

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Sheyla Cristina da Silva Starling

DIREITO À MORTE:
Eutanásia e suicídio assistido no Direito Penal brasileiro

Belo Horizonte
2020

Sheyla Cristina da Silva Starling

DIREITO À MORTE

Eutanásia e suicídio assistido no Direito Penal brasileiro

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales

Belo Horizonte

2020

S795d Starling, Sheyla Cristina da Silva
Direito à morte: eutanásia e suicídio assistido no Direito Penal brasileiro /
Sheyla Cristina da Silva Starling. – 2020.

Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de
Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Direito à morte – Teses 3. Eutanásia – Teses
4. Direito à vida – Teses 5. Dignidade – Teses 6. Consentimento (Direito) –
Teses I. Título

CDU 342.761(81)

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

Sheyla Cristina da Silva Starling

DIREITO À MORTE

Eutanásia e suicídio assistido no Direito Penal brasileiro

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito na Linha de Pesquisa “Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”; Projeto de Pesquisa “Liberdade, segurança jurídica e limites ao poder penal no Estado Democrático de Direito.”

Professora Doutora Sheila Jorge Salim de Sales (Orientadora) – UFMG

Professora Doutora Flávia Siqueira Cambraia – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor Doutor Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha – UFMG

Professor Doutor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva – UFMG

Professor Doutor Hermes Vilchez Guerrero – UFMG



DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL^a. SHEYLA CRISTINA DA SILVA STARLING

Aos dois dias do mês de dezembro de 2020, às 8:00 horas, na plataforma virtual Zoom da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG); Profa. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackensie); Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG); Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG) e Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado da Bel^a. **SHEYLA CRISTINA DA SILVA STARLING**, matrícula nº **2017650654**, intitulada: **"DIREITO À MORTE - EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO"**. Os trabalhos foram iniciados pela orientadora da candidata, Prof^a. Dr^a. Sheila Jorge Selim de Sales, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra à Prof^a. Dr^a Dra Flávia Siqueira Cambraia, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pela Prof^a. Dr^a Dra Flávia Siqueira Cambraia, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Hermes Vilchez Guerrero, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva e Sheila Jorge Selim de Sales. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Em seguida procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG)

Conceito: 100 (CEM).....

Profa. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackensie)

Conceito: 100 (CEM).....

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG)



Conceito: 100 (cem)

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Conceito: 100 (cem)

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG)

Conceito: 100 (cem)

A Banca Examinadora considerou a candidata APROVADA com nota 100. Nada mais havendo a tratar, a Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales, orientadora da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG)

Profa. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackensie)

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG)

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

- CIENTE: Sheyla Cristina da Silva Starling (Doutoranda)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info_pos@direito.ufmg.br - <https://pos.direito.ufmg.br>



DIREITO
UFMG 1892

Conceito: 100 (CEM)

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Conceito: 100 (CEM)

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG)

Conceito: 100 (CEM)

A Banca Examinadora considerou a candidata APROVADA com nota 100. Nada mais havendo a tratar, a Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales, orientadora da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG)

Profa. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackensie)

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG)

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)


Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG)



Conceito: 100 (cem)

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Conceito: 100 (cem)

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG)

Conceito: 100 (cem)

A Banca Examinadora considerou a candidata APROVADA com nota 100. Nada mais havendo a tratar, a Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales, orientadora da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG)

Profa. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackensie)

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG)

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG)



Conceito: 100 (cem)

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Conceito: 100 (cem)

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG)

Conceito: 100 (cem)

A Banca Examinadora considerou a candidata APROVADA com nota 100. Nada mais havendo a tratar, a Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales, orientadora da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG)

Profa. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackensie)

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG)

Assinado de forma digital por CN=FERNANDO ANTONIO NOGUEIRA GALVAO DA ROCHA, OU=Assinatura Tipo A3, OU=Autenticado por AR PRODEMGE, O=ICP-Brasil, C=BR

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG)



FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA BEL^a. SHEYLA CRISTINA DA SILVA STARLING

Aos dois dias do mês de dezembro de 2020, às 8:00 horas, na plataforma virtual Zoom da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG); Profa. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackenzie); Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG); Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG) e Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado da Bel^a. **SHEYLA CRISTINA DA SILVA STARLING**, matrícula nº 2017650654, intitulada: "**DIREITO À MORTE - EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**". Os trabalhos foram iniciados pela orientadora da candidata, Prof^a. Dr^a. Sheila Jorge Selim de Sales, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra à Prof^a. Dr^a Dra Flávia Siqueira Cambraia, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pela Prof^a. Dr^a Dra Flávia Siqueira Cambraia, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Hermes Vilchez Guerrero, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva e Sheila Jorge Selim de Sales. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Em seguida procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG)

Conceito: 10,0 (10,0)

Profa. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Conceito: 10,0 (10,0)

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG)

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-100
Fone: (31) 3409-6635 - E-mail: info.pgs@faculdade.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br

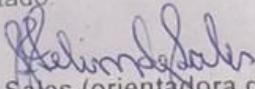


FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL^a. SHEYLA CRISTINA DA SILVA STARLING

Aos dois dias do mês de dezembro de 2020, às 8:00 horas, na plataforma virtual Zoom da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG); Profa. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackenzie); Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG); Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG) e Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado da Bel^a. SHEYLA CRISTINA DA SILVA STARLING, matrícula nº 2017650654, intitulada: "DIREITO À MORTE - EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO". Os trabalhos foram iniciados pela orientadora da candidata, Prof^a. Dr^a. Sheila Jorge Selim de Sales, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra à Prof^a. Dr^a. Dra Flávia Siqueira Cambraia, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pela Prof^a. Dr^a. Dra Flávia Siqueira Cambraia, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Hermes Vilchez Guerrero, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Carlos Augusto Canedo Goncalves da Silva e Sheila Jorge Selim de Sales. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Em seguida procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:


Prof. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora da candidata/UFMG)
Conceito:.....

Prof. Dra Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
Conceito:.....

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 212 - Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil - CEP: 31201-900
Fone: (51) 3342-1111 - E-mail: ppg@fcd.ufrgs.br - www.fcd.ufrgs.br

Este trabalho é a contínua homenagem a meus pais, Euro e Francisca, que com extremos sacrifícios demonstraram que o conhecimento é herança permanente.

E à minha madrinha Nair, que partiu com dignidade, deixando a marca do seu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente à Professora Dra. Sheila Jorge Selim de Sales, pela orientação e apoio desde o Mestrado.

Aos Professores Carlos Augusto Canêdo e Fernando Galvão, pelo incentivo à minha trajetória desde a graduação.

À Paloma, pela amizade sincera, e ao Marcos, pelo amor e suporte.

Aos meus alunos, pelo aprendizado mútuo.

E a Deus, que é o equilíbrio do universo.

“Tinham vivido juntos o suficiente para perceber que o amor era o amor em qualquer tempo e em qualquer parte, mas tanto mais denso ficava quanto mais perto da morte”
(Gabriel García Marquez, O amor nos tempos do cólera).

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a defesa da admissibilidade jurídica da eutanásia e do suicídio assistido no direito penal brasileiro. O princípio da dignidade humana é proposto como parâmetro da avaliação do bem jurídico “vida”, de forma a considerar que o livre exercício do direito inclui a possibilidade de disposição do mesmo, de acordo com a vontade do titular. A análise do paternalismo penal conduz à crítica de seu caráter limitador das liberdades individuais, razão pela qual são consideradas legítimas apenas as intervenções baseadas no paternalismo suave. De início, serão abordados de forma sucinta os aspectos históricos do tema. Em seguida, definidos os significados das expressões utilizadas no texto, tendo em vista seu conteúdo interdisciplinar. Após, é analisado o tratamento dispensado pela legislação brasileira à eutanásia e ao auxílio ao suicídio, em contraponto com a experiência estrangeira. De forma dialética, são apresentados e afastados os argumentos contrários à eutanásia e ao suicídio assistido. Em seguida, o debate se volta aos aspectos constitucionais pertinentes ao assunto. A análise da dogmática penal conduz ao entendimento de que o consentimento do paciente desnatura a tipicidade das condutas ora estudadas. Por fim, apresenta-se a análise dos requisitos que devem ser observados para que a eutanásia e o suicídio assistido sejam admitidos no país, em uma proposta *de lege ferenda*. O trabalho é resultado de pesquisa jurídico-dogmática de cunho qualitativo, com premissas de direito comparado.

Palavras chave: Eutanásia. Suicídio assistido. Vida. Dignidade Humana. Paternalismo. Consentimento.

ABSTRACT

This paper aims to defend the legal admissibility of euthanasia and assisted suicide under Brazilian criminal law. The principle of human dignity is proposed as a parameter for the evaluation of the right to life, in order to consider that the free exercise of the right includes the possibility of disposing of it, according to the will of the holder. The analysis of penal paternalism leads to critics about its limiting character of individual freedoms, which is why only interventions based on soft paternalism are considered legitimate. Initially, the historical aspects of the theme will be briefly addressed. Then, the meanings of the expressions used in the text were defined, in view of their interdisciplinary content. Afterwards, the treatment given by Brazilian legislation to euthanasia and suicide assistance is analyzed, in contrast to the foreign experience. Dialectically, arguments against euthanasia and assisted suicide are presented and dismissed. Then, the debate turns to the constitutional aspects pertinent to the subject. The analysis of criminal dogmatics leads to the understanding that the patient's consent denatures the penal relevance of the studied conducts. Finally, it presents the analysis of the requirements that must be observed for euthanasia and assisted suicide to be admitted in Brazilian legislation, in a *lege ferenda* proposal. The work is the result of qualitative legal-dogmatic research, with premises of comparative law.

Keywords: Euthanasia. Assisted suicide. Life. Human dignity. Paternalism. Consent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 NOTA HISTÓRICA

3 CONCEITOS INTERDISCIPLINARES

3.1 Morte clínica, morte biológica e morte encefálica

3.2 Coma e estado vegetativo persistente (EVP)

3.3 Paciente terminal e paciente sem prognóstico

3.4 Eutanásia e homicídio a pedido

3.4.1 Eutanásia ativa e eutanásia passiva

3.4.2 Eutanásia de duplo efeito ou eutanásia indireta

3.5 Suicídio assistido

3.6 Ortotanásia e cuidados paliativos

3.7 Distanásia e obstinação terapêutica

3.8 Mistanásia

3.9 Eutanásia e eugenia

3.10 Bioética

4 A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO NO BRASIL

4.1 Cenário legislativo

4.1.1 Histórico

4.1.2 Legislação atual

4.1.3 Perspectivas: o Projeto de Lei nº 236/12 do Senado

4.2 A normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM)

4.3 Contexto fático da eutanásia e do suicídio assistido

5 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

5.1 A Espanha e o caso Ramón Sampederro

5.2 A Itália e o caso Eluana Englaro

5.3 A França e o caso Vincent Humbert

5.4 A Alemanha e o caso Wolfgang Putz

5.5 A Inglaterra e o caso Lilian Boyes

5.6 A Bélgica e o caso Marieke Vervoort

5.7 O pioneirismo na Holanda

5.8 Os Estados Unidos da América e os casos Nancy Cruzan e Timothy Quill

5.9 A legislação do Uruguai

6 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EUTANÁSIA: UMA EXPOSIÇÃO DIALÉTICA

6.1 Argumentos religiosos

6.2 Argumentos de ordem moral e a cláusula geral dos bons costumes

6.3 O argumento da “ladeira escorregadia”, ou *slippery slope*

6.4 Deveres do médico e a ética hipocrática

6.5 Paternalismo penal

6.6 O “absurdo” do pedido como presunção absoluta da incapacidade do agente

7 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

7.1 A Inviolabilidade do direito à vida

7.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

7.3 Inviolabilidade do direito à vida *versus* dignidade da pessoa humana. Colisão de princípios?

7.4 Dignidade como autonomia

7.5 Dignidade como heteronomia

7.6 Autonomia da vontade e a liberdade para a tomada de decisões “ruins”

8 O CONSENTIMENTO NO DIREITO PENAL

8.1 O Direito Penal como instrumento de tutela de bens jurídicos

8.2 Precedente: o consentimento como ato ou negócio jurídico

8.3 O consentimento do ofendido na teoria do delito

8.3.1 A teoria dualista e a distinção entre consentimento e acordo

8.3.2 A teoria unitária e o consentimento como causa de exclusão da tipicidade

8.3.3 Nossa posição: o consentimento como causa que exclui a tipicidade penal

9 REQUISITOS DE VALIDADE DO CONSENTIMENTO

9.1 A vontade livre e esclarecida

9.2 Capacidade para consentir

9.2.1 A compreensão do significado da morte

9.2.2 Depressão e outros estados de ânimo

9.2.3 Consentimento por representação.

9.3 Momento da manifestação da vontade e revogabilidade do consentimento

9.4 Forma de manifestação do consentimento

9.4.1 Diretivas antecipadas da vontade

9.4.2 Consentimento presumido

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (obras consultadas)

BIBLIOGRAFIA (obras consultadas)

1 INTRODUÇÃO

O ser humano quer viver. E luta incessantemente para prolongar a vida. A morte é inexorável, mas a negamos como se tivéssemos controle total sobre os meios para evitá-la ou adiá-la. O século XX vivenciou uma evolução sem precedentes na tecnologia médica voltada à manutenção da vida humana: UTIs hiperequipadas, máquinas capazes de promover circulação e respiração artificiais, drogas potentes que prometem reverter quadros mórbidos. O desejo pela vida eterna – ou, ao menos, muito longa – é tão pungente que alimenta a arte e a produção científica.

Assim sendo, falar sobre a morte – discutir suas circunstâncias, fazer escolhas acerca de como viver os momentos derradeiros – soa mórbido, via de regra; como um mau agouro. Nossa sociedade sofre de verdadeira tanatofobia, que impede o desenvolvimento de discussões sérias e importantes referentes à autonomia e aos desejos da pessoa que está próxima da morte ou daquela que, por se encontrar em condições que considera indignas, deseja-a para pôr fim a seu sofrimento (físico e/ou psíquico).

O tabu que circunda o tema, no entanto, só o torna mais doloroso. Encarar a morte é encarar nossa falibilidade, nossa finitude e, justamente por isso, é necessário. Nem por isso é fácil: trata-se, afinal, da interrupção de projetos e relações que formam a própria identidade da pessoa. A religião, a moral e o próprio Direito muitas vezes encerram a possibilidade de discussão repetindo dogmas sobre o caráter sagrado da vida que apenas poderia ser tirada por quem a concedeu: Deus. Textos jurídicos, não raro, lançam mão de argumentos tautológicos que impedem a evolução do debate, dentre os quais destaca-se a afirmação – tida frequentemente como absoluta – de que a vida é bem jurídico indisponível.

Não obstante, a confusão do direito à vida com um dever à vida importa, além do equívoco conceitual entre direito e dever, no sacrifício da dignidade da pessoa. Há, então, desacordo com uma leitura coerente da Constituição, que nega caráter absoluto a qualquer direito. A abordagem do direito à vida como um direito absoluto e indisponível, por ignorar sua conjugação com o conteúdo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade (que protege a autodeterminação pessoal), acaba por subverter o sujeito em objeto.

A pessoa que sofre com uma doença terminal ou com uma condição que a impede de desempenhar dignamente – conforme seus próprios conceitos – suas relações e projetos não pode ser condenada a viver. A propósito, a quem interessa manter viva uma pessoa que se desinteressou definitivamente pela vida e cuja sobrevivência significa indignidade e dor? E qual o real fundamento deste interesse, que não o mero controle sobre os corpos dos indivíduos?

Neste trabalho, buscaremos alinhar os fundamentos jurídicos para admissão da eutanásia (também denominada “ajuda à morte”) e do suicídio assistido. Conforme define Figueiredo Dias:

Por *ajuda à morte* no conspecto jurídico-penal deve entender-se, exatamente e só, o auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, frequentemente em insuportável sofrimento, no sentido de lhe tornar possível uma morte em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que repute, humanamente dignas¹.

Parece-nos que, nas circunstâncias que pretendemos explorar neste trabalho, o pedido de interrupção da vida – seja através da eutanásia ou do suicídio assistido – é legítimo e plenamente congruente com os valores que uma sociedade democrática busca proteger, como o respeito à dignidade e à autonomia da vontade.

O intuito não é propor categorias dogmáticas fechadas sobre o tema, mas colaborar para uma discussão ainda polêmica, mas cada vez mais recorrente e necessária. Questiona-se, assim: se o paciente, de forma livre e consciente e após devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e prognóstico de sua condição, pede para ser morto, seria adequado manter a criminalização da eutanásia e do auxílio ao suicídio?

Nos séculos passados, quando a medicina ainda era rudimentar e poucas pessoas tinham acesso a saneamento e cuidados básicos de saúde, o fim da qualidade de vida praticamente coincidia com o fim da vida biológica. O comum era o doente morrer em casa, cercado pela família e sem aparatos tecnológicos. No entanto, com o avanço dos recursos médicos, cada vez mais nos deparamos com situações em que a vida puramente biológica é mantida e prolongada, a despeito de uma qualidade que há

1 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 19.

muito já se perdeu. Esse hiato criado pelos avanços tecnológicos e pelo maior acesso das pessoas aos cuidados médicos tende a crescer cada vez mais. É exatamente esse fato que suscita a discussão e fundamenta o desejo do indivíduo que, do ponto de vista biológico, ainda pode ter anos de vida, mas não tem como usufruir da vida nesses anos. Nesta lógica, afirma Maria Elisa Villas-Bôas:

O período entre o diagnóstico de uma doença mortífera e o desfecho letal, que, no início do século passado, era de cinco dias, em média, atualmente é de aproximadamente cinco anos, e a morte aguda cedeu lugar, em muitos casos, a um processo lento, crônico e gradativo de morrer. Esse processo é sustentado pela biotecnologia, mas ela não trouxe apenas vantagens. Se, de um lado, as pessoas hoje vivem mais e melhor, por outro ângulo passou-se a ter a tentação de torná-las reféns dos recursos disponíveis, de modo que a morte seja mais e mais adiada, mesmo quando já não há nada a oferecer de benéfico em lugar dela².

Não se trata de banalizar a prática da eutanásia. Em regra, qualquer ser humano deseja viver; sendo, inclusive, capaz dos mais radicais atos para manter-se vivo. Não por outro motivo, a própria lei permite ações em legítima defesa e em estado de necessidade. Não podemos nos olvidar, porém, que em situações limítrofes e excepcionais o padecimento do indivíduo – seja físico, seja psíquico – despe-o do sentido mais básico de dignidade, fazendo com que a morte seja preferível à vida naquelas condições. Em alguns casos, nem a louvável ortotanásia com ministração de cuidados paliativos (conceitos que abordaremos em momento oportuno) serão suficientes para resolver a questão da perda da dignidade.

Avançamos muito, é verdade, na tecnologia dos aparelhos e dos tratamentos médicos. Mas a morte continua sendo inevitável, e há situações em que mesmo o emprego de todos os recursos existentes será insuficiente para fazer cessar a dor e para devolver ao indivíduo sua qualidade de vida, de acordo com parâmetros que só ele mesmo pode avaliar como razoáveis ou suficientes. Conforme adverte Luís Roberto Barroso:

[...] não se está aqui diante de uma situação banal, temporária ou reversível, na qual um indivíduo decide morrer e outros se omitem em evitar ou prestam-lhe auxílio. Justamente ao contrário, trata-se de pessoas que, em condições nada ordinárias, reclamam a possibilidade

² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 44.

de renunciar a intervenções médicas de prolongamento da vida. Ou, em outros casos, de optar pela abreviação direta da vida, por ato próprio ou alheio, por estarem acometidos de doenças terminais extremamente dolorosas ou por enfermidades degenerativas que conduzem à perda paulatina da independência. Nessas situações extremas, aparecem outros direitos e interesses que competem com o direito à vida, impedindo que ele se transforme em um insuportável dever à vida. Se, em uma infinidade de situações, a dignidade é o fundamento da valorização da vida, na morte com intervenção as motivações se invertem³.

Com vistas a este cenário, o Capítulo 2 do trabalho contará com breve nota histórica cujo objetivo é demonstrar que, ao longo do tempo, a prática da eutanásia sempre se fez presente, sendo no conceito muitas vezes confundida com a eugenia⁴. Conforme se verá, as diferentes culturas lidam de forma bastante diversa com a eutanásia e também com o auxílio ao suicídio.

Em seguida, no Capítulo 3, apresentaremos uma espécie de glossário, no qual serão firmados os principais conceitos adotados neste trabalho, em especial em razão dos vários termos advindos da seara médica. Isso se faz necessário em razão do uso diverso que se tem feito de expressões relativas à temática da eutanásia e do suicídio assistido, bem como pela interdisciplinaridade do tema.

No Capítulo 4, abordaremos, de uma perspectiva histórica, o tratamento dispensado pela legislação brasileira às figuras da eutanásia e do suicídio assistido. Apresentaremos, com este fim, a normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM), bem como o contexto fático atual. A finalidade, neste ponto, é demonstrar a necessidade da atualização legislativa.

Já no Capítulo 5, narraremos a experiência jurídica estrangeira em relação à matéria, vez que, em alguns países, a eutanásia e o auxílio ao suicídio já são regulamentados, e em outros, embora persista a criminalização, o tratamento legislativo

³ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 75-76.

⁴ Exatamente por este motivo Figueiredo Dias prefere a expressão “ajuda à morte”, ao invés de eutanásia. Segundo o autor, “[...] dada a extrapolação do significado etimológico da palavra “eutanásia”, com que se quis cobrir experiências históricas horrorosas e que nada têm a ver com o problema aqui em causa – o uso do termo “eutanásia” pode servir para desacreditar à partida qualquer argumentação e fazê-la incorrer num clima de paixão e demagogia que deve ser evitado”. Cf.: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 20.

é mais claro. Por oportuno e com vistas a ilustrar o debate, apresentaremos casos verídicos que, em virtude de sua repercussão, transformaram-se em precedentes para o julgamento de casos de eutanásia e de suicídio assistido.

Após esta primeira parte, de caráter expositivo, passaremos a desenvolver, no Capítulo 6, os argumentos em torno da defesa jurídica da eutanásia. Em prol deste objetivo, haverá a exposição e contraposição dos argumentos desfavoráveis à prática. Será importante, neste ponto, um aprofundamento na teoria do paternalismo penal para demonstrar sua inadequação em situações em que estão em jogo decisões íntimas e autorreferidas do indivíduo, que não implicam em lesão a terceiros.

No Capítulo 7, exploraremos os aspectos constitucionais ligados ao tema, com o intuito de demonstrar que a disciplina da eutanásia não afronta o Texto Magno e atende a indagações filosóficas importantes sobre a existência humana.

Na sequência, no Capítulo 8, a discussão será direcionada para o nível da dogmática penal, defendendo que o consentimento do ofendido (no caso, do paciente) funciona como causa de exclusão da tipicidade na teoria do delito.

Feita, pois, a defesa da admissibilidade da eutanásia e do suicídio assistido no contexto jurídico brasileiro, buscaremos, no Capítulo 9, enumerar e descrever os requisitos que devem ser observados para sua validação, considerando as condições do paciente e da própria forma com que o consentimento para a abreviação da vida deve ser emitido.

O tema é polêmico e, justamente por isso, demanda debate cada vez mais aberto e desapegado. Os avanços da medicina só farão avolumar os casos, e a sociedade não pode ignorar aqueles que padecem sem chance de cura. No âmago do tema, encontram-se valores caros à sociedade, que deve garantir as condições de desenvolvimento do indivíduo segundo sua liberdade de autodeterminação. Esta noção impõe que ele não se torne objeto de vontades e valores alheios quando sua decisão não causa dano a outrem e nem a ele mesmo, sob a perspectiva da dignidade humana.

