na exposição de motivos de citado Código, como exemplo de homicídio atenuado por conta do relevante valor moral<sup>17</sup>. 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 simples -, mostra-se evidente a vontade do legislador em sua criminalização.

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 diz respeito especificamente à eutanásia, em senso estrito, seu caráter delituoso parece, *a priori*, evidente, em razão da inequívoca presença do dolo de matar, que, nada obstante o motivo piedoso, caracterizaria a tipicidade da conduta, o que, somado ao fato de não se vislumbrar, em referida situação, a presença de qualquer causa *legal* de justificação ou excludente de culpabilidade, qualificaria a prática como criminosa.

Em uma análise acerca da antijuridicidade da conduta eutanástica, 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 jurídico 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.

No que atine à 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, 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

---

<sup>17</sup> “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 eutanástico) (...)” (BRASIL, 2008, p. 23).

que, novamente, impenderia a ponderação de valores a que nos referimos alhures – tarefa complexa e cuja resolução nos parece (em consonância com a doutrina e a jurisprudência dominantes), como já afirmamos, pender para a prevalência da inviolabilidade 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 vida. 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 inconstitucional<sup>18</sup>. 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 eutanásticos, sendo imperativa a explicitação de tais práticas pela legislação infraconstitucional<sup>19</sup> (Garcia, 2007, p. 269).

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 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.

### 3. 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 vítima 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.

---

<sup>18</sup> “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).

<sup>19</sup> 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”.

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 ofendido, 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”, que a despeito de sua origem na Criminologia (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*<sup>20</sup>, que exerceu notável influência na dogmática penal, edificando a disciplina conhecida por *vitimodogmática*, cujo 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 República, tema, aliás, de elevada relevância para as questões bioéticas, como a eutanásia.

### 3.1. Noção geral sobre o tema

#### 3.1.1. Origem histórica e aproximação conceitual

A origem do consentimento no Direito Penal remonta à passagem do Digesto (D. 47, 10 de iniur. 1 § 5) *nullainiuria est quae in volentem fiat* (“o que se faz com a vontade do lesado não constitui injusto”), de autoria de Ulpiano, que se tornou mais conhecida pelo brocardo latino *volenti non fitiniuria*. Este princípio significava, para o Direito Romano, que o consentimento era umacausa 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

---

<sup>20</sup> Para fins do presente trabalho, compreendida em sua acepção tradicional, de estudo científico da vítima de crimes (OLIVEIRA, 1999, pp. 72 a 74).

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 Natural – 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 Direito negavam veementemente a possibilidade de um consentimento eficaz, por entenderem que o Direito Penal serviria unicamente ao corpo social. Os doutrinadores da tradição *hegeliana*, de outro modo, retomando as ideias jusnaturalistas, 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 Direito 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 vontade, encontrando-se embasado na dignidade da pessoa humana, 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”<sup>21</sup> entre o autor e a vítima, vale dizer, que seja externalizada (de maneira 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 mental -, 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 delitivo<sup>22</sup>. 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*, 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,

---

<sup>21</sup> Compreendido como um “processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis”, bem como é o produto “das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria” (HABERMAS, 1989, p. 166).

<sup>22</sup> 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).

exclui a tipicidade da conduta<sup>23</sup>. 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<sup>24</sup>.

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 autorresponsabilidade 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).

### 3.1.2. Natureza jurídica

O consentimento do ofendido possui natureza jurídica eminentemente penal, não se confundindo com o consentimento civil, 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 jurídico, 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.

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.

## 3.2. Requisitos

### 3.2.1. 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.

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

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 física<sup>25</sup>. 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 conseqüente 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 Jescheck (2002, pp. 409 e 410) a teoria da *declaração* de vontade determina que o consentimento deve manifestar-se externamente como negócio jurídico privado; a teoria da *direção* da vontade pressupõe a pura aquiescência interna do ofendido, sem a necessidade de sua exteriorização; e, por fim, 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

---

<sup>25</sup> 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 sadomasoquista, 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.

que direcionada a uma ou mais pessoas determinadas, enquanto que, diversamente, será *genérica* nas situações em que dirigida a uma coletividade indefinida.

### 3.2.2. 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 involuntária, algumas 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*, 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 conseqüências 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 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 imputáveis (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* ou o *erro de proibição*, vez que o primeiro se dá por parte do aquiescente (ou ofendido), ao passo que os últimos ocorrem em relação ao ofensor, que pode ou não ser o consentido<sup>26</sup>.

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)<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> 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,

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 ardid 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 que, naquela, a deturpação da realidade no consenciente 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.

### 3.2.3. 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

---

pois fatalmente causaria alteração no diagnóstico, então seu consentimento seria válido, e ninguém seria responsável pela lesão”.

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.

### 3.3. Conjunturas especiais

#### 3.3.1. 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, frequentemente 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 apropriado<sup>28</sup>.

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), 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 presumido, hipótese de que trataremos especificamente adiante), e não como deseja seu representante legal<sup>29</sup>.

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.

### 3.3.2. 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)

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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”.

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 encontra<sup>30</sup>.

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

### 3.3.3. 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.

### 3.3.4. Consentimento *ex post*

---

<sup>30</sup> 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.

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 ofensor.

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 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.

### 3.3.5. 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.

#### **4. O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CRIMINALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA: ALGUMAS CONCLUSÕES**

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, 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)<sup>31</sup> 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.

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 no 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.

---

<sup>31</sup> "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, conseqüentemente, a diminuição da pena" (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 222).

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 o entendimento sustentado por esta corrente doutrinária que julgamos mais acertado, 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 "3.2.3."), 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*, essencial para o pleno exercício do princípio da autonomia.

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 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 "3.3.1.", quanto à outorga do consentimento por representação (seja esta legal ou voluntária). Com relação a este assunto, cumpre por ora apenas lembrar 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 estadunidense<sup>32</sup>, 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 "3.2.1."), 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 documento<sup>33</sup>.

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

---

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> Para os casos de revogação do consentimento pelo ofendido durante a execução do ato, cf. item "2.3.5".

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 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 no presente artigo, 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 Dworkin, 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 Schünemann vai além, para afirmar que a cláusula da *ultima ratio* 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 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 *paternalismojurídico-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.

## 5. BIBLIOGRAFIA

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

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.

\_\_\_\_\_. **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.

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.

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

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad.: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

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](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/twelve_Johnson.html#t4). Acessado em: 30/07/2012.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

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.

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.

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.

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

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

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

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.

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

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.

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.