2 NOTA HISTÓRICA

Desde os primórdios, o homem aprendeu que a vida em coletividade era mais vantajosa sob o ponto de vista da manutenção da espécie. Seja para garantir um maior rendimento na caça, seja para proteger-se de ameaças externas (animais ou outros grupos humanos), o homem percebeu que reunir-se em grupos ou tribos era mais eficaz sob o aspecto evolutivo.

Partindo deste ponto de vista, a vida de cada membro importava para a preservação do próprio grupo. Apesar disso, a eutanásia sempre se fez presente no curso da História.

Nas primeiras comunidades humanas, a prática assumiu viés mais utilitarista: a ausência da medicina e a necessidade de labuta constante para sobrevivência forçavam a eliminação de indivíduos considerados “inservíveis” ou inaptos. O aspecto místico e ritualístico de determinadas culturas também fez com que a prática fosse empregada como forma de converter o indivíduo a objeto de satisfação de interesses do grupo.

O Antigo Testamento, por exemplo, narra episódio considerado por alguns estudiosos como um exemplo de sacrifício humano. Trata-se da passagem relatada em Juízes 11:29-40, em que Jefté ofereceu a Deus sua filha “em holocausto” em troca de retornar vitorioso da guerra⁵. Curioso que, neste caso, ao ser informada pelo pai que havia sido oferecida em sacrifício, a filha concorda com a decisão paterna.

⁵ Diz o texto bíblico:

“29. O espírito do SENHOR veio sobre Jefté, e este, atravessando Galaad e Manassés, passou por Masfa de Galaad, de onde marchou contra os amonitas.

30. Jefté fez um voto ao SENHOR, dizendo: “Se entregares os amonitas em minhas mãos,

31. a primeira pessoa que sair da porta de minha casa para vir ao meu encontro, quando eu voltar vencedor sobre os amonitas, pertencerá ao SENHOR e eu a oferecerei em holocausto”.

32. Jefté passou às terras dos amonitas para combater contra eles, e o SENHOR entregou-os em suas mãos.

33. Derrotou-os desde Aroer até a entrada de Menit — conquistando vinte cidades — e até Abel-Carmim. A derrota foi estrondosa, e os amonitas ficaram subjugados pelos israelitas.

34. Quando Jefté voltou para sua casa em Masfa, sua filha veio-lhe ao encontro, dançando ao som do tamborim. Era filha única; ele não tinha outro filho nem filha.

35. Ao vê-la, rasgou as vestes e exclamou: “Ai, minha filha, tu me abalaste! És a causa da minha desgraça! Pois fiz uma promessa ao SENHOR e não posso voltar atrás”.

36. Então ela respondeu: “Meu pai, se fizeste um voto ao SENHOR, trata-me segundo o que prometeste, porque o SENHOR concedeu que te vingasses de teus inimigos, os amonitas”.

A eliminação de indivíduos, deve ficar claro, era medida excepcional, admitida em casos extremos e muitas vezes revestida da referida motivação utilitarista – como a morte de indivíduos velhos ou doentes, bem como de recém-nascidos portadores de anomalias físicas que os impediam de contribuir para o grupo. Mesmo em guerras entre diferentes povos ou tribos, o mais comum era que o grupo derrotado fosse escravizado pelos novos senhores em razão de sua utilidade laborativa, e não simplesmente dizimados.

Historicamente, a prática da eutanásia estava ligada, portanto, a motivações utilitaristas ou a vieses religiosos e ritualísticos. Não se revestia do atual sentido tocando a seu caráter misericordioso e voluntário.

Revelava, outrossim, a noção, até então predominante, de subordinação do indivíduo ao grupo ou ao “bem comum”. Não havia a prevalência que desde a Revolução Francesa se pretende conferir à autonomia da vontade individual. De fato, a morte de indivíduos por terceiros, em geral, prescindia do consentimento daquele que seria morto ou de um intuito altruísta por parte de quem matava. Isso porque o significado da morte – assim como as noções de liberdade, igualdade, felicidade, autonomia, dignidade e outros valores – é condicionado culturalmente, de forma que tudo o que gira em torno do fim da vida e da vivência do luto se modifica no tempo e no espaço a depender de cada cultura⁶.

Com base nesta compreensão, é possível citar vários exemplos históricos em que a eutanásia era plenamente aceita e, mais que isso, recomendada por certos grupos sociais. Seu objetivo não era piedoso, de fazer cessar o sofrimento de um doente, e sim economicista e até eugênico. Para diversos povos era aceitável que um indivíduo considerado um fardo ou ônus para o grupo – seja por doença, seja pela

37. Depois, disse ao pai: “Concede-me apenas o que te peço: deixa-me livre durante dois meses para ir vagar pelas montanhas com minhas companheiras e chorar minha virgindade.

38. “Podes ir”, respondeu ele, e deixou-a partir por dois meses. Ela foi com suas companheiras chorar, pelas montanhas, a sua virgindade.

39. Passados os dois meses, voltou para seu pai, que cumpriu nela o voto que tinha feito. Ela não tinha conhecido homem. Daí o costume que se conserva em Israel:

40. todos os anos as filhas de Israel se juntam para chorarem, por quatro dias, a filha de Jefté de Galaad”.

⁶ MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. xvii.

avançada idade, seja por anomalias físicas ou mentais – fosse eliminado, muitas vezes com o sentido de purificação da espécie.

Bem posteriores à Lei das XII Tábuas, tem-se vários fatos ocorridos, que levam à conclusão de que se dava, em diversos ordenamentos jurídicos, preeminência ao “bem comum”, “função social”, “felicidade de muitos”, sobre os direitos individuais. Na Índia antiga, por exemplo, os incuráveis de doenças contagiosas eram conduzidos por seus parentes às margens do Ganges, asfixiados com barro na boca e nariz e arrojados ao rio sagrado. Napoleão Bonaparte, ao ser interrogado, na Ilha de Elba, sobre sua atitude de ordenar que fosse extirpada a vida de enfermos de peste durante a campanha do Egito, afirmou que não poderia pôr em risco a vida dos demais homens do seu exército e determinou que o médico subministrasse aos doentes fortes doses de ópio⁷.

Mesmo quando a morte era provocada para aliviar o sofrimento de alguém, nem sempre a ação era precedida do consentimento daquele que padecia. Continuava sendo vista, assim, mais como necessária ao grupo e efetivada com o propósito de salvaguardar o coletivo do que como ato de misericórdia.

Assim é que, na ilha grega de Cós, os velhos eram levados a uma festa, em que lhes era oferecido veneno; em Esparta, os recém-nascidos malformados eram atirados ao despenhadeiro do Monte Taijeto; [...] os celtas tinham por hábito que os filhos promovessem a morte dos pais quando estes estivessem velhos e doentes; A Lei das Doze Tábuas dava ao pai o direito de promover a morte do filho que nascesse disforme, após a avaliação por cinco vizinhos; os birmaneses enterravam vivos os idosos e os doentes graves e incuráveis ou os enforcavam a seu pedido; os esquimós os deixavam trancafiados em iglus fechados e povos rurais sul-americanos nômades sacrificavam anciãos e enfermos para não os abandonar ao ataque de animais selvagens⁸.

Não raro, o suicídio era incentivado como forma de acelerar uma morte inevitável e, conseqüentemente, de poupar o grupo dos cuidados com uma pessoa que não mais serviria coletivamente. Durante as Cruzadas, era fornecida aos combatentes uma lâmina afiada, conhecida como *misericórdia*, que tinha por função abreviar-lhes a vida caso fossem gravemente feridos pelo inimigo⁹. Assim, evitava-se que os soldados

7 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 73.

8 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 8.

9 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9.

comprometessem o sucesso da batalha socorrendo os feridos e também que estes fossem escravizados pelos vencedores ou mortos de forma cruel e humilhante.

Nas tribos que habitavam a América do Sul, era comum o sacrifício de deficientes físicos, inclusive bebês. Apesar de reprovável na cultura atual, a morte de recém-nascidos motivada por razões utilitaristas persistiu até os tempos atuais. A título de exemplo, podemos mencionar as consequências da “política do filho único” instituída pelo governo chinês no final da década de 1970 como ferramenta de controle populacional: como a orientação do governo era de que os casais só tivessem um filho, tornou-se comum que as famílias sacrificassem ou abandonassem a menina primogênita, pois o nascimento de um menino era considerado mais vantajoso do ponto de vista da mão de obra familiar¹⁰. Na mesma lógica, também disparou o número de abortos de fetos do sexo feminino.

A par do aspecto utilitarista destacado, não se pode negar que, mesmo entre povos antigos, era relativamente recorrente a prática da eutanásia em formato semelhante ao atual, no sentido de uma morte motivada pela piedade do sujeito ativo diante do sofrimento alheio. Tudo indica que o episódio bíblico da crucificação de Cristo constitui relato de uma prática histórica comum, que poderia ser interpretada sob o conceito atual de eutanásia. Trata-se do momento em que um soldado faz chegar à boca de Jesus uma lança em cuja ponta estava uma esponja embebida em vinagre e fel, com o objetivo de entorpecer e acelerar a morte do crucificado. A esponja oferecida a Jesus conteria o chamado “Vinho de Moriani”, preparado com raiz de mandrágora,

¹⁰ Culturalmente, o nascimento de um filho do sexo masculino era mais valorizado na China desde a época feudal. Entende-se que o homem assumiria a função de provedor da família e cuidaria dos pais idosos, enquanto que a mulher inevitavelmente se casaria e deixaria o seio familiar para servir à família do marido. Cf.: CÂNDIDO, Keila. Como a política do filho único tornou-se uma ameaça para a economia da China. *Época Negócios*, São Paulo, 28 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/01/como-politica-do-filho-unico-tornou-se-uma-ameaca-para-economia-da-china.html>. Acesso em: mai/2020.

com propriedades entorpecentes¹¹. A prática pode se enquadrar no que hoje caracterizamos como “eutanásia de duplo efeito”¹².

Não obstante o relatado, a polêmica em torno do tema sempre existiu. Ainda na Grécia Antiga, enquanto Platão, Sócrates e Epicuro elaboravam justificativas ao suicídio cometido em razão do sofrimento causado por doenças dolorosas, Aristóteles, Pitágoras e Hipócrates condenavam a prática. O juramento de Hipócrates, inclusive, ainda hoje impõe ao médico que declare que “eu não darei qualquer droga fatal a uma pessoa, se me for solicitado, nem sugerirei o uso de qualquer uma deste tipo”¹³.

Controvérsias à parte, sempre houve grande interesse no desenvolvimento de substâncias capazes de promover uma morte rápida e indolor. Cleópatra, a conhecida rainha do Egito, criou uma espécie de escola para estudar formas de morte menos dolorosas. Ainda na Antiguidade, em Marselha, qualquer cidadão podia acessar um depósito público de cicuta¹⁴. Relata José Roberto Goldim:

A discussão sobre o tema prosseguiu ao longo da história da humanidade, com a participação de Lutero, Thomas Morus (Utopia), David Hume (On suicide), Karl Marx (Medical Euthanasia) e Schopenhauer. No século passado, o seu apogeu foi em 1895, na então Prússia, quando, durante a discussão do seu plano nacional de saúde, foi proposto que o Estado deveria prover os meios para a realização de eutanásia em pessoas que se tornaram incompetentes para solicitá-la¹⁵.

11 RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 22. De maneira semelhante, França também destaca que “[...] o gesto dos guardas judeus de darem a Jesus uma esponja embebida em vinagre, antes de constituir ato de zombaria e crueldade, teria sido uma maneira piedosa de amenizar seu sofrimento, pois o que lhe ofereceram, segundo consta, fora simplesmente o *vinho da morte*, numa atitude de extrema compaixão. Segundo Dioscorides, esta substância ‘produzia um sono profundo e prolongado, durante o qual o crucificado não sentia nem os mais cruentos castigos, e por fim, caía em letargo, passando à morte insensivelmente” Cf.: FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 11 ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2017, p. 380/381.

12 Em suma, a eutanásia de duplo efeito ocorre quando é ministrada ao doente alguma substância apta a aliviar sua dor, mas que, necessariamente, por sua natureza ou dose disponibilizada, provocará a aceleração da morte do paciente, como um “efeito colateral” necessário da ação. Esta espécie de eutanásia, também chamada de eutanásia indireta, será apresentada em mais detalhes no Capítulo 3 deste trabalho.

13 A versão integral do “Juramento de Hipócrates” está disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/juramento_hipocrates.pdf. Acesso em: out/2019.

14 Planta da qual se produz um veneno poderoso e fatal, conhecido pelo mesmo nome.

15 GOLDIM, José Roberto. *Breve histórico da eutanásia*. Porto Alegre, 2000. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>. Acesso em: mai/2018.

Na medida em que a concepção coletivista do homem foi dando lugar ao racionalismo moderno que inaugura um novo paradigma das relações humanas – baseado no homem como sujeito de direito –, a eutanásia foi assumindo o significado hoje conhecido, de morte piedosa, levada a cabo no interesse daquele que é morto. “É o racionalismo moderno que situa o homem como centro de questões, deixando de lado as relações religiosa, agrária e medieval de sociedades aristocráticas, no intuito de buscar o progresso por meio do conhecimento científico”¹⁶.

No século XX, acirrou-se o debate, principalmente em razão da maior divulgação de notícias sobre casos de eutanásia na imprensa escrita. Com o aumento da repercussão e, por conseguinte, do interesse social, o meio acadêmico passou a se debruçar com maior afinco sobre o tema. Em paralelo, a medicina continuava seu desenvolvimento e sua busca por medicamentos e tecnologias capazes de prolongar a vida de pacientes desenganados.

Durante a Segunda Guerra Mundial, a discussão foi fortemente impactada e os argumentos a favor da eutanásia foram duramente criticados em razão das práticas eugênicas ocorridas sob o regime do Nacional Socialismo. Naquele contexto, o que erroneamente se chamava de eutanásia tornou-se um instrumento de “higienização social” cuja finalidade era buscar a perfeição ou o aprimoramento de uma raça supostamente superior, nada tendo a ver com compaixão, piedade ou direito a pôr termo à própria vida¹⁷.

De fato, o emprego do termo “eutanásia” para as práticas eugênicas promovidas pelo regime nazista em muito contribuiu para atrasar o debate e revesti-lo de uma série de preconceitos e tabus. Indubitavelmente, aqueles procedimentos em nada se assemelham ao que aqui defenderemos como eutanásia, vez que consistiam em mortes promovidas contra a vontade da vítima, muitas vezes revestidas de crueldade e sadismo. Foram, em verdade, verdadeiros homicídios, que caracterizaram um dos maiores episódios de genocídio já registrados pela Humanidade.

16 SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio Assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 5.

17 SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio Assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 5.

Até onde sei, ninguém, desde a queda do regime nazista na Alemanha, defende a eutanásia involuntária. Até mesmo os próprios nazistas se equivocaram no uso do termo “eutanásia” para ocultar sua verdadeira motivação, que não era em nada “humanitária” ou “pelo bem de alguém que está morrendo”. Os nazistas não eram homicidas paternalistas, exceto em sua propaganda, e na escolha do termo cosmético “eutanásia” para seus assassinatos bárbaros. Sob seus principais argumentos justificativos, eles mataram desajustados, retardados, psicóticos, epiléticos e outras pessoas portadoras de deficiência porque eram “inúteis” e “um fardo para a sociedade”¹⁸ [tradução nossa].

Em paralelo às defesas acadêmicas, a eutanásia e o suicídio assistido foram sendo incorporados às legislações nacionais, de forma que vários países passaram a admiti-los como hipóteses legais ou, ao menos, com pena mais branda em comparação ao homicídio¹⁹. Não se trata da maioria dos ordenamentos, é verdade, mas as legislações têm caminhado no sentido de reconhecer a eutanásia como prática aceitável e, quando não atípica, ao menos justificada ou passível de perdão judicial. Em grande medida, isso decorre da ascensão do valor que se concede à autonomia privada nas democracias atuais.

Na Suíça, por exemplo, já existem instituições regulamentadas que promovem suicídio assistido, inclusive sem a exigência de que o solicitante esteja padecendo de doença terminal. Para exemplificar, podemos citar o caso recente de David Goodall, cientista australiano de 104 anos que, desejando morrer, viajou da Austrália até a Suíça para submeter-se ao procedimento. David, apesar da idade, não padecia de qualquer doença terminal, mas considerava que sua qualidade de vida havia decaído a ponto de não mais valer a pena viver. Ao morrer, no dia 10 de maio de 2018, David declarou: “minha vida empobreceu no último ano então estou muito feliz por encerrá-la”. E, ainda:

18 Texto no idioma original: “So far as I know, no one since the fall of the Nazi regime in Germany has advocated involuntary euthanasia. Even the Nazis themselves equivocated on the term “euthanasia” to conceal their true motivation which was in no sense “humanitarian” or “for the sake of the one who is to die”. The Nazis were not paternalistic killers except in some of their transparent propaganda, and in their choice of the cosmetic term “euthanasia” for the barbarous killing. In their primary justificatory arguments they killed misfits, retarded people, psychotics, epileptics, and other handicapped persons because they were “useless” and “a burden on society”. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 345.

19 No Capítulo 5, esboçaremos um pequeno panorama do tratamento concedido por legislações ocidentais às práticas mencionadas.

“toda a publicidade que isso tem recebido só pode servir para, penso eu, ajudar a causa da eutanásia para idosos, o que desejo”²⁰.

Diante de todo o explanado, o que se verifica, hoje, é o aumento de debates sobre o tema, não apenas na sociedade leiga, mas também entre os legisladores; embora alguns países ainda sejam bastante resistentes a qualquer tipo de regulamentação. Não há dúvidas, no entanto, de que a tendência, embora ainda tímida, é de aumentar a expressividade concedida à autonomia individual, de forma a atribuir mais valor às manifestações de vontade, mesmo quando referentes à vida e à possibilidade de sua interrupção.

²⁰ As declarações derradeiras de David foram: “My life has been rather poor for the past year or so and I'm very happy to end it,” e “All the publicity that this has been receiving can only, I think, help the cause of euthanasia for the elderly, which I want”. Cf.: DAVID Goodall: Scientist, 104, ends his life in Switzerland. *BBC News*, London, 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-44069885>. Acesso em: mai/2020.

3 CONCEITOS INTERDISCIPLINARES

O presente trabalho versa sobre temas precipuamente interdisciplinares e, por isso, demanda o recurso a conceitos das áreas médica e jurídica, bem como da bioética. Não raro, nos deparamos com usos bastante variados de um mesmo termo por parte de autores dos diversos ramos mencionados, o que frequentemente caracteriza uma polissemia que pode causar confusão.

Com o fito de estabelecer o significado de determinados termos e de orientar o leitor para a melhor compreensão deste trabalho, faz-se necessário esclarecer alguns conceitos, especialmente os da seara médica. A própria definição de eutanásia é mutável e nem todas as doutrinas e legislações partem dos mesmos requisitos para defini-la.

Tendo como propósito guiar o entendimento do leitor quando do estudo desta tese, dedicamos este capítulo a apresentar uma espécie de glossário, elucidando o sentido que cada termo será empregado ao longo do trabalho, ainda que não coincida com definições traçadas por outros autores em seu exato teor.

3.1 Morte clínica, morte biológica e morte encefálica

A distinção entre os conceitos de morte clínica, morte biológica e morte encefálica é de crucial importância para o assunto ora tratado, especialmente sob a ótica do Direito Penal posto. Isso porque, a depender do critério de morte adotado, a tipicidade de determinada ação varia – podemos ter a punição por homicídio ou a caracterização de crime impossível (“matar cadáver”). Qualquer discussão acerca do bem jurídico “vida” tem como pressuposto estabelecer quando ela começa e/ou quando termina, ao menos do ponto de vista biológico.

Muito variou, ao longo da História, o que se concebe como morte (ou como o momento da morte). Atualmente, a tendência é reconhecê-la não como um acontecimento instantâneo, mas como um processo que pode ser mais ou menos lento, de acordo as especificidades do caso. Isto ocorre não apenas no campo filosófico – em que a concepção desta transição é mais clara –, mas também do ponto de vista biológico. Não há como persistirmos na ideia de que o corpo só pode se apresentar em

dois estados (vivo ou morto), vez que a morte se desenvolve em etapas que constituem um processo que demanda tempo variável a depender de sua causa e do indivíduo que padece²¹.

Em que estado do organismo podemos considerar que ainda há vida apta a continuar por tempo razoável e a partir de qual momento o processo de morte se torna irreversível? Tal questionamento apresenta extrema complexidade: ao mesmo tempo que centenas de células em nosso corpo morrem diariamente sem comprometer nossas vidas, há grupamentos de células que, se morrerem, acarretam necessariamente o colapso de todo o organismo. Há, por outro lado, células que permanecem vivas mesmo após o diagnóstico de óbito.

O que importa, para fins de admissibilidade da eutanásia nos termos em que aqui defenderemos, não é saber o exato momento da morte biológica; o que nos interessa é determinar o ponto em que a vida não mais pode ser vivida dignamente, seja em razão de um sofrimento físico, psicológico, emocional e/ou relacional do sujeito, em avaliação a ser feita por ele próprio (real ou presumidamente, conforme veremos adiante).

Estas questões serão desenvolvidas nos capítulos seguintes, contudo, independentemente de posicionamento contrário ou favorável à eutanásia, é indispensável, para início de qualquer debate, a definição do critério clínico de morte. Trata-se do critério microbiológico adotado pela medicina e, conseqüentemente, pelo direito, para definir a morte do indivíduo. Tal definição não coincide, necessariamente, com o conceito de morte biológica, que se refere à deterioração celular total do corpo.

Por essa razão, considera-se que a morte clínica antecede a morte biológica e a supera em relevância socialmente atribuída para a finalidade de caracterizar a extinção da vida. A noção de morte doravante utilizada diz respeito à morte clínica e aos parâmetros que permitem verificá-la, ainda que subsista a vida biológica em células ou tecidos isolados²².

É possível que a pessoa já tenha morrido (morte clínica declarada) e, ainda assim, existam centenas ou milhares de células ativas naquele corpo. De toda forma,

21 FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 11 ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2017, p. 344.

22 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.18-19.

esta atividade não é suficiente para que o corpo retome autonomamente suas funções. A morte biológica, portanto, não é critério para a declaração do óbito de um indivíduo, sendo esta baseada na morte clínica. Ao longo da evolução das ciências médicas, vários foram os parâmetros utilizados para definir a morte clínica de uma pessoa. Um critério muito utilizado no passado, e que ainda constitui um indicador relativo, é o da atividade cardíaca. Como é sabido, a falência do sistema circulatório, em especial a do coração, sempre foi associada à morte do indivíduo.

A cessação da atividade respiratória também é exemplo de critério bastante simples e muito empregado ao longo dos tempos. Não são incomuns, em filmes e livros de época, cenas em que um espelho é colocado próximo à boca da pessoa moribunda para constatar se ainda está viva²³. Daí, talvez, a origem da expressão “deu o último suspiro” como sinônimo do momento da morte²⁴.

A avaliação da atividade respiratória é, ainda hoje, bastante utilizada na autópsia de recém-nascidos. No teste conhecido como “docimasia hidrostática pulmonar de Galeno”, um pedaço do pulmão é colocado em um recipiente com água para verificar se a criança chegou a respirar – isto é, se nasceu com vida, ainda que tenha morrido logo após ou se já nasceu morta²⁵. A diferença é crucial para distinguir entre os crimes de aborto e homicídio, bem como para efeitos sucessórios, a depender da legislação.

Não obstante o teste cardiorrespiratório manter certa relevância, ainda que meramente indiciária, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia dos aparelhos hospitalares fez com que o critério para a constatação da morte clínica passasse a ser o de cessação da atividade encefálica. De fato, nas UTIs modernas, vemos pacientes

23 Trata-se da prova de Winslow, em que um espelho ou fiapo de algodão é aproximado do nariz e boca do paciente. Se não houver respiração, o espelho não embaçará e o fiapo de algodão não se moverá, provando que o indivíduo está morto. FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 11 ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2017, p. 346.

24 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005 p. 19.

25 Neste teste, se o fragmento de pulmão boiar, significa que a criança chegou a respirar, ainda que brevemente, concluindo-se que nasceu com vida. Ao contrário, se o fragmento permanecer no fundo do recipiente, significa que o tecido não contém ar e, conseqüentemente, que a criança nunca chegou a respirar. Existem outras provas capazes de constatar se a criança nasceu viva ou morta. Na “docimasia pulmonar radiológica de Bordas”, a radiografia dos pulmões do cadáver indica que a criança nasceu com vida se os pulmões assumirem uma coloração esbranquiçada, e indica que nasceu morto (nunca respirou) se os pulmões se apresentarem escurecidos na chapa radiológica.

cuja respiração e/ou circulação (incluindo os batimentos cardíacos) estão mantidos por aparelhos e, nem por isso, são declarados mortos. A cessação da respiração e/ou dos batimentos cardíacos, se contornada a tempo, pode sequer deixar sequelas no organismo, desde que não haja comprometimento da atividade encefálica, responsável pelos comandos vitais do corpo. Daí este – o da morte encefálica – ter se tornado o parâmetro para declaração de morte após a primeira metade do século XX. Neste sentido, Villas-Bôas acrescenta:

Verificou-se, então, que, conquanto a massagem cardíaca, o desfibrilador e as drogas cardiotrópicas pudessem restaurar a função cardíaca momentaneamente comprometida; conquanto a ventilação artificial, manual ou por aparelho, pudesse manter a oxigenação orgânica, não se descobriu ainda qualquer método capaz de trazer de volta o sistema nervoso não funcionante²⁶.

Não se confunde morte cerebral com morte encefálica. Para a ciência, o cérebro corresponde apenas à parte superior do sistema nervoso central, sendo responsável pelas atividades caracterizadoras da espécie humana – a comunicação, os sentimentos, o raciocínio. O cérebro pode estar irreversivelmente comprometido, mas a atividade biológica permanecerá se estiverem intactos o tronco encefálico e o cerebelo, já que ali se concentram os comandos vitais mais basais e automáticos do corpo, como a atividade cardiorrespiratória.

A morte encefálica, portanto, configura-se como o critério hoje utilizado para a declaração de óbito do indivíduo, inclusive no Brasil. Para constatá-la, faz-se

²⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 22. A autora salienta, na mesma obra, que “quando a lesão se concentra apenas na área cortical, embora irremediavelmente deteriorada a vida de relação (pela destruição da porção encefálica responsável pela sensibilidade, comunicação, cognição e raciocínio), é possível manterem-se íntegras as funções basais de respiração e circulação, governadas pelo tronco encefálico, que é a parte do sistema nervoso localizada entre o cérebro e a medula, composto pelo bulbo raquidiano ou medula oblonga, ponte e mesencéfalo, e em que estão concentradas as funções mais basais do organismo, como a coordenação da respiração. Nesse caso, o paciente poderá estabilizar-se e entrar em quadro de vida vegetativa, a qual se pode prolongar durante anos, até que uma outra causa venha a provocar a morte”. Conforme desenvolveremos nos próximos capítulos, esta é a situação mais “tranquila” de admissibilidade da eutanásia, uma vez que o indivíduo jamais recuperará a consciência e as demais funções do córtex cerebral, ou seja, o aspecto relacional indispensável para o conceito de “vida digna”.

indispensável acurado exame neurológico da pessoa, de forma a comprovar que não reage aos estímulos controlados pelo tronco encefálico e pelo cerebelo²⁷.

Desde já, esclarecemos que o desligamento de aparelhos que mantêm artificialmente a respiração e/ou a circulação de um paciente com morte encefálica não constitui eutanásia²⁸ (sequer ortotanásia, como veremos), pois aquele indivíduo já está morto quando os aparelhos são desligados.

É claro que alguns pacientes, em virtude de seu estado clínico, precisam do suporte de aparelhos, como pode ser o caso daquele que aguarda um transplante de coração. Este suporte, no entanto, dá-se de forma complementar e temporária, apenas pelo tempo suficiente para a recuperação do indivíduo, pois seu prognóstico é favorável. Por outro lado, se restar comprovado que houve morte encefálica – ou seja, que o indivíduo não é capaz de qualquer estímulo vital autônomo e que a função cardiorrespiratória só ocorre artificialmente –, o desligamento das máquinas é verdadeiro crime impossível, pois não há mais vida a ser extinta. Em outras palavras, o indivíduo com morte encefálica já é cadáver.

3.2 Coma e estado vegetativo persistente (EVP)

Os estados de coma e de estado vegetativo persistente (tratados por alguns autores como “morte relativa”) se assemelham no sentido de que, em ambos, o indivíduo está totalmente desprovido de capacidade relacional, embora conserve as atividades encefálicas mínimas para afastar o diagnóstico de morte.

O estado de coma pode apresentar diferentes causas e graus, além de ter duração variável. Por não se tratar de um trabalho da área médica, abster-nos-emos de traçar aqui as escalas, propostas por diversos autores, acerca dos graus do coma e do nível de comprometimento que representam. Vale registrar, porém, que a durabilidade do coma não tem, necessariamente, relação com o grau de comprometimento das estruturas cerebrais. Daí os casos de indivíduos que passam meses ou anos em coma

²⁷ Embora os nomes possam levar à confusão, os bebês anencéfalos não são, em todos os casos, totalmente desprovidos de encéfalo. Muitas vezes esta estrutura está formada, porém de forma incompleta, mas apta a preservar alguns estímulos como o de sucção e o de respiração.

²⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 11 ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2017, p. 382.

e, ainda assim, despertam sem sequelas. Isso ocorre quando a lesão cerebral não foi grave a ponto de comprometer definitivamente a vida relacional²⁹. Quando, no entanto, o comprometimento das estruturas cerebrais é irreversível, o coma aproxima-se do quadro de morte encefálica.

Ao contrário do coma, que pode ser reversível, o estado vegetativo persistente comporta situações em que a destruição cerebral atinge o ponto de tornar irrecuperável a vida relacional do indivíduo. Não por outro motivo, o quadro recebe essa nomenclatura: o indivíduo está irremediavelmente inerte, como um vegetal. Mantêm-se, entretanto, as estruturas encefálicas, de forma que as funções vitais podem permanecer sem o suporte de aparelhos. Assim sendo, não há diagnóstico de morte clínica. Conforme os ensinamentos de Villas-Bôas:

Na *vida vegetativa* ou *estado vegetativo persistente* – expressão criada em 1972 pelos médicos americanos Jennet e Plum – há destruição do córtex cerebral, parte do encéfalo responsável pelas funções superiores que caracterizam a atividade neurológica humana, tais como a capacidade de raciocínio, memória, relação social, compreensão e expressão, cognição, sensibilidade..., com perda permanente dessas aptidões. A ciência descreve que indivíduos nessa situação não têm qualquer percepção de si ou do que os rodeia. As funções vegetativas, todavia, estão preservadas – como a respiração, batimentos cardíacos, regulação enzimática, hormonal e de temperatura, ciclo circadiano de sono e vigília, com abertura ocular espontânea, sem que isso represente, entretanto, relação com o meio, apesar da justificável ansiedade familiar em interpretar dessa forma – sendo possível a existência independente de aparelhos por um tempo indefinido, até que outra causa venha a acarretar a morte³⁰.

A questão do estado vegetativo talvez seja uma das mais polêmicas quando tratamos do tema da eutanásia. Se, de um lado, o indivíduo está total e permanentemente alijado de sua vida relacional – incapaz de se comunicar, de perceber e de demonstrar afeto, de reagir a estímulos emocionais, etc –, de outro, ele mantém as funções encefálicas, ou seja, é capaz de respirar e manter os batimentos cardíacos sem o suporte de aparelhos, talvez por anos.

29 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32.

30 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33.

Casos como o de Karen Ann Quinlan, ocorrido nos Estados Unidos em 1975, ilustram esta situação. Após uso abusivo de álcool e drogas, a jovem entrou em estado vegetativo. Seus pais, após pleito judicial, obtiveram a autorização para o desligamento dos aparelhos de suporte respiratório. Após o desligamento, Karen ainda sobreviveu por dez anos até sua morte natural. É certo que manteve suas atividades basais autonomamente, mas também é fato que não recuperou qualquer atividade relacional.

3.3 Paciente terminal e paciente sem prognóstico

As hipóteses mais recorrentes em que se cogita a eutanásia são as que envolvem pacientes terminais. Embora este conceito varie na ciência médica³¹, entende-se, neste trabalho, que paciente terminal é aquele cuja evolução para a morte – seja mais lenta ou mais acelerada – é irreversível em razão de sua patologia. Por óbvio, a despeito de nossa tentativa cultural de evitar ao máximo essa reflexão, nosso fim é a morte. A morte é sempre inevitável. O paciente terminal, no entanto, padece de patologia letal, cujo prognóstico de cura é inexistente. Salvo hipóteses improváveis – como sofrer um acidente de carro ao ir até a consulta médica ou morrer em virtude do desabamento do hospital onde está internado – ele sabe que muito provavelmente morrerá em virtude da doença que o acomete.

Vale ressaltar que a tendência vigente é substituir o termo “paciente terminal” por “paciente fora de possibilidades terapêuticas atuais” para evitar o estigma da primeira expressão e o risco de condicionar o tratamento ao fatalismo da ideia de que não há mais o que possa ser feito³².

A Sociedade Espanhola de Cuidados Paliativos define doença terminal a partir de cinco elementos:

- 1) presença de uma doença avançada, progressiva e incurável; 2) falta de possibilidades razoáveis de respostas ao tratamento específico; 3) presença de inúmeros problemas ou sintomas intensos, múltiplos, multifatoriais e mutáveis; 4) grande impacto emocional no paciente, família e equipe terapêutica, muito relacionado à presença, explícita ou não, da morte; 5) prognóstico de vida limitado³³ [tradução nossa].

31 DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.

32 DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.

Embora defendamos a abrangência da eutanásia para além das hipóteses de terminalidade, este é o cenário que mais desperta compaixão e empatia dos juristas e da opinião pública. Via de regra, a pessoa que sofre de uma doença terminal enfrenta diariamente a dor e o desconforto, em verdadeira agonia, sabendo que evoluirá para o óbito. A simples certeza da irreversibilidade do quadro impõe ao paciente considerável ônus emocional. Os familiares e amigos também sofrem com o padecimento do ente querido, sem vislumbrarem qualquer possibilidade de cura.

Diante de tais pacientes, três são as opções de conduta: prolongar a existência terminal mediante uso maciço de drogas e aparelhos, embora isso signifique também prolongar e intensificar a agonia; apressar o fim, mediante conduta ativa ou passiva de interrupção da vida; ou promover cuidados paliativos, tencionando tornar os momentos finais menos dolorosos, sem, todavia, investimentos técnico-medicamentosos que visem a conservar, além do tempo natural, uma vida que não se pode mais melhorar³⁴.

A primeira hipótese mencionada por Villas-Bôas configura a chamada distanásia (a ser tratada em tópico específico); a segunda se refere à eutanásia propriamente dita (ativa ou passiva, conforme será esclarecido), que neste trabalho buscaremos legitimar; e a terceira constitui a opção pela ortotanásia³⁵ e pelos cuidados paliativos, campo que vem se desenvolvendo intensamente em todo o mundo, inclusive no Brasil.

33 Texto no idioma original: “1) Presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable; 2) Falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; 3) Presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; 4) Gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte; 5) pronóstico de vida limitado”. Entende-se, quanto a este último item, que o prognóstico de vida do paciente terminal não excede a 6 meses. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS. *Guía de Cuidados Paliativos*. Madrid, 2014. Disponível em: https://www.secpal.com/biblioteca_guia-cuidados-paliativos_2-definicion-de-enfermedad-terminal. Acesso em: set/2020.

34 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37. Para a autora, “somente a última alternativa obedece aos preceitos da preservação da dignidade humana, *já de si afetada pela doença*, que tira do indivíduo sua autonomia, sua capacidade física e psíquica de zelar por si mesmo” [grifo nosso]. Note-se que, embora se oponha diretamente à hipótese 2 (eutanásia), que, para nós, seria adequada (nos casos em que corresponda à vontade do paciente, uma vez que a voluntariedade é seu elemento intrínseco), a autora reconhece que a doença terminal, por si só, agride a dignidade humana.

35 Como veremos adiante, adotamos classificação que diferencia a eutanásia passiva da ortotanásia, embora muitos autores as tenham como sinônimos.

O segundo conceito a ser analisado neste tópico é o de paciente sem prognóstico. Enquanto o doente terminal padece de patologia que inevitavelmente o conduzirá a óbito em um futuro relativamente próximo (a doutrina diverge quanto ao tempo exato, mas, em geral, há consenso sobre o prazo de três a seis meses), o paciente sem prognóstico possui uma doença incurável, mas sem previsão de morte a curto prazo. É o caso das doenças crônicas, como diabetes, AIDS e hipertensão. Embora essas patologias possam levar a episódios clínicos que exijam internação e até cuidados em UTIs, em regra, o paciente consegue manter a doença sob controle e desfrutar de uma vida com razoável qualidade, não obstante possa haver certa diminuição da expectativa de vida.

No presente trabalho, desenvolveremos a noção de qualidade de vida como critério a ser analisado quando discutida a admissibilidade ou não da eutanásia. O paciente diabético, por exemplo, deve manter rígido controle sobre sua alimentação, muitos devendo se submeter à aplicação de doses diárias de insulina. Ainda que essas limitações possam configurar aborrecimentos ou contratempos na vida do paciente, não se pode afirmar, *a priori*, que comprometem sua dignidade e qualidade de vida a ponto de fazê-lo cogitar a eutanásia. O mesmo raciocínio se aplica à hipertensão, que, em geral, sujeita o paciente à medicação diária e ao controle da dieta.

Há que se considerar a existência de doenças que, apesar de não colocarem o paciente de pronto em estado de terminalidade, apresentam evolução que, mais cedo ou mais tarde, resultará no comprometimento de sua dignidade e capacidade relacional, chegando, às vezes, a impedi-lo de manter os cuidados mais básicos de higiene e alimentação. É o que ocorre, por exemplo, nas doenças de Alzheimer e demência, bem como nos casos de patologias degenerativas que atingem a capacidade física do paciente.

Embora tais enfermidades possam levar longos anos para se desenvolverem, é certo que, em seus estágios mais avançados, comprometem radicalmente o cotidiano do paciente, tornando inevitável o recurso aos cuidados de terceiros. Para muitos estudiosos, são estes os casos mais árdios no que diz respeito à discussão sobre eutanásia. Seria legítimo que essas pessoas solicitassem a eutanásia ou o auxílio ao suicídio antes de apresentarem os sintomas mais graves que, inevitavelmente, retirarão

sua dignidade, segundo sua própria avaliação do conceito? Por outro lado, enquanto ainda hígidos mentalmente, poderiam registrar de antemão sua vontade de serem eutanasiados quando aqueles sintomas aparecerem e quando não mais possuírem discernimento e capacidade para consentir? São questões que buscaremos enfrentar neste trabalho em momento oportuno.

Por ora, cabe registrar que há hipóteses bem mais amplas e complexas, para além dos casos de terminalidade, que demandam uma discussão séria sobre a regulamentação da eutanásia.

3.4 Eutanásia e homicídio a pedido

Etimologicamente, o sentido piedoso da ação constitui a essência do conceito de eutanásia. O termo deriva do radical grego *eu*, cujo significado é bem ou bom, e de *thanatos*, que significa morte. Eutanásia seria, assim, a morte boa, morte apropriada ou morte benéfica³⁶. Não obstante sua definição simples, o termo *eutanásia*, ao longo dos tempos, foi utilizado de forma bastante ampla e genérica, muitas vezes não coincidente com o sentido que hoje costuma-se atribuir à expressão. Conforme abordamos em nossa nota histórica³⁷, abrangia situações muito díspares, o que ajudou a aumentar o tabu sobre o tema, já que o vocábulo era empregado de forma sinônima para nomear práticas eugênicas e outras ações contrárias à vontade do próprio paciente. De fato, o termo foi erroneamente utilizado em situações em que a morte era provocada sem ou mesmo contra a vontade do paciente, o que subverte totalmente seu sentido.

De toda forma, cumpre destacar que o significado original da palavra sofreu alterações ao longo dos tempos, passando a abarcar não somente a hipótese de doentes terminais, mas também aquelas mais complexas, relacionadas a recém-nascidos com malformações congênitas e vítimas de acidentes ou doenças degenerativas cuja situação física impede que provoquem a morte em si mesmos³⁸.

36 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 85.

37 Capítulo 2 deste trabalho.

38 CARVALHO, Gisele Mendes de. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Ponts, 2020, p. 170.

No uso corrente, uma das definições possíveis de eutanásia é:

[Uma] ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos³⁹.

Observe-se que um dos elementos essenciais é o especial fim de agir do sujeito ativo, ou seja, sua finalidade benevolente. A nosso ver, trata-se de requisito dispensável, não somente por ser de difícil prova, mas também porque as demais condições, se presentes, são suficientes para legitimar a conduta. Não vemos razão, igualmente, para exigir a exclusiva finalidade benevolente. A eventual existência de contraprestação pecuniária, como já ocorre em clínicas especializadas na Europa, não desnatura a essência da eutanásia, isto é, a presença do sofrimento e a vontade do paciente.

A propósito, é exatamente a ausência de menção à manifestação de vontade da pessoa que padece que torna falha e inadequada a definição exposta: a conduta que defendemos jamais poderá estar dissociada da manifestação da vontade do paciente, ainda que presumida. Para fins deste trabalho, o enfoque na autonomia da vontade será primordial, de forma que só será legítimo matar alguém quando a pessoa pedir para ser morta. Ainda que o sujeito ativo esteja imbuído de genuína motivação altruísta, jamais poderá pôr fim à vida do sujeito passivo contra sua vontade (real ou presumida).

39 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 71. Discordamos parcialmente desta definição porque, *a priori*, parece-nos incorreto limitar a abrangência da eutanásia a ações de um médico ou de um profissional da saúde. Consideramos legítima a ação de pessoa estranha à área da saúde em prol de incluir, principalmente, ações de familiares que, devidamente orientados por um médico, praticam eles próprios a ação ou omissão final. De outro lado, defenderemos neste trabalho que o sofrimento psíquico, por si só, desde que intenso e irreversível, pode legitimar o pedido de eutanásia, sem que necessariamente precise vir acompanhado de dores físicas. De toda forma, conforme comprovado, o sofrimento psíquico intenso muitas vezes acarreta dores físicas ao paciente, através do processo de somatização. “Dor e humor são comandados por regiões conectadas do cérebro. Por isso, assim como ocorre na insônia, quem tem depressão pode ter mais dores pelo corpo e quem tem dores crônicas provocadas por outras condições está mais sujeito ao transtorno. As queixas mais comuns são enxaqueca e incômodo na lombar”. Cf.: Por dentro e por fora: como a depressão altera o corpo humano. *Medley*, Suzano, 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.medley.com.br/podecontar/quero-ajudar/por-fora-por-dentro>. Acesso em: out/2019.

Conforme será abordado em capítulo próprio, nem sempre é possível ao sujeito passivo formular o pedido de eutanásia (é o que ocorre nos casos de coma, estado vegetativo, incapacidade de comunicação, etc). Nessas hipóteses, há que se perscrutar qual seria a vontade do paciente se pudesse manifestá-la. Em outras palavras, é preciso recorrer ao consentimento presumido – que é consentimento, enfim.

Adotamos, pois, o seguinte conceito de eutanásia:

uma ação ou omissão, com o objetivo de causar a morte em um ser humano, visando pôr fim ao seu sofrimento, sempre a pedido deste ou de seus familiares, tendo em vista que a vida que leva não se encontra dotada de nenhuma qualidade⁴⁰.

Tal conceito não se confunde com o de homicídio a pedido, cuja definição requer somente a manifestação de vontade do sujeito passivo, ainda que este não padeça de qualquer mal.⁴¹ Por ora, cabe firmar que a questão da qualidade de vida, a ser examinada pormenorizadamente em capítulo próprio, parece-nos essencial ao conceito de eutanásia, pois interfere na concepção de dignidade humana. Além disso, defendemos que o requisito do sofrimento é mais adequado que o de doença, por motivos que também exporemos.

Sobre o conceito adotado por Roxin – para quem a eutanásia é o auxílio dado a alguém gravemente doente, a seu pedido expresso ou presumido, cujo intuito é possibilitar uma morte digna, conforme a própria concepção de dignidade⁴² acreditamos ser, de certa forma, bastante genérico. Embora relevante ao destacar a necessidade de respeito à dignidade humana como conceito que deve ser preenchido pelo próprio

40 CARNEVALLI, Eduardo Cartilho. *Diez años de eutanásia en Holanda: una valoración moral*. 2003. Thesis (Doctoratum in Sacra Theologia Totaliter Edita) – Facultas Theologiae, Pontificia Universitas Sancti AE Crucis. Roma, 2003, p. 23. Apud: CARDOSO, Juraciara Vieira. *Eutanásia, distanásia e ortotanásia: o tempo certo da morte digna*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010, p. 169. Ressalte-se que, em caso de manifestação da vontade feita pelo representante legal do paciente, esta deverá ser baseada no consentimento presumido deste, e não na vontade do familiar em si, conforme abordaremos em capítulo próprio.

41 Neste trabalho, dedicaremos especial enfoque à noção de autonomia individual. Rechaçando qualquer hipótese de limitações baseadas em um paternalismo duro, as considerações aqui feitas podem, em certa medida, se aplicar a uma tentativa de legitimação do homicídio a pedido. No entanto, por força da delimitação do tema, não trataremos desta figura, uma vez que esta abordagem exigiria reflexões que não são o propósito destas linhas.

42 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 9.

indivíduo, a definição proposta pode servir tanto à eutanásia quanto ao auxílio ao suicídio, e mesmo à ortotanásia.

Discordamos, também, da exigência de “grave doença” para que o pedido de eutanásia tenha lugar, porque, conforme mencionado, há outros estados ou condições de saúde que, apesar de não configurarem propriamente doenças, igualmente podem retirar a dignidade do paciente. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de tetraplegias, quando o paciente (e só ele) avalia sua condição e a considera incompatível com seu conceito de dignidade e de construção autobiográfica. A possibilidade de escolher o momento e a forma de morrer parece-nos crucial para a garantia do direito à dignidade e respeito à autonomia. Trata-se, em última instância, de poder decidir sobre as nuances de seus momentos derradeiros e, assim, ser o senhor de sua história.

Isto posto, a prática que pretendemos legitimar consiste em uma ação ou omissão levada a cabo com o fim de provocar a morte de uma pessoa, a pedido desta, em razão de padecer de sofrimento físico e/ou psíquico intenso e irreversível que, segundo sua própria avaliação, afeta sua dignidade.

3.4.1 Eutanásia ativa e eutanásia passiva

A eutanásia pode ser realizada de duas formas: por ação ou por omissão. Ou o sujeito ativo pratica ação apta e eficaz a causar a morte ou se abstém da prática de algum ato básico que seria eficaz para evitar o óbito. No segundo caso, a morte se dá antes do que ocorreria naturalmente por causa da omissão. Em outras palavras, “ou se fornece o auxílio material e efetivo para abreviação da vida ou se abstém de procedimentos ordinários (úteis) que visem ao prolongamento desta, mas não à cura da doença”⁴³.

A eutanásia passiva também pode se caracterizar quando há uma ação positiva no sentido que busca a omissão dos tratamentos que seriam ministrados ao paciente. Um exemplo recorrente é o desligamento de aparelhos de ventilação do paciente, a pedido deste⁴⁴. Embora o desligamento em si seja uma ação, “em seu significado social,

43 CARDOSO, Juraciara Vieira. *Eutanásia, distanásia e ortotanásia: o tempo certo da morte digna*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010, p. 169.

44 Reforçamos aqui a necessidade de consentimento do paciente, porque, sem este, configura-se verdadeiro homicídio, e não a eutanásia que pretendemos legitimar.

representa uma suspensão do tratamento, portanto, uma omissão de ulteriores atividades”⁴⁵. De fato, o critério diferenciador entre a eutanásia ativa e a eutanásia passiva não deve ser avaliado sob o ponto de vista meramente naturalístico, considerando o movimento corpóreo do agente, mas sim do ponto de vista normativo. A presença de uma ação positiva (sob uma perspectiva naturalística), como puxar um plugue da tomada, assume o sentido social de omissão, pois o que está em causa é a descontinuidade de uma medida apta a manter a vida⁴⁶.

O traço essencial da eutanásia (ativa ou passiva) é a realização de conduta que visa a antecipar o momento da morte em comparação ao instante em que ela ocorreria naturalmente caso fosse observada a evolução normal da enfermidade. Na eutanásia, a morte se dá em momento anterior ao que ocorreria se não houvesse a interferência. Daí a distinção essencial entre eutanásia passiva e ortotanásia, conceito a ser examinado.

Alguns autores ainda classificam a eutanásia entre voluntária, involuntária e não voluntária. A primeira seria expressamente solicitada pelo paciente ou seu representante legal (em caso de incapacidade). A involuntária seria praticada contra a vontade do paciente ou quando sua discordância pudesse ser presumida. Por fim, a não voluntária teria lugar quando o paciente não pudesse exprimir sua vontade e não houvesse como presumi-la⁴⁷.

A nosso ver, para ser reconhecida como tal, é imprescindível à eutanásia o consentimento do paciente, ainda que presumido. Eutanásia involuntária não é

45 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 13.

46 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 27.

47 Importa destacar que, tanto no meio jurídico quanto na área médica, há alguma discrepância no uso que se faz das expressões que designam espécies de eutanásia, bem como nas classificações propostas pelos diversos autores. Figueiredo Dias, por exemplo, elenca três formas de “ajuda à morte” (expressão que o autor prefere à eutanásia): a *ajuda à morte ativa direta*, que coincide com o que aqui chamamos de eutanásia ativa; a *ajuda à morte ativa indireta*, que aqui denominamos “eutanásia de duplo efeito”, ou simplesmente eutanásia indireta; e *ajuda à morte passiva*, que também chamamos de eutanásia passiva (que nada mais é do que a eutanásia por omissão, e não se confunde com a ortotanásia, conforme veremos). FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 21.

eutanásia, mas homicídio, muito provavelmente qualificado⁴⁸. Por esta razão, não daremos destaque a esta classificação, adotando sempre a noção de eutanásia voluntária (com consentimento do paciente, ainda que presumido).

De fato, se o paciente não solicita o procedimento eutanásico (ao menos presumidamente) – porque tolera bem o sofrimento, por razões religiosas/morais ou mesmo pela esperança de cura – qualquer ação ou omissão no sentido de causar a morte violará sua autonomia. Ações ou omissões desta monta, ao invés de serem praticadas em nome da dignidade da pessoa, constituem verdadeiro atentado ao princípio.

3.4.2 Eutanásia de duplo efeito ou eutanásia indireta

A expressão “eutanásia de duplo efeito” é empregada quando a intenção inicial do sujeito ativo não é matar o paciente, mas realizar a analgesia necessária, de acordo com o quadro clínico. No entanto, diante da necessidade de ministrar doses muito altas de analgésicos e sedativos, a morte ocorre em razão do efeito daqueles fármacos. Seria uma morte por via oblíqua, causada pela overdose de analgésicos.

A eutanásia de duplo efeito é também chamada eutanásia indireta, pois a morte é efeito indireto da conduta, resultado colateral, não querido. Sua intenção precípua é retirar a dor. Distingue-se, então da eutanásia direta praticada sob a forma da ministração de drogas em doses letais, quando a intenção imediata do agente é a promoção da morte daquele que sofre, como maneira definitiva de acabar com a dor. Imagine-se que, na eutanásia direta, o pensamento orientador da ação seja: “é preciso promover a morte do doente para tirar-lhe a dor”, ao passo que, na eutanásia indireta ou de duplo efeito, a ideia seja diversa: “é preciso tirar a dor do paciente, ainda que ele venha a morrer mais cedo em

48 Esta, inclusive, foi a acusação constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Paraná em 2013 contra a médica Virgínia Lúcia Helena de Souza, então diretora da UTI do Hospital Evangélico de Curitiba. Segundo foi apurado, ela e a equipe ministravam um coquetel de drogas que causava uma acentuada diminuição na ventilação mecânica de pacientes que sequer eram terminais. O intuito era causar a morte dos pacientes internados pelo SUS para liberar leitos para pacientes de planos de saúde privados. A equipe foi denunciada pelo homicídio qualificado (por motivo torpe) de oito pacientes, ocorridos em 2012. Houve absolvição na 1ª instância e o Ministério Público recorreu para o TJPR. Cf.: RIBEIRO, Diego; BISCHOFF, Wesley. Tribunal de Justiça aceita novas denúncias do Ministério Público contra médica Virgínia Soares de Souza. *G1*, São Paulo, 09 de maio de 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/05/09/tribunal-de-justica-aceita-novas-denuncias-do-ministerio-publico-contra-medica-virginia-soares-de-souza.ghtml>. Acesso em: set/2020.

decorrência disso”. [...] O evento morte não é querido nessa circunstância, ainda que conhecido o fato de ser consequência possível da droga em uso⁴⁹.

Nestes casos, a morte ocorreria como um “efeito colateral” das altas doses de medicamentos ministrados, não com o fim pôr fim à vida do paciente, mas de aliviar sua dor. Sabe-se, inclusive, que o uso contínuo de analgésicos induz um ciclo vicioso em que é sempre necessário o incremento da dose para que se obtenha o efeito esperado sobre a dor, não mais alcançado com as quantidades iniciais. Desta forma, acaba-se por criar um efeito tóxico que pode ser letal⁵⁰.

Se a conduta descrita for observada do prisma da dogmática penal, concluiremos que se amolda perfeitamente na eutanásia por dolo eventual ou mesmo sob a categoria de dolo direto de segundo grau, ou seja, quando se vislumbrar que a morte necessariamente ocorrerá como efeito da sedação⁵¹. De fato, se os meios escolhidos pelo agente para obtenção do resultado – no caso, as altas doses de analgésicos – produzem necessariamente um efeito colateral admitido pelo autor, não há que se falar sequer em dolo eventual, mas em dolo direto.

Nota-se, entretanto, na doutrina e mesmo na comunidade médica, um esforço para atenuar o significado de tal conduta, de forma a não caracterizá-la como homicídio, talvez pelo tabu e preconceito que envolvem o tema da eutanásia⁵². Entende-

49 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 82.

50 CARVALHO, Gisele Mendes de. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Ponts, 2020, p. 171, nota 4.

51 A legislação brasileira adota a dupla classificação do dolo, dividindo-o em direto ou indireto (eventual). Na Alemanha, porém, a classificação deriva da doutrina e é tripla, concebendo-se o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual. No dolo direto de primeiro grau, considera-se o que o agente almeja, o que deseja atingir com sua ação. No dolo direto de segundo grau, considera-se que o resultado, embora não buscado pelo agente, era consequência necessária de sua ação. O dolo eventual, nesta classificação, mantém o sentido de um resultado não querido, porém admitido pelo agente. No caso da eutanásia de duplo efeito, se o sujeito ativo sabe que com aquela dose de analgésicos o paciente necessariamente morrerá, trata-se de dolo direto de segundo grau, e não de dolo eventual.

52 “Em que pese o fato de uma primeira análise jurídico-penal conduzir à impressão de que a eutanásia de duplo efeito encerra uma conduta de dolo eventual (assume-se o risco da morte, a fim de praticar o ato visado de reduzir a dor), ou, ao menos, de culpa consciente ou com representação (afasta-se mentalmente a ideia de que o evento indesejado possa ocorrer, embora se o saiba possível), a eutanásia de duplo efeito é aceita com relativa tranquilidade, mesmo pela Igreja Católica” Cf.: VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro:

se que também é dever do médico agir para amenizar o sofrimento do paciente, ainda que, eventualmente, da ação analgésica decorra a antecipação da morte do doente.

Mesmo autoridades religiosas já se manifestaram com o propósito de afastar qualquer censura concernente à eutanásia indireta. Na Declaração sobre a Eutanásia, publicada pelo em 1980, o Vaticano abordou expressamente a hipótese da eutanásia de duplo efeito, concluindo que a prática não era condenável do ponto de vista religioso, visto que o fim buscado pelo agente não era o de causar a morte, mas o de aplacar a dor⁵³.

O permissivo religioso já havia sido dado pelo Papa Pio XII em 1956, quando falou a médicos anestesistas. Naquela ocasião, o pontífice justificou a eutanásia de duplo efeito,

[...] quando não haja outro meio e com isto se não obste ao cumprimento de outros deveres religiosos e morais. Como nós já expusemos, o ideal do heroísmo cristão não obriga, pelo menos em geral, à negação de uma narcose, por outra via justificada, mesmo em caso de encurtamento da vida; [...]⁵⁴.

Forense, 2005, p. 82.

53 “[...] a prudência humana e cristã aconselhará para a maior parte dos doentes o uso dos medicamentos capazes de suavizar ou suprimir a dor, mesmo que surjam efeitos secundários, como torpor ou menor lucidez. Quanto àqueles que não podem exprimir-se, poder-se-á razoavelmente presumir que desejem receber estes calmantes e administrar-lhos de acordo com o conselho do médico. Entretanto o uso intensivo de medicamentos analgésicos não está isento de dificuldades, porque o fenômeno da habituação obriga geralmente a aumentar a dose para lhes assegurar a eficácia. Convém recordar aqui uma declaração de Pio XII que conserva ainda todo o seu valor. A um grupo de médicos que lhe tinha feito a pergunta se a supressão da dor e da consciência por meio de narcóticos (...) é permitida pela religião e pela moral ao médico e ao paciente (mesmo ao aproximar-se a morte e se se prevê que o uso dos narcóticos lhes abreviará a vida), o Papa respondeu: se não existem outros meios e se, naquelas circunstâncias, isso em nada impede o cumprimento de outros deveres religiosos e morais, sim. Neste caso, é claro que a morte não é de nenhum modo querida ou procurada, embora, por um motivo razoável, se corra o risco de morrer; a intenção é simplesmente acalmar eficazmente a dor, usando para isso os medicamentos analgésicos de que a medicina dispõe”. A Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia (1980) está disponível em:

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: mai/2018.

54 Tradução de Figueiredo Dias. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 32, nota 35.

Ora, a caracterização da eutanásia de duplo efeito como homicídio por dolo eventual (ou por dolo direto de segundo grau, conforme queiram⁵⁵) não é mera impressão e, tecnicamente, tal tipificação não pode ser afastada por um permissivo religioso. Por este e outros argumentos, defendemos a regulamentação da eutanásia nos termos aqui propostos, de forma que não seriam necessários “malabarismos de linguagem” ou justificativas morais ou religiosas para torná-la aceitável.

De toda forma, ainda que haja consenso acerca da impunibilidade da eutanásia de duplo efeito, persistem divergências no tocante aos fundamentos e alcance desta solução⁵⁶. Há vozes no sentido de que a eutanásia de duplo efeito seria atípica por ser socialmente adequada, não se satisfazendo o sentido social do tipo penal de homicídio. Outros argumentam que a punição por homicídio não é possível porque o resultado morte não poderia ser imputado ao agente, vez que a analgesia situa-se no âmbito do risco permitido⁵⁷. Sob tais entendimentos, a eutanásia indireta representaria uma conduta atípica. Por outro lado, segundo inicialmente defendido por Roxin, deveria prevalecer o entendimento hoje dominante na Alemanha no sentido de que “haverá, sim, um homicídio, que porém é impunível em virtude do consentimento ou do consentimento presumido”⁵⁸. O autor alemão, no entanto, mudou de posição na última edição de seu artigo, considerando agora como correta a fundamentação baseada no estado de necessidade justificante. Segundo Roxin, a adequação social e o sentido ou fim da norma, defendidos por alguns como fundamentos da não punição da eutanásia

55 Na última edição de seu artigo sobre o tema, Roxin afirma que a relevância prática da discussão sobre a forma do dolo na eutanásia indireta diminuiu em razão do desenvolvimento dos cuidados paliativos e da terapia analgésica, de forma que hoje esta dificilmente leva a uma abreviação da vida. Para o autor, portanto, somente haveria dolo eventual, embora a terapia contra dores não devesse ser proscrita mesmo quando o resultado morte for uma consequência necessária. “Pois uma vez assumido o risco da aceleração da morte, não deveria ser relevante se a existência de tal caso já é de antemão segura ou se ela só se revela posteriormente”. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 137.

56 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 10.

57 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 33.

58 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 11. A nosso ver, não há qualquer óbice para que tal justificativa sirva, também, para a eutanásia ativa.

indireta, seriam critérios muito vagos para fundamentarem o afastamento da tipificação da conduta como homicídio⁵⁹.

Fazendo menção a Herzberg, com quem concordamos, Roxin menciona que alguns autores consideram inadequada a solução com base no estado de necessidade diante da ausência do conflito de interesses essencial desta categoria. “Nestas hipóteses, inexisteriam tanto o ‘interesse de viver do atingido’, como o “interesse de outras pessoas pelo respeito ao tabu”⁶⁰. Roxin pondera, todavia, que “também o atingido se encontra numa situação de ponderação, cujo resultado de modo algum precisa estar já definido a priori”⁶¹.

Segundo o autor, a legislação alemã – por considerar punível a morte a pedido no §216 de seu Código Penal – não abre possibilidade para que a não responsabilização da eutanásia indireta seja explicada pela análise da tipicidade. Nota-se que Roxin se atrela aos limites objetivos da questão – ou seja à norma posta – para construir sua argumentação. De nossa perspectiva, entretanto, os limites da lei brasileira são inadequados e, por isso, não devem constituir óbice à construção de uma argumentação que legitime a eutanásia (tanto a indireta quanto a direta)⁶².

Entendemos, porém, não haver como defender dogmaticamente a possibilidade da eutanásia de duplo efeito (que, para nós, deve ser admitida) sem que se desenvolva argumentação que torne lícita, também, a eutanásia direta. Por razões que ainda examinaremos neste trabalho, não parece adequada qualquer argumentação no âmbito das causas de justificação para excluir a punição da eutanásia, nem mesmo a de duplo efeito: a correta solução deve ser alicerçada na análise da tipicidade.

3.5 Suicídio assistido

59 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p.134-135.

60 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 135.

61 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 135.

62 Este trabalho busca construir uma proposta *de lege ferenda* para a regulamentação da eutanásia, a partir da análise constitucional dos direitos à vida e à dignidade humana, sob o paradigma da autonomia. Em razão disso, não nos atemos, para fins de conclusão, aos limites *de lege lata*.

O traço distintivo entre a eutanásia e o suicídio assistido se encontra na avaliação de quem pratica a ação determinante para a morte – se o próprio paciente ou terceira pessoa.

Na eutanásia, via de regra, o paciente tem seus movimentos ou mesmo sua consciência comprometidos, sendo-lhe impossível desempenhar qualquer conduta no sentido de retirar a própria vida. No suicídio assistido, ao contrário, o doente ainda dispõe de alguma capacidade motora, de forma que, embora precise do auxílio de um ou de vários terceiros, o ato derradeiro é praticado por ele mesmo.

Observe-se que, em regra, os enfermos que se valem do suicídio assistido não são terminais, eles geralmente recorrem ao suicídio exatamente temendo a conjuntura da terminalidade, quando, então, talvez não tenham condição de fazê-lo. Por esse prisma, também são movidos mais vezes pelo temor do sofrimento intenso do que pelo sofrimento em si; ou ainda objetivam subtrair-se a uma forma de vida que consideram intolerável, mas que, embora irreversível, não produz necessariamente a morte, como no caso dos inválidos e dos que se encontram em fases iniciais de doenças neurodegenerativas⁶³.

Um dos casos mais famosos de suicídio assistido – que, inclusive, inspirou o filme “Mar Adentro”, de 2004 – foi o de Ramón Sampedro⁶⁴, ocorrido na Espanha em 1998. Aos vinte e cinco anos de idade, Ramón se acidentou ao mergulhar em águas rasas, tornando-se tetraplégico em virtude das lesões. Apesar de ter sempre manifestado insatisfação com sua nova condição e vida, ele permaneceu vivo por mais vinte e nove anos. Villas-Bôas relata que “não se tratava de paciente deprimido,

63 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 103, nota 184.

64 “Ramón Sampedro nasceu em 5 de janeiro de 1943 em Xuño, uma pequena aldeia da província de La Coruña. Quando tinha 22 anos embarcou como mecânico em um navio mercante norueguês, e com ele percorreu quarenta e nove portos do mundo inteiro. Essa experiência permaneceu como uma de suas melhores recordações. Em 23 de agosto de 1968 pulou na água de cima de um rochedo. A maré havia baixado e o choque da cabeça contra a areia produziu uma fratura na sétima vértebra cervical. Durante trinta anos viveu sua tetraplegia sonhando com a liberdade através da morte. Sua demanda jurídica não foi aceita no Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo. Pelos meios de comunicação reivindicou seu direito a uma morte digna e em janeiro de 1998, [...], conseguiu seu intento”. Cf.: SAMPERO, Ramón. *Cartas do Inferno*. São Paulo: Editora Planeta, 2005, p. 23-25. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17657/material/CARTAS%20DO%20INFERNO,%20Ram%C3%B3n%20Sampedro.pdf>. Acesso em: out/2019.

havendo relatos de que ele lia bastante, vivia cercado de amigos e chegava a escrever cartas, sustentando a caneta com a boca”⁶⁵.

Após frustradas tentativas de obter permissão judicial para ser eutanasiado, o espanhol elaborou e pôs em prática plano em que contava com a ajuda de vários amigos para se matar. Desde a compra do veneno até o preparo da substância em um copo e o posicionamento do objeto próximo à boca de Ramón, cada etapa foi realizada por alguém próximo. O ato decisivo, entretanto, coube a Ramón, que, através de um canudo, foi capaz de ingerir o veneno. Toda a ação foi deliberadamente filmada, dada a preocupação de Ramón em demonstrar que fora ele que praticara a ação final e, assim, eximir os amigos da responsabilidade. Uma delas chegou a ser indiciada, mas o processo acabou sendo arquivado. O caso gerou grande envolvimento e empatia por parte da sociedade espanhola: segundo pesquisa realizada à época, 75% dos espanhóis se manifestaram contrários à abertura de processo contra a amiga de Sampedro e 67% dos entrevistados se mostravam favoráveis à eutanásia voluntária e ao suicídio assistido⁶⁶.

Outro caso que alcançou relevante repercussão foi o de Janet Adkins, em Michinan, nos EUA. Janet foi diagnosticada com Mal de Alzheimer ainda dos estágios iniciais da doença. Diante do prognóstico desfavorável, procurou um médico chamado Jack Kevorkian – conhecido como “Dr. Morte” por auxiliar pacientes a praticar o suicídio assistido por meio de uma máquina que, a comando da própria pessoa, injetava-lhe veneno letal. O médico se encontrou com Janet e seu marido e os três gravaram vídeo no qual ela expressava de forma clara e consciente seu desejo de receber auxílio para se matar. Dois dias depois, em 04 de junho de 1990, consumou seu intento com a ajuda da aludida aparelhagem.

Kevorkian foi absolvido, vez que restou comprovado que Janet tinha sido a responsável por acionar a máquina injetora de veneno e porque, à época, o estado de Michigan já permitia o auxílio ao suicídio. O que suscita mais polêmica neste caso é

65 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 93. De toda forma, o fato de o paciente estar deprimido não deve constituir, necessariamente, motivo para negar-lhe a possibilidade de eutanásia ou de suicídio assistido. Sobre a depressão e sua relação com a perda da capacidade, remetemos o leitor ao Capítulo 9 deste trabalho.

66 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94.

que Janet ainda não padecia dos sintomas mais graves de sua doença, registrando apenas breves esquecimentos e lapsos de memória. No entanto, manifestou firmemente não querer viver a ponto de se ver atingida pelo agravamento da doença e por seus sintomas incapacitantes.

No Brasil, embora o suicídio e sua tentativa sejam atípicos, há punição para quem auxilia alguém a matar-se. A previsão encontra-se no art. 122 do Código Penal⁶⁷, que também prevê punição ao induzimento e à instigação ao autoextermínio. Para além destas hipóteses, a conduta de auxílio é a que assume maior relevância, visto ser a única a configurar ajuda material àquele que deseja findar a própria vida. “O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática”⁶⁸.

O fato é que, na disciplina da eutanásia, não são indagados os fatores que influenciaram na formação da vontade do indivíduo, desde que ele a manifeste livre de fraude, erro ou coação; como uma conclusão de todas as interferências externas e reflexões internas que possa ter vivenciado. Aliás, não há como negar que, durante toda a sua vida e para tomar as decisões mais difíceis e complexas, o ser humano está sujeito a ideias e opiniões alheias, que podem influenciar sua vontade com maior ou menor intensidade.

Em nosso entendimento, punir o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio é um contrassenso jurídico, por tratar-se de tipificação de condutas acessórias quando a conduta principal é, em si mesma, atípica. Constitui, assim, expressão de um paternalismo penal “duro”, que subestima a capacidade do suicida de avaliar as opiniões e apoios materiais que lhe chegam, vedando, inclusive, seu direito de tomar decisões “ruins”, conforme veremos.

67 “Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou *prestar-lhe auxílio para que o faça*:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

[grifo nosso]”. Uma abordagem mais aprofundada da legislação brasileira será apresentada no Capítulo 4 deste trabalho.

68 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 72.

Muito se discute sobre a (in)sanidade do suicida. Há quem o considere incapaz, julgando que, ao menos no momento do ato derradeiro, encontrava-se privado de suas faculdades mentais. Se todo suicídio, conforme quem argumenta dessa forma pretende, fosse resultado da ação de uma pessoa sem discernimento, ainda que apenas momentaneamente, forçoso seria concluir que o suicídio jamais poderia ser considerado crime, por ausência de culpabilidade do sujeito.

O suicídio é atípico não em razão de uma suposta ausência de culpabilidade do sujeito, mas por razões de política criminal. Considerar o suicida um inimputável, porém, implicaria em uma consequência bastante importante para aquele que atua instigando, induzindo ou auxiliando materialmente o suicida: tratar-se-ia, no caso, não de crime autônomo, mas de verdadeiro homicídio por autoria mediata.

Nelson Hungria já reconhecia que:

Nem a tese psiquiátrica, nem a tese sociológica explicam, por si sós, a etiologia do suicídio. É este, certamente, um produto complexo de fatores *sociais* ou exógenos e fatores *individuais*, endógenos ou psicofisiológicos, que não são *necessariamente* patológicos. Se a tese psiquiátrica explica, por exemplo, o suicídio de menores, não explica o suicídio ético, por motivo de honra ou por dever, o *haraquiri*, etc. A psicopatia ou anormalidade psíquica será a causa de uma certa *species* de suicídio, mas não a causa genética universal dos suicídios. [...] O impulso que leva ao suicídio não exorbita da psicologia normal – o que não importa negar que, às vezes, é o gesto de um louco⁶⁹.

De fato, há casos em que a pessoa que põe fim à própria vida – com ou sem o auxílio de outrem – o faz demonstrando plena clareza e convicção de que aquela é a decisão mais acertada do ponto de vista da análise de sua dignidade. Quem solicita ajuda para suicidar não é necessariamente alguém desesperado, gravemente deprimido e desprovido da real compreensão do alcance e das consequências do pedido. O caso Ramón Sampredo é exemplo de que tal decisão pode ser elaborada e maturada por anos (embora isso não seja exigível). A pessoa, ao analisar a realidade da própria condição e sua dissonância com um projeto de vida que considera satisfatório, conclui racionalmente que não é digno viver naquela situação. Nestes

⁶⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 230-231.

casos, entendemos ser a morte um desfecho consciente, resultado do exercício da autonomia de um sujeito capaz.

Concordamos com Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira no tocante ao entendimento da morte como “possibilidade autobiográfica” do indivíduo:

Se a manifestação da personalidade se dá pelas pulsões da vida, a permitir que o indivíduo humano se construa pessoa, a morte, se integrante do projeto de personalidade, também exprime esta realização, ainda que para o seu fim. Permitir que a pessoa determine o fim da sua personalidade é fazer com que ela realize, no momento da sua finitude, suas configurações enquanto agente da própria vida. [...] É impossível ao indivíduo humano não julgar que determinada forma de vida vale de fato a pena. Todo homem na qualidade de ser livre pode, diante desta possibilidade, assumir a morte como forma de vivificar a sua dignidade. A isso o Direito não se opõe e não teria como fazê-lo⁷⁰.

Concluindo que o suicida não é necessariamente pessoa desprovida de discernimento, não há como negar legitimidade ao desejo por ele expressado de se matar ou de ser morto por terceiro. Há casos em que a pessoa não possui condições físicas de se matar e, por isso, precisa do auxílio de outrem para fazê-lo. Imagine um tetraplégico, como Ramón, cujos únicos movimentos restantes eram o da cabeça, dos olhos e da boca. Em hipóteses semelhantes, os terceiros que eventualmente contribuíssem para o desfecho letal seriam punidos por auxílio ao suicídio sob a égide da legislação brasileira.

Neste ponto, cumpre estabelecer que a conduta que buscamos legitimar é a do suicídio medicamente assistido, inclusive como forma de evitar o chamado “suicídio de apelo”, motivado por um desespero momentâneo do indivíduo, em geral causado por algum fator externo. Decerto, muitos suicídios são, na verdade, pedidos de ajuda ante ao desespero agudo, casos em que é possível argumentar pela invalidade da solicitação de auxílio porque, ainda que temporariamente, a pessoa estaria privada de discernimento, conforme sugere solução proposta com base em um paternalismo suave⁷¹. Para reconhecer a validade do pedido, seria primordial avaliação médica apta a

70 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 156.

71 Acerca da teoria do paternalismo penal e de suas categorias, remetemos o leitor ao capítulo 6 deste trabalho.

determinar se o paciente estava ou não em condições psíquicas de entender o significado e consequências da ação requerida.

A distinção entre auxílio ao suicídio e eutanásia direta assume importância crucial em países cuja legislação não pune o auxílio, como é o caso da Alemanha e da Bélgica. Exemplo verídico que ilustra bem esta hipótese é de um idoso alemão que, decidido firme e conscientemente a dar cabo de sua vida, ministrou em seu corpo injeção contendo poderoso analgésico. Antes do ato derradeiro, no entanto, pediu ao sobrinho que, caso a tentativa falhasse, ajudasse-o a morrer. Como efeito do fármaco, o idoso entrou em sono profundo e o sobrinho, temendo que o tio não morresse, ministrou mais uma injeção. Decorrida uma hora, o idoso faleceu. O BGH condenou o sobrinho por homicídio, mesmo sabendo que a dose ministrada pelo tio já teria sido suficiente para matá-lo, sendo que apenas atrasaria o desfecho em cerca de uma hora.

O BGH, reconhecendo que se podia ter como provado que, sem a segunda injeção, o tio teria vivido uma hora mais, condenou o sobrinho – com o aplauso da doutrina dominante – por homicídio a pedido. Apesar de a ação do sobrinho constituir, de um ponto de vista puramente cronológico, a “última ação, sustenta Roxin [...] que, logo com a primeira injeção, o tio pôs em causa a sua vida de forma irreversível; o que, em seu entendimento, levaria a que o sentido social do comportamento do sobrinho, na situação global, seja próprio *do auxílio ao suicídio, não do homicídio a pedido*⁷².

Tecnicamente, a decisão do Tribunal foi coerente: o último ato na cadeia causal foi realizado pelo sobrinho – e não pelo tio, para que fosse caracterizado o suicídio. Ademais, ao que parece, houve antecipação do momento da morte. Há que se considerar, entretanto, as ponderações de Roxin, valiosas quando se discute o significado social da ação do sobrinho, que foi colaborar com o suicídio do tio. De fato, o curso causal do suicídio já havia se iniciado com o ato do próprio tio, que teria morrido mesmo sem a intervenção posterior, suficiente apenas para antecipar a morte em uma hora. Se a conduta do sobrinho tivesse sido considerada apenas auxílio ao suicídio, ele teria sido absolvido com base na atipicidade perante a legislação alemã.

72 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 36-37, nota 47.

3.6 Ortotanásia e cuidados paliativos

Etimologicamente, “ortotanásia” deriva dos radicais gregos *orthos* (correto, adequado) e *thanatos* (morte). “Indica, então, a morte a seu tempo, a morte no tempo correto, nem antes nem depois da hora. Na ortotanásia o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo, nem para adiá-lo”⁷³.

Se, de um lado, há suspensão do aparato tecnológico que mantém vivo o paciente como forma de não prolongar uma vida que inevitavelmente se esvairá, também não há qualquer ação ou omissão no sentido de antecipar a morte, como ocorre na eutanásia. Assim sendo, pode-se entender a ortotanásia como a morte “natural”, no sentido de que haverá suspensão de todo o suporte artificial que mantém vivo o paciente, deixando que a doença siga seu curso sem interferência. As únicas intervenções médicas, então, serão para amenizar a dor e proporcionar o máximo conforto possível ao doente. É nesse contexto que se insere toda a ciência dos chamados “cuidados paliativos”, ramo da medicina que muito vem se desenvolvendo no Brasil e no mundo.

“Paliativo” deriva do latim *pallium*, nome do manto que os cavaleiros utilizavam para se protegerem das tempestades⁷⁴. O termo remete, portanto, a cuidado, proteção. Segundo a definição da OMS:

Cuidado paliativo é uma abordagem que melhora a qualidade de vida de pacientes e de suas famílias que enfrentam problemas associados a uma doença que ameaça sua vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento por meio de identificação precoce, avaliação impecável e tratamento da dor e de outros problemas físicos, psicossociais e espirituais⁷⁵.

Note-se que a expressão abrange não apenas cuidados e assistência ao paciente, mas também aos familiares – que, em maior ou menor grau, também

73 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

74 ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos). *O Que são cuidados paliativos*. São Paulo. Disponível em: <https://paliativo.org.br/cuidados-paliativos/o-que-sao/>. Acesso em: set/2020.

75 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 91.

padecem com a enfermidade do ente querido. Ademais, extrapola-se o cuidado com a dor física para promover cuidados de cunho psicológico e religioso, se for o caso.

Para diferenciar eutanásia e ortotanásia, deve-se entender, a princípio, que a primeira abrange uma interferência (por ação ou por omissão) no tempo que em a morte ocorreria, considerando-se o fluxo de evolução natural da doença; ou seja, há uma antecipação da morte com o fim de cessar o sofrimento do paciente, a seu pedido. Na ortotanásia, não há prolongamento do momento da morte, o que caracterizaria a chamada distanásia. “A nítida distinção entre a eutanásia e a ortotanásia situa-se no plano da sobrevivência do paciente: enquanto nesta última a cessação do tratamento fútil apenas permite que o processo do morrer culmine com o óbito do paciente, naquela a própria manobra tem o condão de extinguir a vida do paciente”⁷⁶.

Nota-se que muitos autores confundem ortotanásia e eutanásia passiva⁷⁷ em razão do traço comum da não interferência médica. Na eutanásia passiva (eutanásia por omissão), o que se tem é a interrupção deliberada de medidas médicas que seriam úteis e indicadas ao tratamento do doente, com o fim de *antecipar-lhe* a morte. Na

76 RIBEIRO, Henrique Gonçalves; SARSUR, Marcelo. Morte digna na Suíça: análise do caso Hass. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos Tribunais*. Indaiatua: Editora Foco, 2020, p. 195, nota 1.

77 Como parece ser o caso de Roxin, quando afirma ocorrer eutanásia passiva “quando uma pessoa responsável pelos cuidados paciente [...] se omite em prolongar a vida que se aproxima de seu fim”. Como exemplos, o autor menciona a hipótese de renúncia a uma operação ou a um tratamento intensivo, capaz de possibilitar ao paciente uma vida mais longa”, no que se aproxima da definição de ortotanásia. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. Gisele Mendes de Carvalho também incorre nesta confusão conceitual ao afirmar categoricamente que “[...] a ortotanásia é também uma espécie de eutanásia, a chamada eutanásia passiva [...]”. CARVALHO, Gisele Mendes de. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 174. Embora discordemos deste posicionamento da autora, concordamos quando ela afirma, na mesma obra, que “as tentativas desesperadas de distinguir entre esses dois conceitos – eutanásia e ortotanásia – evidenciam o temor e o preconceito que giram em torno à primeira”, e que “evitando-se falar em eutanásia, o máximo que se consegue é agastar a discussão sobre se a forma mais grave de eutanásia, ou seja, a eutanásia ativa, deve ou não ser legalizada. [...] não é evitando ‘dar nome aos bois’ que a sociedade encontrará a melhor solução para este (grave) problema”. Ribeiro e Sarsur, por sua vez, fazem equivaler o suicídio assistido a uma espécie de eutanásia passiva, definindo a última como “aquela na qual o paciente recebe auxílio ou apoio de terceiro para, diretamente, praticar a manobra letal”. RIBEIRO, Henrique Gonçalves; SARSUR, Marcelo. Morte digna na Suíça: análise do caso Hass. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos Tribunais*. Indaiatua: Editora Foco, 2020, p. 195, nota 1.

ortotanásia, diferentemente, são suspensos os denominados “cuidados fúteis”, que não mais são indicados por não trazerem quaisquer benefícios adicionais ao paciente, a não ser o de postergar seu óbito.

Conforme já tivemos oportunidade de expor linhas acima, por ocasião do exame da classificação da eutanásia entre “ativa” e “passiva”,

Há quem considere, por exemplo, que o desligamento de aparelhos consiste numa conduta ativa e como tal deve ser punido. É entendimento majoritário, entretanto, que a suspensão de suporte vital é conduta passiva, de interrupção do tratamento ou do recurso artificial que se mostra infrutífero, não devendo o agente ser punido por ato homicida. Entende-se que não se trata de abreviar o tempo de vida, vez que a morte iminente está apenas precariamente sustada pelo uso da medida terapêutica, sem perspectivas de melhora nas condições gerais e, muitas vezes, contra a vontade do enfermo⁷⁸.

Esta distinção é importante para que as situações em que aparelhos sejam desligados por médicos não sejam sempre interpretadas como eutanásia passiva. É verdade que defendemos a regulamentação desta prática, mas, na legislação atual, a eutanásia configura homicídio, ainda que privilegiado, e submete seu autor a uma condenação penal. Muitas vezes, o desligamento de aparelhos configura tão-somente ortotanásia, conduta atípica, vez que não provoca diretamente a morte: não há interferência em seu curso causal, apenas suspensão de medidas artificiais e inócuas para a recuperação do paciente.

O caso da norte-americana Karen Ann, mencionado quando tratamos da definição de estado vegetativo persistente, parece se enquadrar muito melhor na definição de ortotanásia do que na de eutanásia passiva. Afinal, após o desligamento dos aparelhos, a paciente permaneceu viva (ainda que inerte) por vários anos até que sobreveio sua morte natural. Na ortotanásia, portanto, o óbito ocorre em seu tempo “natural”, e não de forma antecipada, como na eutanásia.

Por não importar em um encurtamento do tempo de vida, a ortotanásia não enfrenta oposições consideráveis. A própria Igreja Católica, ferrenha crítica da eutanásia, admite expressamente a ortotanásia e a recusa a tratamentos médicos por

78 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

respeito ao princípio da dignidade humana. A propósito, da Declaração sobre a Eutanásia de 1980, o Vaticano consignou:

É sempre lícito contentar-se com os meios normais que a medicina pode proporcionar. Não se pode, portanto, impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que, embora já em uso, ainda não está isenta de perigos ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale a um suicídio; significa, antes, aceitação da condição humana, preocupação de evitar pôr em ação um dispositivo médico desproporcionado com os resultados que se podem esperar, enfim, vontade de não impor obrigações demasiado pesadas à família ou à coletividade.

Na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo⁷⁹.

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina buscou, por intermédio da Resolução nº 1805, esclarecer a distinção entre ortotanásia e eutanásia, situando aquela no espectro de práticas médicas éticas e, portanto, permitidas. Segundo a ementa da Resolução,

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamento que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal⁸⁰.

Embora plenamente defensável sob o ponto de vista principiológico da Constituição da República de 1988, a mencionada Resolução foi suspensa em 2007 por decisão da Justiça Federal em Brasília, exarada em ação civil pública impetrada pelo Ministério Público Federal. Na decisão de antecipação de tutela, o juízo de 1º grau reconheceu “aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal”⁸¹.

79 A Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia (1980) está disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: out/2019.

80 A Resolução nº 1.805 do Conselho Federal de Medicina (2006) está disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidade-da-vida.pdf>. Acesso em: out/2019.

81 Na petição inicial da ação civil pública que contestou a Resolução, o Ministério Público Federal afirmou que “a ortotanásia não passa de um artifício homicida; expediente desprovido

Felizmente, a nosso ver, o pedido do Ministério Público Federal foi julgado improcedente e a Resolução 1805 do CFM voltou a vigorar. Na sentença de mérito, o juiz Roberto Luís Luchi Demo entendeu que o teor da Resolução não contraria a legislação posta⁸².

Em razão do desenvolvimento da medicina no âmbito dos cuidados paliativos, muitos autores, embora concedam relevo à autonomia da vontade e à qualidade de vida do paciente, continuam a defender a criminalização da eutanásia e do suicídio assistido. Preconizam que, desenvolvidas as técnicas e fármacos para alívio da dor e aumento do conforto dos pacientes, as hipóteses de eutanásia assumiriam uma expressão residual. Deste ponto de vista,

Nos casos - que a medicina afirma serem hoje pouco frequentes - em que o mortalmente enfermo manifeste a sua vontade séria e esclarecida (que ela se deva presumir, quando aquela manifestação não seja possível) de que ponham termo, por ação positiva direta, à sua vida, *um acompanhamento compreensivo e humano da morte*, aliado a uma *terapia da dor* tão eficiente quanto possível (mesmo que atinja a natureza de ajuda à morte ativa indireta⁸³), conforma uma atuação que, podendo ainda ser considerada “tratamento”, cabe precipuamente na função do médico e tem vantagens de toda a ordem sobre a permissão jurídica, ainda que sob rigorosos pressupostos procedimentais, da ajuda à morte ativa direta⁸⁴.

Olvidam-se, entretanto, de que o sofrimento tem causas mais amplas do que somente a dor física. A medicina atual, embora bastante desenvolvida, não é apta para amenizar *todas* as dores, nem para fazer cessar *todas* as angústias. A pessoa que padece das dores e desconfortos comuns a doenças terminais também sente medo, ansiedade, frustração, em que pesem todas as válidas tentativas de remediar tais

de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu”. Cf.: JUSTIÇA valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia. *Portal CFM*, Brasília, 06 de dezembro de 2010. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida. Acesso em out/2019.

82 O inteiro teor da decisão está disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: out/2019. No Capítulo 4 deste trabalho abordaremos de forma mais detida a normativa do Conselho Federal de Medicina.

83 Nome dado pelo autor à eutanásia de duplo efeito, aqui tratada também como eutanásia indireta.

84 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 38, 2013.

sentimentos. O padecimento psíquico também importa em diminuição ou mesmo em fim da qualidade de vida, em avaliação que só pode ser feita pelo próprio doente. A despeito de muitos possivelmente se sentirem satisfeitos com os cuidados paliativos a ponto de conseguirem esperar “a morte chegar” de forma natural, a vontade daqueles que veem na antecipação da morte a única forma de aplacar seu sofrimento também merece oitiva. Nesta lógica, discorrendo sobre o auxílio ao suicídio, Villas-Bôas pondera que tal assistência:

[...] está voltada, em verdade, exatamente para os pacientes que, após todo o amparo médico e psicológico adequado, ainda persistem na crença de que a sobrevivência em tais condições não condiz com a dignidade por ele pretendida para o final de sua existência. As necessidades das pessoas em fim de vida devem, sim ser atendidas com o máximo possível de presteza e eficiência, mas há casos em que a Medicina não alcançou ainda as respostas, e em que viver se torna um peso grande demais⁸⁵.

Pelo motivo descrito, entendemos que, embora seja importantíssimo o desenvolvimento dos estudos e da clínica de cuidados paliativos, há hipóteses em que só a eutanásia propriamente dita (ou o auxílio ao suicídio, conforme o caso) confere dignidade ao paciente e respeito a sua autonomia.

Ademais, ainda que a ortotanásia pareça ser a “saída” menos problemática para tais dilemas, ela não está livre de questionamentos. Conforme pontua James Rachels, “ter permissão para morrer pode ser relativamente lento e doloroso, ao passo que receber uma injeção letal é relativamente rápido e indolor”⁸⁶. Sob este ponto de vista, a eutanásia é pior que ortotanásia?

No tocante ao tema, interessante registrar que existe certo pudor em admitir o desligamento de aparelhos que proporcionam a nutrição e hidratação do paciente. Grande parte dos médicos, bem como famílias dos doentes, entendem que estes cuidados, ainda que artificiais, devem ser mantidos como expressão humanitária. Suspendê-los, dessa perspectiva, equivaleria a deixar a pessoa morrer de fome ou de

85 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 95.

86 Texto no idioma original: “the process of being “allowed to die” can be relatively slow and painful, whereas being given a lethal injection is relatively quick and painless”. RACHELS, James. Active and passive euthanasia. *The New England Journal of Medicine*, Waltham, v. 292, 1975, p. 78-80. Disponível em: https://sites.ualberta.ca/~bleier/Rachels_Euthanasia.pdf (sem numeração de páginas no documento eletrônico). Acesso em: out/2020.

sede, o que causa angústia nos responsáveis pelos cuidados do enfermo. A suspensão admitida, portanto, atingiria somente a aparelhagem responsável pelas atividades cardiorrespiratória e renal e aquela que realiza a ministração de medicamentos que já se mostram inaptos a melhorar o prognóstico (químico ou radioterapia, por exemplo).

Cabe lembrar, ainda, da hipótese de indivíduos em estado vegetativo persistente, em que, em regra, a cessação de alimentação e hidratação é a única suspensão de tratamento possível para abreviar-lhes a vida, uma vez que eles não estão ligados a aparelhos⁸⁷

Há dados, todavia, que comprovam que a manutenção do aparato de nutrição e hidratação artificiais (NHA) tem significado mais simbólico que fisiológico e, em caso de doentes terminais e/ou com demência avançada, pode causar dor e desconforto.

A NHA não deve necessariamente continuar nos pacientes na fase terminal. No entanto, ainda existem controvérsias e uma crença discordante na prática quando a nutrição artificial e a hidratação são retiradas. Isso se deve ao fato de que há mais valor emocional ligado à provisão de nutrição e hidratação do que, por exemplo, no uso contínuo de antibióticos ou outros tratamentos⁸⁸.

O próprio Vaticano, na Carta “Samaritanus Bonus”, publicada em 22/09/2020, admite que “quando o fornecimento de nutrição e hidratação não mais beneficia o paciente, porque o organismo do paciente não consegue absorvê-los ou metabolizá-los, sua administração deve ser suspensa”⁸⁹.

87 DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32-33.

88 BOTTONI, Adriana; ZAHER-RUTHERFORD, Vera Lúcia. Reflexão Bioética sobre o uso de nutrição e hidratação artificial em pacientes terminais. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 15, n. 9, 2019, p. 3. Segundo as autoras, “pacientes com doenças terminais alcançam um estado de hidratação adequada com muito menos fluido que um paciente hígido necessitaria, e a hidratação exagerada bem como a nutrição artificial podem causar desconforto em pacientes terminais. Eles podem apresentar risco aumentado para bronco-aspiração e pneumonias, diarreia, desconforto gastrointestinal, entre outros. A terapia de hidratação intravenosa em pacientes terminais pode levar a vômitos e à necessidade de sonda nasogástrica de alívio, distúrbios respiratórios com edema pulmonar, edema periférico e aumento da produção urinária, com necessidade de cateterização. Todos esses fatores causam desconforto agudo em pacientes próximos da morte e um estresse emocional nos familiares que acompanham esse processo”.

89 A Carta *Samaritanus Bonus* está disponível em: <https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2020/09/22/200922a.html>. Acesso em: set/2020. No capítulo 6 deste trabalho, faremos uma exposição mais detalhada do conteúdo da Carta.

De toda forma, a definição sobre o que é efetivo tratamento e o que já se tornou cuidado fútil varia caso a caso, devendo ser feita levando em conta a vontade do paciente, os benefícios de cada tratamento e o dever médico de não maleficência.

3.7 Distanásia e obstinação terapêutica

Ao contrário da eutanásia, que configura a antecipação da morte em relação ao momento em que ela naturalmente ocorreria, a distanásia consiste no prolongamento da vida para além do tempo em que o indivíduo morreria se não estivesse submetido a intervenções artificiais.

Por *distanásia* compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável. Em outras palavras, é um prolongamento artificial da vida do paciente, sem chance de cura ou de recuperação da saúde segundo o estado da arte da ciência da saúde, mediante conduta na qual “*não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer*”. A *obstinação terapêutica* e o *tratamento fútil* estão associados à distanásia. Alguns autores tratam-nos, inclusive, como sinônimos⁹⁰.

A figura também é conhecida como *encarniçamento terapêutico* ou *obstinação terapêutica* e constitui verdadeira violência contra o paciente quando praticada contra sua vontade. A distanásia pode ocorrer por diversos motivos: (i) por razões econômicas, por exemplo, no caso em que a morte do paciente fará cessar o recebimento de alguma pensão ou outro benefício financeiro; (ii) por questões de vaidade médica, em razão da dificuldade de admitir o fracasso no tratamento; (iii) por justificativas emocionais, no caso da família que não aceita a morte do ente querido, caso muito comum em acidentes; (iv) por causas políticas ou simbólicas, quando, por alguma razão, o objetivo seja esconder a realidade da morte ou mesmo fazê-la coincidir com alguma data ou outro acontecimento importante⁹¹.

90 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 71.

91 A história brasileira registra um caso célebre de distanásia, quando da morte do Presidente eleito Tancredo Neves, “em que, a despeito do quadro irreversível e do sofrimento intenso, lançou-se mão de todos os recursos disponíveis para adiar o desfecho letal inevitável, sem levar em conta o conforto ou a vontade do paciente”. Maria Elisa Villas-Bôas relata que “apesar de cercada de mistério, diz-se que a morte de Tancredo Neves foi protelada tanto quanto

Tal atitude conduziu a hiperutilização da UTI. De início essas unidades destinavam-se a tratar traumas e alguns casos pós-operatórios, não pacientes terminais. No entanto, hoje as UTIs estão repletas de idosos com doenças fatais, como câncer, e pacientes que já perderam a função cerebral. Tais pessoas não se beneficiarão da concentração de tecnologia médica nestas unidades, e muitas delas não aprovaram procedimentos que limitassem sua liberdade e sua dignidade, se estivessem em condições de escolher⁹².

Não olvidemos, ainda, que a distanásia pode ocorrer por simples temor do médico de ser acusado de negligência ou omissão no tratamento de um paciente. Conforme pontuado, a suspensão do tratamento ou desligamento de máquinas pode ser interpretada como eutanásia passiva, punível como homicídio em nosso país.

Essa postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois, ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, endossa um modelo médico paternalista, que se funda na *autoridade* do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de *sujeito* do enfermo. Ainda que os médicos não mais estejam vinculados eticamente a esse modelo superado de relação, o espectro da sanção pode levá-los a adotá-lo⁹³.

A propósito, Dworkin menciona pesquisa publicada em janeiro de 1993 no *American Journal of Public Health*, na qual 1.400 médicos e enfermeiras de cinco grandes hospitais responderam a perguntas relativas à forma como tratavam os doentes terminais:

[...] 70% dos médicos residentes disseram que os tratavam de modo *excessivo*, contrariando sua própria consciência e o que sabiam ser os interesses e desejos de tais pacientes. Para cada quatro entrevistados em cuja opinião os médicos tratavam exageradamente os pacientes

possível, tencionando-se estabilizar politicamente o país, tumultuado pelas recentes campanhas em prol das eleições diretas. Para essa finalidade, produziram-se fotos nas quais se buscava passar a imagem de que Tancredo estava convalescendo, embora se achasse, na verdade, desenganado e moribundo. Comenta-se mesmo que a data da morte foi significativamente escolhida para que se desse a ‘permissão’ de morte, mediante a suspensão do suporte artificial de vida, excessivo e infrutífero, em dia alusivo a um herói da pátria, Tiradentes”. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 15

92 PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Loyola, 2004, p. 77.

93 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 73.

terminais, apenas um afirmava que esses tratamentos eram insuficientes, e 81% concordavam que “a forma mais comum de abuso de narcóticos na assistência médica aos pacientes moribundos é tratamento insuficiente para a dor”. Essas respostas surpreendentes podem simplesmente mostrar uma espantosa inércia institucional, mas também podem revelar até que ponto os médicos temem a responsabilidade legal, a desaprovação da comunidade ou de seus pares⁹⁴.

Exemplos práticos de distanásia seriam as manobras de ressuscitação praticadas em doente já terminal. Busca-se o adiamento da declaração do óbito, ainda que ausente qualquer prognóstico de cura e mesmo que, para isso, seja necessário submeter o paciente a procedimentos dolorosos e a toda uma parafernália de aparelhos. Por isso, diz-se que o objetivo da ortotanásia é evitar a distanásia, que acaba por impor sofrimento adicional desnecessário ao paciente.

A distanásia é condenada, inclusive, do ponto de vista religioso. A igreja católica reconhece que “[...] hoje é muito importante proteger, no momento da morte, a dignidade da pessoa humana e a concepção cristã da vida contra um “tecnicismo” que corre o perigo de se tornar abusivo”⁹⁵.

3.8 Mistanásia

Também conhecida como eutanásia social, a mistanásia pode ser descrita como a morte de pessoas que sequer chegam a dar entrada em UTI hospitalar, e morrem à margem de qualquer tratamento ou assistência médica.

[A mistanásia] remete a uma morte miserável, transcendendo o contexto médico-hospitalar para atingir aqueles que nem sequer chegam a ter um atendimento médico adequado, por carência social, por falta de condições e de oportunidades econômicas e políticas, que se refletem numa falta de acesso ao judiciário e na deficiente proteção mesmo aos direitos fundamentais a que fazem jus todos os seres humanos, de forma que eles passam a configurar, desde o nascimento, espécies de “sub-cidadãos” e “sub-indivíduos”, na dura realidade fática em que sobrevivem. [...] É a morte comum nos países subdesenvolvidos [...] ⁹⁶.

94 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 257.

95 A Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia (1980) está disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: mai/2018.

Desde já, ressalta-se que, quando mencionamos o termo “paciente” neste trabalho, pressupomos a existência de indivíduo que, ainda que precariamente, teve acesso a algum tratamento médico. Temos consciência de que grande parte dos enfermos no país sequer chega a adentrar um hospital ou a ter contato com um médico. Trata-se de situação lamentável, de verdadeiro genocídio por descaso político e social, que coloca essas pessoas à margem da tutela do Estado e da proteção de sua dignidade.

Esta realidade – que se repete ao redor do mundo – não pode servir para taxar a eutanásia de elitista ou de menor alcance. Toda pessoa tem direito à dignidade e de ver respeitada a sua vontade, especialmente em decisões de cunho tão importante e íntimo, como são aquelas relativas ao fim de vida. O sofrimento sempre será sofrimento, no sentido da individualidade do ser humano, independentemente de sua condição econômica e de sua possibilidade de acesso a tratamentos médicos.

Não há dúvidas de que é lamentável, porém, que tantas pessoas, por carência econômica e social, sequer terão a chance, em caso de doenças, de receber tratamento digno e mesmo uma morte digna, se assim desejarem.

Infelizmente, no momento em que este trabalho é escrito, vivenciamos uma situação de pandemia, declarada oficialmente pela Organização Mundial da Saúde, em razão das infecções causadas pelo coronavírus ao redor do mundo. O que temos visto todos os dias no noticiário são relatos de familiares que buscaram ajuda hospitalar para seus entes queridos e não tiveram acesso ao tratamento adequado, incluindo leitos de UTI e respiradores.

No entanto, a mistanásia é fenômeno frequente, corriqueiro, que independe de situações excepcionais como a pandemia mencionada. Em especial em países onde a desigualdade social é gritante, como no Brasil, o número de mortes que poderiam ser evitadas com o simples acesso ao sistema de saúde é enorme.

A premente preocupação com políticas públicas de acesso a saúde não deve excluir, todavia, o empenho na discussão sobre a regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido.

96 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75.

3.9 Eutanásia e eugenia

Um dos principais motivos pelos quais o tema eutanásia ainda é cercado de tabu e resistência é o fato de, historicamente, ter sido associado a práticas eugênicas e utilitaristas.

Eugenia consiste na prática de selecionar indivíduos segundo suas características físicas e/ou intelectuais de forma a eliminar aqueles que não possuem as qualidades consideradas “ideais”. O objetivo é atingir uma população que gere descendentes cada vez mais “adequados” segundo os padrões escolhidos. Trata-se de tentativa artificial de interferir na evolução da espécie, favorecendo a perpetuação de características mais valorizadas socialmente em determinado momento; por exemplo, sujeitos mais inteligentes, ou com habilidades específicas, mais resistentes a determinadas doenças, ou mesmo com certas características físicas, como indivíduos mais altos ou pertencentes a determinado grupo racial⁹⁷.

Várias são as práticas eugênicas que podem ser empregadas para tal fim, como: por exemplo, a seleção de embriões na reprodução assistida, a esterilização de homens e mulheres cujas características são tidas como negativas e que possam ser transmitidas a seus descendentes, e mesmo a morte de indivíduos tidos como “defeituosos” (em razão de anomalias genéticas), portadores de doenças contagiosas e criminosos. Outra não foi a prática adotada por Hitler na Alemanha nazista, ao eliminar milhões de judeus por considerá-los pertencentes a uma raça inferior.

Luis Jiménez de Asúa, citando Karl Binding, menciona que “os idiotas e dementes incuráveis” poderiam ser mortos porque são “vidas humanas que perderam a qualidade de bem jurídico, por ficar desprovida de valor a continuação da sua existência, tanto para o sujeito quanto para a sociedade”⁹⁸. Menciona o autor que

Falta-lhes – escreve Binding – a vontade de viver tanto como a de morrer. A ordem de os matar não tropeça aqui com resistência nenhuma, com uma vontade de viver que deva ser trancada; a sua existência carece de todo o valor, contudo não se lhes apresenta a eles como insuportável. São um pesado encargo para as suas famílias e para a

97 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 88.

98 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Liberdade de amar e direito a morrer: eutanásia e endocrinologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45.

sociedade. A sua morte, por outro lado, não provoca nenhum pesar, a não ser talvez nos sentimentos da mãe ou da enfermeira fiel. O estado destes dementes e imbecis exige cuidados consideráveis e a formação de profissionais, que perdem a sua existência, prolongando a destes “não valores humanos absolutos”, durante anos e dúzia de anos. Hoche insiste sobre este ponto, considerando que a eliminação dos que ele chama “mortos espirituais” chegará um dia a ser um ato permitido e benéfico”⁹⁹.

A eutanásia eugênica, percebe-se, tem sentido puramente utilitarista e, segundo classificação apresentada anteriormente, seu cunho é essencialmente involuntário, razão pela qual registramos, desde já, que o emprego do termo “eutanásia” faz-se totalmente inadequado. A morte por práticas eugênicas ou com fins utilitaristas é verdadeiro homicídio, nada tendo a ver com a eutanásia, cujo sentido exige o padecimento do paciente, bem como seu consentimento, ainda que presumido.

Rechaçamos, portanto, a tradicional classificação proposta por Jiménez de Asúa, para quem a eutanásia pode ser libertadora, eliminadora ou econômica.¹⁰⁰ O autor, ainda se referindo a Binding, inclui na eutanásia libertadora a eliminação de indivíduos que poderiam, em razão de seu estado de saúde, ser considerados “desprovidos de valor vital”, cujas vidas “perderam a qualidade de bem jurídico”¹⁰¹

Toda vida deve ser considerada um bem jurídico, ainda que seu titular esteja em estado vegetativo ou completamente alheio à realidade, como nos casos avançados de Alzheimer e demência. Em consonância com o que será exposto em passagens seguintes deste trabalho, se o indivíduo, quando são, manifestou vontade de jamais ser eutanasiado, ainda que seu estado evolua para a total alienação dos sentidos, a prática não deverá ser efetivada, porque contra a vontade do paciente.

A eliminação de pessoas simplesmente em razão de seu estado de saúde exigir gastos excessivos e cuidados constantes de parentes e médicos assume viés utilitarista e seletivo, que não deve integrar o conceito de eutanásia. O sentido desta nunca deve ser o “livramento de um fardo”, mas sim o de fazer cessar o sofrimento *do paciente*. O foco, portanto, não deve ser nas necessidades do sujeito ativo ou de pessoas próximas

99 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Liberdade de amar e direito a morrer: eutanásia e endocrinologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45.

100 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Liberdade de amar e direito a morrer: eutanásia e endocrinologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 44.

101 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Liberdade de amar e direito a morrer: eutanásia e endocrinologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45.

ao doente, mas sim no sofrimento e na qualidade de vida deste, aliados à sua manifestação de vontade. Por tais motivos, Figueiredo Dias adverte:

[...] é inadmissível, por enganoso e demagógico, trazer para o presente contexto problemático situações como a dita do “aniquilamento de vidas que não valem a pena serem vividas”, sobretudo quando conexionada com o programa de “eutanásia” do Estado nacional-socialista alemão e com a tristemente célebre “ordem secreta de Hitler” de 1939. Uma tal atuação, que não cabe nem mesmo na acepção mais ampla de “eutanásia”, *nada* possui de comum com o problema acima definido e está completamente fora de qualquer forma pensável de ajuda à morte. Do que nela se trata é, pura e simplesmente, do cometimento de um crime – alegadamente embora no interesse da comunidade – de homicídio doloso de doentes mentais, pressupostamente incuráveis, mas capazes de viver e, provavelmente também, desejosos de continuarem vivos. Tão-pouco entram no presente contexto problemático atos de eutanásia com *finalidades eugênicas* de qualquer espécie: tais finalidades devem considerar-se de todo incompatíveis com a motivação que preside à específica problemática de ajuda à morte¹⁰².

3.10 Bioética

Toda a discussão travada no presente trabalho, a par de ser afeta às searas médica e jurídica, também pertence à bioética. Trata-se de ciência essencialmente multidisciplinar, definida pelo oncologista americano Van Rensselaer Potter no início da década de 1970 como a “ciência da sobrevivência humana”, cujo objetivo principal é “promover e defender a dignidade humana e a qualidade de vida”¹⁰³.

Em razão do destaque dado à qualidade de vida, a disciplina inclui também a chamada “macrobioética”, impondo que a preocupação não se restrinja às circunstâncias intrínsecas ao indivíduo, mas seja voltada, também, para o meio em que vive, o que inclui atenção à ecologia e ao meio ambiente.

Em 1972 cunhou-se a expressão, pelo médico André Hellegers, com o sentido adotado neste trabalho,

“associando-a a situações polêmicas, geralmente dirigidas para o âmbito da saúde, de cunho individual ou interpessoal, como a relação médico-

102 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 19, 2013.

103 NEVES, Maria do Céu Patrão. A bioética de ontem, hoje e amanhã. Interpretação de um percurso. In: ARCHER, Luíz et al (coords.). *Novos desafios da bioética*. Porto: Porto Editora, 2001, p. 20-30.

paciente, as pesquisas com seres humanos, as discussões envolvendo início de vida – reprodução assistida, aborto, entre outras – ou seu desfecho”¹⁰⁴.

Obra importante no campo da bioética é o trabalho *Principles of Biomedical Ethics*, de Tom Beauchamp e James Childress, cuja primeira edição foi publicada em 1977. A segunda edição, que incorporou os princípios básicos da autonomia, da não maleficência, da beneficência e da justiça, é considerada uma das maiores referências para as discussões dessa área¹⁰⁵.

O surgimento e desenvolvimento da bioética se deu em razão do próprio desenvolvimento tecnológico da medicina e da farmacêutica, bem como da evolução da pesquisa científica, em especial no campo da genética. Por ser ciência interdisciplinar, a bioética também se valeu da implementação de importantes textos jurídicos, como

[...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Código de Nuremberg (1947) e a declaração de Genebra (1948), documentos de repúdio às atrocidades cometidas contra a dignidade da pessoa humana durante a Segunda Guerra Mundial e, no caso da Declaração de Genebra, uma reafirmação do juramento hipocrático, contendo importantes bases para o relacionamento médico-paciente¹⁰⁶.

As questões envolvendo a autonomia da vontade do paciente, a manipulação genética, as pesquisas com células-tronco, o destino de embriões não implantados após a fertilização *in vitro*, e, já há mais tempo, os transplantes de órgãos, são exemplos de temáticas atualíssimas que fomentam a discussão no âmbito da bioética.

104 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 107.

105 DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 45. No item 6.4 deste trabalho, teceremos maiores considerações quanto aos princípios mencionados.

106 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 107-108.

4 A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO NO BRASIL

Historicamente, o legislador brasileiro sempre assumiu postura conservadora com relação ao regramento da eutanásia e do auxílio ao suicídio. Conforme será tratado no momento do estudo da legislação brasileira, sequer há previsão expressa da figura da eutanásia como tipo penal autônomo em relação ao crime de homicídio. Apenas na Exposição de Motivos do atual Código Penal é que o legislador fez referência à possibilidade de aplicação da figura do “homicídio privilegiado” à hipótese. Com relação ao auxílio ao suicídio, consta previsão de punição ao sujeito ativo, embora o ato do suicida seja atípico.

4.1 Cenário legislativo

4.1.1 Histórico

O Código Penal do Império ¹⁰⁷, de 1830, não previu a figura da eutanásia, nem elementos que a tornassem menos reprovável que o homicídio. Havia, em paralelo, previsão expressa para o auxílio ao suicídio. Conforme dispunha o art. 96 do diploma legal, “ajudar alguém a suicidar-se ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa” gerava pena de prisão de dois a seis anos.

O Código Penal Republicano¹⁰⁸ (Decreto 847, de 11 de outubro de 1890), por sua vez, repetiu a ausência de previsão legal da eutanásia ativa, ainda que como figura “menor” do homicídio. Curioso é que, ainda no capítulo relativo ao homicídio, o legislador previu a figura do art. 295, que ora transcrevemos:

Art. 295. Para que se repute mortal, no sentido legal, uma lesão corporal, é indispensável que seja causa eficiente da morte por sua natureza e séde, ou por ter sido praticada sobre pessoa cuja constituição ou estado mórbido anterior concorram para torna-la irremediavelmente mortal.

[...]

107 O Código Penal do Império (1830) está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em jan/2020.

108 O Código Penal Republicano (1890) está disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: jun/2020.

§ 2º Si resultar, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter o offendido deixado de observar regimen medico - hygienico reclamado pelo seu estado:

Pena - de prisão celllular por dous a oito annos.

Da aplicação deste dispositivo, poderíamos cogitar a hipótese de um homicídio decorrente da recusa de tratamento pelo paciente. Criminalizou-se, portanto, a ortotanásia, embora com pena inferior à do homicídio. Deduz-se daí que o médico era obrigado a manter certos tratamentos, ainda que expressamente recusados pelo paciente, sob pena de responder criminalmente.

O legislador, inclusive, deixou expresso no art. 26, "c", daquele Código, que "não dirimem nem excluem a intenção criminosa [...] o consentimento do offendido, menos nos casos em que a lei sò a elle permite a acção criminal".

As previsões transcritas demonstram claramente o carácter paternalista e desigual da relação médico-paciente, paradigma que só viria a ser contestado ao final do século XX.

Por sua vez, o auxílio ao suicídio teve previsão expressa naquela legislação, a qual versava, no art. 299 que "induzir, ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa" ocasionava "pena de prisão celllular por dous a quatro annos", nas exatas palavras da lei.

O Projeto Sá Pereira, apresentado em 1927 com a intenção de fazer valer um novo Código Penal, previa no art. 130, IV uma circunstância atenuante, que consistia em o agente ter cedido "à piedade, provocada por situação irremediável de sofrimento em que estivesse a vítima, e às súplicas". Já no art. 189, dispunha que "àquele que matou alguém nas condições precisas do art. 130, nº IV, descontar-se-á por metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o Juiz convertê-la em detenção"¹⁰⁹.

Ao longo da tramitação do projeto, já na Subcomissão Legislativa composta por Sá Pereira, Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira, a previsão expressa da eutanásia como tipo penal autônomo foi excluída, mantendo-se, entretanto, a atenuante genérica prevista no art. 130.

A Consolidação da Lei Penal de 1932 não constituiu novo Código Penal, mas apenas a compilação do Código de 1890 com a ampla legislação esparsa então em

109 PEREIRA, Virgílio de Sá. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil* (Projecto apresentado ao Governo). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.

vigor. Como o Projeto Sá Pereira não vingou, manteve-se a ausência de previsão da eutanásia como crime autônomo, conforme o Código de 1890.

O Projeto Alcântara Machado¹¹⁰, entregue ao Governo em 1938, prosseguiu na omissão no que tange ao estabelecimento de um tipo autônomo para a eutanásia. O mais próximo que o legislador chegou de trazer tratamento diferenciado entre eutanásia e homicídio foi prever uma figura privilegiada do homicídio quando praticado “por motivo de reconhecida nobreza” (art. 311, §3º, III). Quanto ao auxílio ao suicídio, o Projeto previa, no art. 313, que “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, uma vez que o suicídio seja consumado ou tentado” resultava em pena de reclusão por 2 a 6 anos. Manteve-se, portanto, a previsão legal desvinculada da gravidade do resultado lesivo ao suicida, e ainda que atípico o suicídio em si.

Em 1969, foi publicado Código Penal¹¹¹ que, no entanto, nunca entrou em vigor. Após sucessivas prorrogações do prazo de *vacatio legis*, foi revogado após quase dez anos, de forma que até hoje permanece em vigor o Código Penal de 1940¹¹².

De toda forma, a intenção era manter a figura que hoje conhecemos como “homicídio privilegiado”, em que é prevista causa de diminuição de pena “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima” (art. 121, §1º).

Na Exposição de Motivos¹¹³, o legislador expressamente admite a ausência de inovação substancial em relação ao Código Penal hoje em vigor (que será analisado no

110 O Projeto Alcântara Machado (1938) está disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfduSP/article/view/65859/68470>. Acesso em: jun/2020.

111 O Código Penal (1969) está disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: jun/2020.

112 Heleno Cláudio Cardoso relata que “em 1961, o governo decidiu promover completa reforma na legislação brasileira, inclusive na parte criminal, tendo solicitado a Nelson Hungria, insigne mestre do Direito Penal brasileiro, a elaboração de um anteprojeto de Código Penal. Tal anteprojeto, apresentado em 1963, foi submetido a revisão ministerial e finalmente promulgado, por decreto, em 1969, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1970. O prazo de vacância foi, no entanto, sucessivamente prorrogado, por várias vezes, inclusive após a introdução de numerosas emendas, em 1973. Após longa vacância, de quase dez anos, o CP de 1969 foi finalmente revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de novembro de 1978. É evidente que aquele código, elaborado em época bem diversa, não correspondia às exigências atuais de nosso direito penal, e sua revogação merece aplauso”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: A nova parte geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 67.

113 A Exposição de Motivos (1969) está disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224150/000349860.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: jun/2020.

próximo tópico deste trabalho). No item 40, restou consignado que “a parte especial do projeto mantém as linhas gerais do Código vigente. Desnecessário, portanto, será repetir aqui o que já se encontra incorporado à consciência jurídica do Brasil”. Desta forma, sequer foi repetida a cláusula presente na Exposição de Motivos do Código de 1940, relativa à adequação da figura do homicídio “privilegiado” ao homicídio piedoso, que logo adiante será analisada.

Por fim, a conduta de auxílio ao suicídio permaneceu prevista na legislação, no art. 123, nos seguintes termos: “instigar ou induzir alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, vindo o suicídio a consumir-se. Pena: reclusão, de dois a seis anos”. Acrescenta, ainda, o §3º do dispositivo que “se o suicídio é apenas tentado, e da tentativa resulta lesão grave, a pena é reduzida de um a dois terços”.

4.1.2 Legislação atual

O Código Penal vigente (Decreto-Lei 2.848/40), em seu art. 121, prevê o crime de homicídio atribuindo à conduta de “matar alguém” a pena de reclusão de seis a vinte anos. Não é mencionada qualquer isenção punitiva àquele que age com intuito de fazer cessar o sofrimento de alguém que padece física ou psicologicamente.

A hipótese de perdão judicial não é aplicável à eutanásia, haja vista o Código Penal pátrio prever a figura apenas para hipóteses de ação ou omissão culposa, o que não seria o caso. De fato, o §5º do art. 121 define que “na hipótese de homicídio *culposo*, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”¹¹⁴ [grifo nosso].

O §1º do mencionado artigo, entretanto, traz dispositivo que, ao menos em princípio, serviria para diminuir a pena de quem mata naquelas circunstâncias, prevendo que “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social

114 A perda do ente querido, com todo o luto e o pesar que a reveste, sem dúvidas, afetará o agente que se viu no limite de precisar praticar a eutanásia. Diga-se o mesmo do médico, que, ao praticar a eutanásia, precisa reconhecer sua impotência frente ao sofrimento alheio, e um revés em seu dever inicial de salvar vidas. Em nosso entendimento, a sanção penal nestes casos é totalmente desnecessária. No entanto, seja em sua modalidade ativa, seja na omissiva, a eutanásia é conduta dolosa, e por isso não se cogita, na legislação atual, a concessão de perdão judicial ao sujeito ativo.

ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

Observa-se que não há menção específica à eutanásia, mas pode-se interpretar de forma a comportar a conduta como revestida de “relevante valor moral”. A própria Exposição de Motivos para a Parte Especial do Código, em seu item 39, menciona expressamente a aplicabilidade da minorante nos casos de homicídio piedoso:

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, etc¹¹⁵.

Não há, também, qualquer hipótese de excludente de ilicitude cabível. Conforme ainda abordaremos neste trabalho, embora o consentimento do ofendido seja amplamente reconhecido como causa supralegal (ou extralegal) de exclusão da antijuridicidade, a doutrina pátria é taxativa em admiti-lo somente quando estiverem em jogo bens jurídicos disponíveis. Apesar de, a nosso ver, tratar-se de postura bastante discutível, o entendimento que prevalece atualmente é no sentido de considerar a vida como bem jurídico indisponível¹¹⁶. Assim, qualquer consentimento no sentido de dispor dela é, hoje, considerado inválido, não servindo para justificar a conduta do agente.

Por outro lado, a hipótese de estado de necessidade não se mostra adequada para justificar a ação de quem pratica eutanásia. A lógica desta excludente orienta que o bem jurídico de menor valor ceda lugar ao de maior valor (ou de igual valor) quando, no caso concreto, esta for a única forma de preservar o bem mais valioso (ou de igual valor). A solução do estado de necessidade em nada tem a ver com o respeito à autonomia individual, pois, no caso da excludente, a ponderação de valores é objetiva, e realizada pelo sujeito ativo, não pelo próprio paciente. Não se trata, aqui, de ponderar

115 A Exposição de Motivos (1940) está disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>. Acesso em: set/2020.

116 O núcleo deste trabalho consiste, exatamente, em consagrar a autonomia da vontade do indivíduo e em defender a validade do consentimento e o direito do paciente de dispor de qualquer bem jurídico, inclusive da própria vida. Nestes casos, conforme será desenvolvido no capítulo 8, a conduta será atípica, e não somente justificada.

e optar entre vida biológica e qualidade de vida, pois tal ponderação cabe apenas ao indivíduo, sendo precipuamente subjetiva.

Em nossa legislação, portanto, a eutanásia é passível de punição como crime de homicídio simples minorado (homicídio “privilegiado”), com pena privativa de liberdade de, no mínimo, quatro anos de reclusão¹¹⁷.

A solução encontrada pelo legislador não foi feliz por ter partido de uma equivalência entre a eutanásia e o homicídio (crime praticado contra a vontade da vítima), ainda que por relevante valor moral. Não há dúvidas de que, em ambas as condutas, o móvel do agente é bastante diverso e, por conseguinte, deveria ter sido assim sopesado pelo legislador. Ainda que se queira criminalizar a conduta de quem pratica eutanásia, o agente que age em virtude de um clamor da vítima que sofre deveria ser punido de forma mais branda do que aquele que mata alguém que não deseja morrer. A punição deveria advir não de uma diminuição da pena do homicídio, mas do reconhecimento da caracterização de outra figura delitiva, menos grave.

Há, portanto, violação aos princípios da individualização das penas e da proporcionalidade, que deveriam ser considerados desde a cominação abstrata da sanção, e a não depender de qualquer subjetividade interpretativa do juiz no momento da dosimetria. Uma interpretação conforme a Constituição nos leva à conclusão inarredável de que a caracterização da eutanásia como homicídio privilegiado é inconstitucional.

É diante da análise supra quanto à possibilidade e se renunciar a um direito fundamental, assim também da equiparação entre vida e liberdade e do caráter basilar da dignidade da pessoa humana dado pelo ordenamento que, fazendo-se uma interpretação conforme a CF-88, é nítida a inconstitucionalidade presente na analogia jurisdicional entre o homicídio piedoso e o homicídio privilegiado, posto que naquele prevalecem a benignidade, a liberdade negativa do paciente em renunciar à vida, assim também como o paradigma da fraternidade, o que não ocorre em um homicídio egoístico motivado por valores morais ou fortes emoções¹¹⁸.

117 Considerando a aplicação da pena mínima cominada ao delito de homicídio simples, na hipótese em que seja concedida a maior fração de diminuição prevista no art. 1º do Código Penal (1/3 da pena de seis anos). Este *quantum* sujeitaria o autor, em caso de condenação, ao cumprimento de pena em regime aberto, ou, se reincidente, em regime semiaberto, conforme critérios estabelecidos no art. 33 do Código Penal e orientação da Súmula 269 do STJ.

118 BARBOSA, Gabriella Souza da Silva; LOSURDO, Federico. Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Investigações Constitucionais*,

Além de prever punição à eutanásia, equiparando-a a um homicídio privilegiado, a legislação brasileira em vigor prevê também o crime de auxílio ao suicídio¹¹⁹. Assim, ainda quando o ato derradeiro de pôr fim à vida parte da própria pessoa – o que, ao menos em princípio, excluiria a tipificação do ato como homicídio – pode-se conceber a hipótese de auxílio ao suicídio, se aquele que se matou (ou tentou se matar) contou com a ajuda material de um terceiro para concretizar seu propósito.

Seja pela óbvia impossibilidade de punição¹²⁰ ou por razões de política criminal, a legislação pátria não pune o suicida, ainda que o suicídio não se tenha consumado. No entanto, pune-se a contribuição – moral ou material – ao suicídio alheio.

Punir o auxílio ao suicídio é mera opção de política criminal. Sendo o suicídio em si penalmente atípico, seria razoável, a nosso ver, considerar a contribuição para o suicídio alheio como igualmente atípica, como ocorre na Alemanha. Isso porque nos parece inadequado punir a conduta acessória (auxílio) quando não há tipicidade da conduta principal (suicídio).

Neste ponto, trazemos à baila, novamente, a crítica que fizemos referente à tipificação da eutanásia como hipótese de homicídio privilegiado em razão da diferença radical do móvel do sujeito ativo em cada um dos casos. A eutanásia parece-nos muito mais próxima do auxílio ao suicídio que do homicídio privilegiado. Nesse sentido, “o

Curitiba, v. 5, n.2, 2018, p. 183.

119 A Lei n. 13.968/2019 alterou o art. 122 do Código Penal, que desde então passou a dispor: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça. Pena - reclusão, de dois a seis anos”. Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena passa a ser de reclusão de um a três anos; se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte, a pena é de dois a seis anos (conforme § 1º e 2º do referido art. 122). O legislador não foi feliz na alteração. A redação anterior do artigo não tratava da automutilação, e previa pena para o auxílio ao suicídio apenas quando da conduta resultasse morte ou lesão grave. O endurecimento legislativo vem na contramão da experiência de países que consideram atípico o auxílio ao suicídio, conforme será exposto no Capítulo 5 deste trabalho.

120 A punição do suicida é inócua, mas apenas se considerarmos a hipótese de aplicação de pena privativa de liberdade ou outra que dependa de uma pessoa viva para ser cumprida. No entanto, nada obstaria, do ponto de vista lógico, como já ocorreu em tempos pretéritos, a aplicação da pena de confisco dos bens do falecido, ou mesmo a pena de proibição de realização de cortejos e ritos fúnebres para o suicida. Estas penas, no entanto, atingem a família do suicida, e não ele próprio, razão pela qual foram progressivamente descartadas pela legislação.

homicídio a petição não é outra coisa senão um suicídio através de interposta pessoa¹²¹.

As duas situações, portanto, podem ter em comum, além da vontade da vítima de abandonar a própria existência, os móveis piedosos daquele que mata ou auxilia alguém a se matar em razão de uma moléstia ou invalidez irreversível – daí concluir-se que inexistente uma diferença valorativa fundamental entre as duas condutas. Nessas circunstâncias, o que distingue ambas é meramente o fato de que no homicídio eutanásico o doente encontra-se mergulhado num estado tal de debilidade física que é incapaz de dar a morte a si mesmo. Nessa trilha, a eutanásia figura muito mais como um *contexto* que pode aparecer tanto no homicídio quanto no auxílio ao suicídio do que um crime propriamente dito¹²².

Na legislação pátria, outra figura típica correlata que merece ser abordada consta no art. 146, §3º, II, do Código Penal:

Constrangimento ilegal

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

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

Aumento de pena

[...]

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;
II – a coação exercida para impedir suicídio [grifo nosso].

Neste tocante, a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código não dá maiores explicações, limitando-se a reforçar que “é expressamente declarado que não constituem o crime em questão o ‘tratamento médico arbitrário’, se justificado por iminente perigo de vida, e a ‘coação exercida para impedir suicídio’”¹²³.

121 KAUFMANN, Arthur. Relativización de la protección jurídica de la vida? In: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 10 ed. Barcelona: Repertor, 2015, p. 53.

122 CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natália Regina. *Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: análise das recentes resoluções do C.F.M. e do anteprojeto de Código Penal de 2012*. 2019. 80f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019, (sem paginação no texto eletrônico). Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74249bfb36330626>. Acesso em: set/2020.

123 Item 51 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, que está disponível em <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848->

Por coerência com todo o exposto – mormente com relação à prevalência da autonomia da vontade do indivíduo –, consideramos inadmissíveis, do ponto de vista penal, cível e administrativo, quaisquer ações médicas praticadas contra o consentimento do paciente ou de seu representante legal, ainda que aquele se encontre diante de iminente perigo de vida.

O direito à integridade física abrange o direito ao próprio corpo e à tomada de decisões a ele atreladas sempre que os respectivos resultados não extrapolem a esfera de direitos do próprio indivíduo. O médico que age a despeito da vontade do paciente, ainda que sob alegação de salvar-lhe a vida, deve responder por lesão corporal e/ou por constrangimento ilegal, conforme as especificidades da situação. A ação arbitrária de salvamento não pode ser entendida no contexto de um exercício regular do direito¹²⁴.

A ressalva contida no art. 146, §3º, inciso I do CP, quando utilizada para salvaguardar a conduta do médico que age contra a vontade do paciente ou de seu representante legal é inconstitucional porque incompatível com a garantia de liberdade de determinação e com respeito à dignidade humana. Qualquer ação médica contrária à vontade livre do paciente capaz, ainda que a omissão possa causar perigo à vida, constitui crime (lesão corporal ou constrangimento ilegal¹²⁵, conforme o caso) e não pode ser justificada sob um pretense exercício regular do direito ou pelo estado de necessidade¹²⁶.

CP. Acesso em: set/2020.

124 Não pretendemos, no presente trabalho, tratar do tema relativo às intervenções médicas arbitrárias, sob pena de desviarmos do objetivo principal de construir uma argumentação racional, embasada constitucionalmente, com fins de demonstrar a legitimidade da eutanásia e do auxílio ao suicídio. No entanto, por se tratar de tema correlato e de grande repercussão prática, remetemos o leitor à brilhante obra: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

125 O crime de constrangimento ilegal exige, como elementares típicas, que o agente empregue violência, grave ameaça ou algum outro recurso apto a reduzir a capacidade de resistência da vítima. Daí que nem sempre será fácil enquadrar a conduta do médico neste tipo penal, o que pode gerar “lacunas de punibilidade”. Cf.: SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito ao paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 39.

126 Sabemos que este posicionamento é minoritário, uma vez que boa parte da doutrina ainda entende que nestes casos o médico estaria amparado pela excludente do estado de necessidade ou mesmo do estrito cumprimento do dever legal de salvar vidas. Esta visão resulta da prevalência, ainda nos dias de hoje, do paradigma paternalista que pressupõe a

No estado de necessidade, a ponderação é objetiva e realizada por terceiro (no caso, pelo médico) diante de suposto conflito de interesses interpessoais. Porém, “ao colocar a liberdade num plano abstratamente inferior do que a vida, olvida-se de que a verdadeira autonomia se refere ao direito de valorar livremente os seus bens, de tal maneira que a escolha do bem ‘preponderante’ é do próprio indivíduo”¹²⁷.

Quanto ao argumento baseado no exercício regular do direito, não se pode pretender que a profissão médica inclua a prerrogativa de interferir no corpo alheio contra a vontade paciente, ainda que para salvar-lhe a vida.

Diante do explanado, entendemos que a única interpretação possível para que o teor do dispositivo não afronte o texto constitucional é de que ele não salvaguarda o médico que atua *contra* a vontade do paciente ou de seu representante legal, mas sim aquele que age *sem* o consentimento, ou seja, quando não é possível, diante do risco à vida do paciente, protelar o atendimento para perscrutar qual seria aquela vontade.

Outra ressalva constante no §3º do art. 146 do CP diz respeito à coação para impedir suicídio. A salvaguarda concedida a quem emprega violência com o fim de impedir o suicídio de outrem parece-nos inadequada se a pessoa que tenta pôr fim à própria vida está em pleno gozo de sua capacidade de discernimento. Neste ponto, filiamo-nos ao entendimento de Figueiredo Dias:

Não vejo haver, em princípio, motivo racional para não respeitar a decisão autônoma de vontade do suicida, salvo se outra for a sua vontade real no momento. Numa ordem jurídica como a portuguesa, que considera ‘inviolável’ a liberdade de consciência (CRP, art. 41º, 1 e art. 5º, VI da CF/1988), não deve ser conferido peso jurídico-penal decisivo a motivações de ordem religiosa ou a concepções do mundo, da vida e da morte. Só assim não será – persistindo aí o dever de tratamento e de salvação – quando o ato suicida tenha reconhecidamente na sua base um *transtorno psíquico do agente*. Sem prejuízo de se aceitar que o dever jurídico do agente se imporá tanto mais quanto, como exprimiou o

superioridade do médico diante do paciente. Não por outro motivo, França entende que “subordinar a licitude de um ato médico e inadiável e necessário à vontade do enfermo ou de seus familiares é simplesmente transformar o médico em mero alocador de serviços”. FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 222.

127 SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito ao paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 41-42

BHG, se reconhecer que ‘a decisão suicida foi tomada seriamente e em responsabilidade’¹²⁸.

Para que nos situemos totalmente acordes com o posicionamento do autor português, cumpre registrar que o que consideramos como *transtorno psíquico do agente* é somente uma desordem – permanente ou momentânea – capaz de afetar a capacidade de discernimento do indivíduo. Não incluímos necessariamente neste rol, por exemplo, a pessoa com depressão, visto que nem sempre o deprimido está tolhido de sua capacidade de compreensão da realidade e das consequências de suas ações¹²⁹.

É certo que há, na medicina psiquiátrica moderna, drogas potentes o bastante para manter a depressão sob controle, bem como técnicas psicoterápicas eficazes que fazem com que o indivíduo consiga desempenhar suas atividades cotidianas e apreciar uma razoável qualidade de vida. Há casos, entretanto, que a medicina atual não está apta a resolver e, apesar dos tratamentos empregados, o indivíduo não consegue se manter minimamente engajado em projetos, manter relacionamentos saudáveis e gozar o viver. Entretanto, isso não significa necessariamente que o sujeito esteja desprovido da capacidade de discernir.

O que consideramos neste trabalho como transtorno psíquico do agente é uma desordem capaz de afetar a capacidade de avaliação da realidade e de discernimento, como ocorre em surtos psicóticos e esquizofrênicos, por exemplo. Há estados em que o paciente se encontra totalmente desconectado da realidade, podendo, inclusive, desenvolver visões, alucinações, manias de perseguição, etc. Diante deste cenário, não há dúvidas de que uma decisão de suicídio se mostra inválida, uma vez que a vontade do agente está viciada pelo transtorno, que altera a compreensão da realidade.

Na depressão, entretanto, não há necessariamente incompreensão da realidade. O agente compreende sua condição, mas avalia-a como desagradável e sem perspectivas. Tal avaliação, embora lamentável para o geral das pessoas, é legítima: a medida de qualidade de vida, afinal, é precipuamente pessoal.

128 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013., p. 25-26

129 Maiores considerações acerca da capacidade do paciente como requisito do pedido de eutanásia e de auxílio ao suicídio serão feitas no capítulo 9 deste trabalho.

Diante disso, não deveria ser permitido a qualquer terceiro empregar coação para impedir o suicídio de alguém que formou a decisão de matar-se tendo completa capacidade para discernir. Frise-se, de toda forma, que, embora a lei considere impunível o emprego da coação para impedir o suicídio, também não deve punir aquele que se omite e permite que a pessoa capaz cometa suicídio. Ainda que o omitente esteja, a princípio, em posição de garante, não é obrigado a intervir na ação do paciente que formou sua vontade de forma livre e consciente, sob pena de violar sua autonomia.

É verdade que o art. 154º-3 b) do CP português não considera crime de *coação* o constranger outra pessoa, mesmo que por meio de violência ou de ameaça com mal importante, a uma ação ou omissão ou a suportar uma atividade “se visar evitar suicídio” (o mesmo sucedendo no Brasil nos termos do art. 146, § 3º, II, do CP respectivo); o que pode acarretar uma limitação do respeito pela autonomia da pessoa que tentou o suicídio, tanto mais, como se disse, quanto a sua decisão suicidária seja livre e responsável. O sentido do preceito português não é porém o de fazer persistir nestes casos o dever de ação e tratamento – ele cessa, como atrás se disse, com a oposição, real ou presumida, do paciente -, mas apenas o de afastar a punibilidade do médico ou responsável pelo crime de *coação*¹³⁰.

Por óbvio, terceiros leigos (familiares ou não) não têm condições técnicas de avaliar a capacidade do suicida no momento em que ele inicia o curso causal do ato. Desta forma, a coação eventualmente empregada para fazer cessar a ação não configurará o crime de constrangimento ilegal. Uma solução baseada no paternalismo suave admitirá que os indivíduos sofram limitações temporárias em sua autonomia para fins de checagem de sua capacidade¹³¹.

Se, no entanto, após socorrida e levada a um hospital, a pessoa que tentou suicídio for avaliada como capaz e sua vontade for fruto de decisão livremente

130 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 26.

131 Conforme aduz Feinberg, “O paternalismo suave preconiza que o Estado tem o direito de prevenir condutas lesivas autorreferidas (o que soa paternalista) quando e somente quando essa conduta for substancialmente não voluntária, ou quando uma intervenção temporária for necessária para estabelecer se ela é voluntária ou não”. Versão no idioma original: “Soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct (só far it looks “paternalistic”) when but only when that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not”. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 12.

manifestada no sentido de se matar (e não um gesto de simples apelo), qualquer coação empregada dali em diante para impedi-la configurará crime; exceto se, no momento de eventual nova tentativa, alguma circunstância (que não a suposta irrazoabilidade da vontade de querer matar-se) afete sua capacidade, uma vez que “[...] inexistente motivo racional para não respeitar a decisão autônoma do paciente também no suicídio”¹³².

4.1.3 Perspectivas: o Projeto de Lei nº 236/12 do Senado

Conforme demonstrado, a legislação brasileira atual não admite a eutanásia, punindo a conduta como homicídio privilegiado. Também criminaliza quem induz, instiga ou auxilia alguém a suicidar. Permite-se, de outro lado, o emprego de violência para impedir que alguém cometa suicídio, ainda que tal decisão tenha sido tomada de forma livre e consciente por agente capaz.

O Código Penal vigente (Decreto-Lei nº 2.848 de 1940) passou por importante reforma no ano de 1984 que, entretanto, abrangeu apenas a Parte Geral. A Parte Especial permaneceu intocada no que se refere aos tipos penais aqui discutidos, de forma que sua desatualização em relação aos conflitos e dilemas da sociedade brasileira atual é notável.

Em 1940, época em que o Código foi editado, a medicina pátria não contava com a tecnologia e aparelhagem que são, hoje, relativamente acessíveis, mesmo em

132 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 141. O autor traz esta passagem a pretexto da análise do caso Wittig, decidido em 1984, no qual “uma senhora de 76 anos, gravemente doente e cansada de viver desde a morte de seu marido, decidiu pôr fim à sua vida através de uma overdose de morfina e remédios para dormir. Ela deixou, ao lado de outros textos com conteúdo idêntico, um bilhete, em que declarava: ‘No pleno uso de minhas faculdades, peço a meu médico que não me interne em um hospital, em um lar de tratamento ou em uma unidade intensiva e que não utilize medicamentos capazes de prolongar minha vida. Desejo morrer uma morte digna’. O médico da família chegou quando a senhora já se encontrava inconsciente, mas ainda viva. Ele se omitiu de interná-la em um hospital, esperando no apartamento até que sobreviesse a morte. O BGH acabou concluindo pela absolvição do médico (Wittig); mas só porque a paciente, se fosse salva, ficaria grave e irreversivelmente lesada, o que tornava aceitável a decisão de consciência do médico de evitar a internação em uma unidade de tratamento. Em regra, porém, seria ‘em princípio proibido’ ao médico curvar-se diante do ‘desejo de morte do suicida’”. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 140.

hospitais públicos. Os tratamentos e fármacos hoje disponíveis eram impensáveis à época, ainda que a pessoa tivesse condições financeiras de se tratar. Conforme exposto na introdução deste trabalho, o fim da qualidade de vida costumava coincidir com o fim da vida biológica. Este cenário, no entanto, vem se alterando rapidamente: a medicina se desenvolveu, novos medicamentos estão disponíveis e as melhorias sanitárias possibilitaram vencer os altos índices de mortalidade infantil e aumentar as taxas de longevidade. No mais, a população se multiplicou e a expectativa de vida aumentou progressivamente¹³³.

A ciência penal também evoluiu, inclusive com a emergência da doutrina finalista e das correntes pós-finalistas. No contexto brasileiro, importa mencionar o advento da Constituição de 1988, cuja hermenêutica, conforme veremos, comporta plenamente a leitura pela admissibilidade da eutanásia e do suicídio assistido, uma vez que firma a dignidade humana como pilar do ordenamento, e, como consequência, consagra a prevalência da autonomia da vontade.

No tocante à legislação infraconstitucional, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, de autoria do Senador José Sarney, que disciplina um novo Código Penal brasileiro. Atualmente, o Projeto, cujo relator é o Senador Rodrigo Pacheco, está sob análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. A nova versão peca, a nosso ver, por não

133 Este contexto faz crescer a importância da discussão sobre eutanásia. “Em 1940, a expectativa de vida era de 45,5 anos, sendo 42,9 para homens e 48,3 anos para mulheres. Entre 1940 e 1960, o Brasil praticamente reduziu pela metade a taxa bruta de mortalidade (o número de óbitos de um ano dividido pela população total em julho daquele mesmo ano), caindo de 20,9 óbitos para cada mil habitantes para 9,8 por mil. A expectativa de vida ao nascer em 1960 era de 52,5 anos. Ao todo, a expectativa de vida aumentou 30,5 anos entre 1940 e 2017, chegando a 76,0 anos. Em 1940, um indivíduo ao completar 50 anos tinha uma expectativa de vida de 19,1 anos, vivendo em média 69,1 anos. Com o declínio da mortalidade neste período, um mesmo indivíduo de 50 anos, em 2017, teria uma expectativa de vida de 30,5 anos, esperando viver em média até 80,5 anos, ou seja, 11,4 anos a mais do que um indivíduo da mesma idade em 1940. Em 1940, de cada mil pessoas que atingiam os 65 anos de idade, 259 atingiriam os 80 anos ou mais. Em 2017, de cada mil idosos com 65 anos, 632 completariam 80 anos. As expectativas de vida ao atingir 80 anos, em 2017, foram de 10,3 e 8,6 anos para mulheres e homens, respectivamente. Em 1940, estes valores eram de 4,5 anos para as mulheres e 4,0 anos para os homens”. O exposto demonstra como uma legislação elaborada em 1940 não consegue acompanhar as demandas sociais atuais, ainda que consideremos uma leitura conforme a Constituição de 1988. Cf.: EM 2017, expectativa de vida era de 76 anos. *Agência de Notícias do IBGE*, Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>. Acesso em jun/2020.

inovar em admitir a regulamentação da eutanásia e do auxílio ao suicídio, mas seu texto merece análise por propor alterações na disciplina em tela nos seguintes termos:

Art. 121. Matar alguém
Pena – prisão, de seis a vinte anos.

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 irmão¹³⁴.

O texto do projeto incorpora expressamente a orientação da Exposição de Motivos do Código Penal vigente, dispondo que a eutanásia consiste em hipótese de homicídio privilegiado. Deixa-se, então, de considerá-la minorante para instituir, propriamente, um novo tipo penal. Conforme a crítica aqui tecida acerca da legislação atual, o projeto em tramitação corrige o equívoco de dar à eutanásia tratamento semelhante ao do homicídio praticado por relevante valor moral. No entanto, para além disso, não há inovação substancial, visto que a eutanásia continua sendo criminalizada.

Na Exposição de Motivos do PLS nº 236/2012, o legislador esclarece sua opção por prever a hipótese expressamente, ao invés de deixá-la como mero exemplo do homicídio “privilegiado”:

O crime da morte piedosa. O atual Código Penal se refere, de maneira cifrada, à eutanásia, ao indicar a redução de pena em um terço, para o homicídio praticado por “relevante valor moral”. Sem reduzir-se à eutanásia (tanto que a locução está mantida na proposta da Comissão, no parágrafo 3º do crime de homicídio), ela consistia numa das figuras mais lembradas do privilégio. É escopo da proposta ora formulada,

134 O inteiro teor do Projeto de Lei do Senado nº 236 (2012) está disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1586469316413&disposition=inline>. Acesso em: jun/2020.

porém, chamar as coisas, tanto quanto possível, pelo nome efetivo. Daí a previsão do crime de eutanásia em artigo próprio, com pena de até quatro anos. Não se discrepou, portanto, da solução encontrada na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais: reconhecer que é crime, mas merecedor de sanção distinta e mais branda do que a reservada ao homicídio. Inovação de maior espectro é permitir o perdão judicial, em face do parentesco e dos laços de afeição entre autor e vítima. Saberá a prudência judicial sindicá-lo quando a pena, nestes casos, a exemplo do que pode ocorrer no homicídio culposo, é mesmo necessária¹³⁵.

Em consonância com o entendimento que vem sendo esposado no presente trabalho, críticas importantes podem ser apontadas ao conceito de eutanásia adotado pelo legislador do projeto.

De fato, é indispensável o estado de sofrimento do paciente, mas entendemos que não há como exigir piedade ou compaixão como móvel do agente, por pura impossibilidade de se provar tais circunstâncias, de índole íntima. Ressalta-se que ainda dedicaremos, neste trabalho, capítulo próprio para elencar quais devem ser, de nossa perspectiva, os requisitos para a prática da eutanásia.

Outra crítica reside no ponto em que a lei estabelece como requisito que o paciente esteja em estado terminal. O desacordo com tal limitação se dá pois consideramos adequada a hipótese de regulamentação da eutanásia para pacientes que, embora não terminais, sejam diagnosticados com doenças graves e incuráveis (inclusive psíquicas e degenerativas), que lhes retira a qualidade de vida, conforme avaliação a ser feita pelo próprio enfermo. Admitimos, também, quando o indivíduo que não está doente considera sua própria condição indigna por alguma razão, o que lhe retira a vontade de viver. Para ilustrar, podem ser citados os casos de paraplegia e tetraplegia, bem como de doenças degenerativas que gerem cada vez mais dependência e limitação. Por fim, temos como igualmente admissível a eutanásia em casos de depressão crônica, grave e incurável, já que tal estado não retira necessariamente a capacidade de discernimento do paciente, mas pode colocá-lo diante de realidade em que, segundo sua avaliação individual, não há mais motivação para viver.

135 A Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 236 (2012) está disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20122706-02.pdf. Aceso em: set/2020.

Para nós, a dignidade humana – enquanto conceito que só pode ser preenchido pelo próprio indivíduo, em um exercício de sopesar e hierarquizar seus valores – é o princípio que deve ser levado em conta para a definição do conceito de eutanásia. O sofrimento psíquico (e não só o físico) pode ser suficiente para ceifar a dignidade do indivíduo e fazer nascer nele a vontade de dar fim à própria vida.

Outro problema diz respeito à exigência de que o agente seja imputável e maior. Há, como se vê, vedação taxativa à eutanásia de menores e de inimputáveis ou semi-imputáveis. Aqui, parecer haver confusão entre a capacidade civil ou imputabilidade penal e a capacidade de discernimento para a decisão de morrer. Abordaremos esta temática com maior profundidade no item dedicado à capacidade para consentir mas, de pronto, podemos adiantar que a capacidade para compreender o significado da morte e discernir sobre o pedido de eutanásia (ou de suicídio assistido) não tem a mesma natureza que a capacidade para ser responsabilizado penalmente (imputabilidade penal) ou que a maioridade civil, que se relaciona à capacidade negocial do indivíduo. A maturidade e o nível de compreensão da realidade necessários a cada uma dessas hipóteses é diferente, de forma que consideramos equivocado exigir que o indivíduo seja penal ou civilmente capaz para que possa solicitar a eutanásia.

O texto do projeto também exige o pedido expresso do paciente, sem admitir a hipótese de consentimento presumido ou mesmo de diretivas antecipadas de vontade, para os casos em que o indivíduo não puder mais exprimir sua vontade. Por fim, como já dito, o projeto exige que o paciente padeça de sofrimento *físico* (excluindo hipóteses de sofrimento psíquico) e que tal sofrimento decorra de doença grave, afastando condições potencialmente limitantes, como a paraplegia, a tetraplegia e doenças degenerativas.

De toda forma, conforme observado, mesmo que preenchidos todos os estritos requisitos legais, o sujeito ativo ainda estaria sujeito a pena privativa de liberdade, embora consideravelmente menor que a do homicídio.

A previsão de perdão judicial contida no §1º ora transcrito parece-nos também problemática. Isto porque, classicamente, a noção de eutanásia é a de conduta praticada por médico (não obstante seja também razoável que seja praticada por

familiares ou pessoas próximas ao paciente, quando orientadas por médico). O dispositivo mencionado prevê que o juiz pode conceder o perdão avaliando, além de outras circunstâncias, “a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima”, excluindo o médico de tal análise, ao menos *a priori*.

Ora, um dos pontos cruciais de uma tentativa de legalização da eutanásia é permitir que ela seja praticada pelo profissional da saúde, exatamente para que ele não tema uma punição por crime de homicídio. Tem-se, neste ponto, o contrassenso de um parente do paciente poder ser agraciado com o perdão judicial, mas a impossibilidade de concessão do mesmo benefício a um médico, quem teria melhores condições de executar o ato garantindo que fosse indolor e, além disso, quem estaria tecnicamente ciente da condição de saúde do paciente.

Ainda que se buscasse estender a figura ao médico pela avaliação – um tanto subjetiva e insegura – da expressão “circunstâncias do caso”, o perdão judicial não se apresenta, de acordo com a redação dada ao dispositivo, como um direito subjetivo do réu, e sim como uma faculdade que pode ou não ser exercida pelo juiz, segundo sua discricionariedade. O dispositivo peca, portanto, por não oferecer segurança jurídica ao indivíduo que venha a praticar a conduta, pois nunca poderá ter certeza que será legalmente perdoado. Neste ponto, consideramos que a opção adequada seria a criação de uma excludente de tipicidade expressa frente ao consentimento válido do paciente e do agir do sujeito ativo ciente desta circunstância.

Por fim, o legislador prevê expressamente, no §2º do art. 122, excludente de ilicitude relativa à ortotanásia¹³⁶. O que poderia constituir um grande avanço legislativo

136 Na Exposição de Motivos do Projeto o legislador reconheceu que “ortotanásia não é eutanásia. Prática médica aceita pelo Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia não implica na prática de atos executórios de matar alguém, mas no reconhecimento de que a morte, a velha senhora, já iniciou curso irrevogável. Convém citar a Resolução 1.805/2006, daquele Conselho: “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”. Refrear artificialmente o falecimento, nestes casos, é retirar da pessoa o direito de escolher o local e o modo como pretende se despedir da vida e dos seus. Não há espaço para o Direito Penal,

representa, em verdade, verdadeiro retrocesso, vez que a ortotanásia é conduta atípica e, conforme já visto, recebe aval inclusive da comunidade cristã. Conforme exposto neste capítulo, o próprio Código de Ética Médica, por condenar a obstinação terapêutica, prescreve a ortotanásia como prática adequada.

Em suma, podemos elencar as críticas traçadas ao projeto: a) o legislador enfrenta o tema da eutanásia, mas mantém sua criminalização; b) ainda que com pena consideravelmente diminuída em relação ao homicídio, a eutanásia exige requisitos muito estritos, como o estado de terminalidade do paciente, sua maioridade e imputabilidade, seu pedido pessoal e o padecimento por sofrimento *físico* advindo de *doença* grave, deixando de lado a realidade de vários pacientes que desejariam ter sua vida abreviada por estarem em real e irreversível sofrimento, embora em circunstâncias não previstas na lei; c) a previsão da possibilidade de perdão judicial apenas para parentes ou pessoas próximas do paciente, e não para o médico, que deveria ser o principal beneficiado; d) ainda que prevista a hipótese de perdão, isso não é feito de forma taxativa, mas sim sob a dependência da análise subjetiva do juiz; e) a previsão da ortotanásia como causa de exclusão da ilicitude quando, já há muitos anos, a prática é considerada atípica em nossa legislação, sendo, inclusive, incentivada pela ética médica para evitar-se a distanásia.

O suicídio assistido, por sua vez, recebeu o seguinte tratamento no projeto:

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 praticado por motivo egoístico.

nesta situação. Impede-o a dignidade da pessoa humana, aqui num sentido despido da vulgarização que se dá a este essencial conceito. Morrer dignamente é uma escolha constitucionalmente válida. A proposta da Comissão é torná-la também legalmente válida”. A Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 236 (2012) está disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20122706-02.pdf. Aceso em: set/2020.

O legislador manteve o entendimento constante na redação original do Código Penal de 1940, no sentido de que a instigação, o induzimento e o auxílio ao suicídio são puníveis nos casos em que da ação resultar, ao menos, lesão grave. Não seria necessário trazê-lo expressamente, conforme dispõe o §1º, uma vez que tal determinação já era dedutível da leitura do preceito secundário do tipo penal.

O dispositivo legal remete expressamente à aplicabilidade, nos casos de auxílio ao suicídio, dos §§1º e 2º do artigo referente à eutanásia. Estes tratam das hipóteses de perdão judicial e da causa de exclusão da ilicitude relativa à ortotanásia. Aplicam-se, pois, as mesmas observações feitas em referência ao crime de eutanásia, especialmente no tocante à não inclusão do médico como beneficiário do perdão judicial.

Com relação às alterações trazidas pelo art. 123 do Projeto, interessa ressaltar que o legislador concedeu tratamento diferente ao auxílio – que constitui um apoio material dado ao paciente que não tem condições, sozinho, de praticar o suicídio – e às hipóteses de incentivo moral à prática do suicídio (instigação ou induzimento). Tudo leva a crer que, sob o ponto de vista do legislador, se o paciente tem condições de praticar suicídio, ele deve fazê-lo por convicção própria, após decisão tomada sem a interferência ou incentivo de terceiros. Daí a não previsão de perdão judicial para as hipóteses de colaboração moral.

De toda forma, defendemos que o ideal seria a total descriminalização da figura, conforme já ocorre em alguns países, uma vez que o suicídio, em si, é atípico. Não nos parece adequado punir uma conduta acessória quando a principal constitui um indiferente penal, especialmente porque não afeta direitos de terceiros e constitui manifestação do direito de autodeterminação do indivíduo.

Por fim, com relação ao crime de constrangimento ilegal, o legislador do projeto manteve, no art. 145, o dispositivo que determina a atipicidade da conduta daquele que emprega coação para impedir o suicídio de outrem.

Constrangimento ilegal

Art. 145. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

[...]

§3º Não se compreendem na disposição deste artigo:

- I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, exceto se, maior de idade e capaz, o paciente puder manifestar sua vontade de não se submeter ao tratamento; ou
- II – a coação exercida para impedir suicídio.

Percebe-se que, no inciso I do §3º, o legislador avança no sentido de prestigiar a autonomia da vontade no caso de intervenções médicas ou cirúrgicas realizadas em pacientes maiores e capazes. Nestas hipóteses, a interpretação do texto legal conduz à conclusão de que, ainda que haja iminente perigo de vida, a recusa ao tratamento deve ser respeitada pelo médico. No entanto, não estende a hipótese a menores, mantendo a confusão entre capacidade civil e penal e capacidade para consentir, já constatada na redação do art. 122.

Não nos parece, pois, que haja sinalização de mudanças substanciais no tratamento penal da eutanásia no Brasil, na contramão do que tem ocorrido em vários outros países¹³⁷. Apesar de todo o avanço das discussões sobre o tema, o legislador manteve sua posição conservadora e não pretende trazer, na prática, qualquer avanço no tratamento da matéria.

4.2 A normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM)

O Conselho Federal de Medicina (CFM) é uma entidade de classe com encargos de fiscalização e normatização da atividade médica no Brasil. No exercício de sua função normativa, o CFM emite Resoluções que visam a disciplinar a atividade médica e suas implicações. Algumas delas versam sobre temas correlatos à eutanásia, como a ortotanásia, os cuidados paliativos e a recusa de tratamento.

A Resolução nº 2217/2018 veicula o Código de Ética Médica, e foi alterada pelas resoluções 2222/2018 e 2226/2019. O dispositivo que mais diretamente aborda o tema

¹³⁷ A título de exemplo, no dia 30/10/2020, após consulta à população, a Nova Zelândia aprovou a regulamentação da eutanásia, que passará a valer já em 2021. Cf.: NOVA Zelândia aprova legalização da eutanásia. *Notícias UOL*, São Paulo, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2020/10/30/nova-zelandia-aprova-legalizacao-da-eutanasia.htm>. Consulta em 30/10/2020. No capítulo 5 deste trabalho apresentaremos, a título ilustrativo, o tratamento legislativo dispensado por alguns países à eutanásia e ao suicídio assistido.

da eutanásia é o art. 41 da Resolução, que dispõe que é vedado ao médico:

Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal¹³⁸.

Percebe-se, pois, a vedação expressa à abreviação da vida, ainda que motivada por pedido do paciente. Por outro lado, condena-se a distanásia, estimulando-se os cuidados paliativos dos doentes incuráveis e terminais.

Cabe destacar, aqui, que a redação do dispositivo revela uma sutileza paternalista, visto que orienta que a vontade do paciente deverá ser “levada em consideração”. Isso dá a entender que, embora relevante, tal vontade não será determinante, mas apenas “considerada” pelo médico na formação de sua decisão que pode, eventualmente, contrariar a do paciente se o profissional de saúde entender que outros valores ou critérios devam se sobrepor.

A propósito, o “risco de morte” é a todo tempo mencionado na Resolução como critério de exceção ao direito do paciente de ver sua vontade respeitada. É o que se depreende da leitura dos seguintes artigos, que vedam ao médico:

Art. 22 - Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 26 - Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 31 - Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

O documento adota, pois, noção limitada da autonomia da vontade do paciente, uma vez que seu direito de determinar o que ocorre com seu próprio corpo não será

138 A Resolução nº 2217 (2018) está disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: jun/2020.

reconhecido quando for possível o resultado morte¹³⁹. A índole paternalista do documento é flagrante, ao ponto de autorizar que o médico não informe o paciente sobre seu próprio estado de saúde quando entender que isso pode provocar dano àquele. É o que se depreende do teor literal do art. 34 da Resolução, que dispõe ser vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”¹⁴⁰.

Seguindo o entendimento majoritário da jurisprudência, que considera a atipicidade da ortotanásia, o referido Conselho regulamentou a prática na Resolução 1805, que entrou em vigor em 28 de novembro de 2006, estimulando a adoção de cuidados paliativos aos doentes sem perspectiva de cura, em razão da limitação do esforço terapêutico. O texto dispõe:

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.

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 hospitalar¹⁴¹.

Aqui, cabe ressaltar a crítica construída por Gisele Mendes de Carvalho no tocante à limitação do texto da Resolução, reservado apenas aos doentes terminais. Argumenta a autora que:

[...] embora nos estados vegetativos crônicos a morte não seja uma realidade próxima, não existe razão para que se trace uma diferença entre estes pacientes e aqueles que padecem enfermidades terminais, pois também nos estados vegetativos se trata de prolongar um tratamento igualmente inútil e agressivo –, e o que é pior, por tempo

139 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 122.

140 Esta figura paternalista é chamada de “privilégio terapêutico” e possui extremo impacto no dever de informar do médico, conforme veremos no Capítulo 9 deste trabalho.

141 O inteiro teor da Resolução 1.805 (2006) está disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: jun/2020.

indeterminado – como ocorre frequentemente nas hipóteses de desconexão de aparelhos de manutenção artificial da vida vegetativa¹⁴².

Em que pese seja questionável a reiterada prática do CFM de estabelecer limites a direitos fundamentais plenamente protegidos pela CR/88, o teor da Resolução 1805 em nada contraria o texto fundamental. Ao contrário: fundamenta-se expressamente no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito de autodeterminação e na vedação constitucional a tratamentos desumanos ou degradantes.

Ainda assim, o Ministério Público Federal no Distrito Federal interpôs ação civil pública¹⁴³ questionando o teor do documento em exame, sob alegação de que não seria de competência do CFM regulamentar sobre o direito à vida. O procurador regional dos Direitos do Cidadão no DF, Wellington Marques de Oliveira, argumentou que, hoje, a ortotanásia e a eutanásia são crimes tipificados na legislação brasileira (homicídio) e que os princípios da autonomia e da autodeterminação encontram limites na natureza indisponível do bem jurídico vida¹⁴⁴.

Atendendo a pedido de liminar constante no bojo da ação, em 23 de outubro de 2007, o juiz federal Luis Luchi Demo, da 14ª Vara da Justiça Federal em Brasília, suspendeu temporariamente os efeitos da Resolução, acatando os argumentos do MPF/DF. A suspensão permaneceu por quase três anos até que, em 1º de dezembro

142 CARVALHO, Gisele Mendes de. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Ponts, 2020, p. 173.

143 O inteiro teor da petição inicial da ação está disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgf/copy_of_pdfs/ACP%20Ortotanasia.pdf/view. Acesso em 22/09/2020.

144 Outros argumentos também foram utilizados para fundamentação da petição inicial da ação, muitos deles baseados na tese da "ladeira escorregadia". "O procurador também chama atenção para o perigo de se vincular a possibilidade da ortotanásia, ou eutanásia passiva, à falta de recursos em saúde. Ele alerta que o caos que vive hoje a rede pública de saúde pode fazer predominar o raciocínio de que vale mais à pena investir os poucos recursos disponíveis em pacientes que têm possibilidade de sobrevivência, em detrimento daqueles em estados terminais. A prática poderia servir como instrumento para uma "eugenia social da população", ou seja, "a ortotanásia levaria a uma tentativa conspiratória de purificação do povo brasileiro daqueles que não podem mais trabalhar ou produzir num mundo capitalista", argumenta o procurador. O inteiro teor da petição inicial da ação está disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-df-propoe-acao-contra-ortotanasia>. Acesso em: set/2020.

de 2010, por ocasião do julgamento do mérito da ação¹⁴⁵, o mesmo juiz julgou improcedente o pedido e considerou válido o teor do documento do CFM¹⁴⁶.

Em 31 de agosto de 2012, entrou em vigor a Resolução 1995, editada com o fim de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade. Saliendo a relevância da autonomia da vontade do paciente na relação com o médico e reconhecendo o risco da distanásia diante da evolução dos recursos tecnológicos, busca-se disciplinar a conduta do médico diante da existência de uma declaração prévia de vontade do paciente. Nos termos do documento, as diretivas antecipadas de vontade são definidas como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”¹⁴⁷.

Sendo assim, determina a Resolução que “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades”, o médico deve considerar suas diretivas antecipadas de vontade – ainda que contra eventual desejo contrário de familiares. Expressa, entretanto, que “o médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica”.

Por fim, mencionando expressamente o art. 146, §3º, inciso I, do Código Penal – que afasta a caracterização de crime de constrangimento ilegal à intervenção médica praticada contra a vontade do paciente em caso de “imminente perigo de vida” –, tem-se a Resolução 2232/2019¹⁴⁸, que regulamenta a conduta médica em caso de recusa terapêutica.

O art. 11 desta Resolução, em frontal afronta à autonomia da vontade do paciente, determina: “em situações de urgência e emergência que caracterizarem

145 O inteiro teor da sentença está disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: set/2020.

146 A decisão foi bastante comemorada pela comunidade médica, como pode ser observado na publicação da notícia no sítio eletrônico do Conselho Federal de Medicina, que está disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3. Acesso em: set/2020.

147 O inteiro teor da Resolução 1995 (2012) está disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: jun/2020.

148 O inteiro teor da Resolução 2232 (2019) está disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: set/2020.

iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica”.

Conforme se vê, embora tente prestigiar a vontade do paciente e sua participação ativa nas decisões terapêuticas, a postura do CFM é eminentemente paternalista, pois nega validade àquelas manifestações em todos os casos em que estiver em jogo a vida do indivíduo.

De nosso ponto de vista, qualquer intervenção médica no corpo de uma pessoa contra sua vontade caracteriza crime de lesão corporal ou constrangimento ilegal, a depender do caso. De acordo com assunto que abordaremos adiante, o mandamento hipocrático impõe não só o dever de benevolência como também o de não maleficência, e é incongruente que a análise do que constitui o “bem” ou o “mal” não caiba ao próprio paciente. Permitir que tal ponderação caiba a terceiro – no caso, ao médico – significa ignorar a autonomia e transformá-la em heteronomia¹⁴⁹.

4.3 Contexto fático da eutanásia e do suicídio assistido

A despeito da vedação legal de sua prática – o que inevitavelmente gera uma subnotificação dos casos – a eutanásia e o auxílio ao suicídio são diuturnamente praticados nos lares e hospitais do país. Os médicos não se sentem confortáveis para falar a respeito, o que refletiu no fato de que as entrevistas que encontramos durante esta pesquisa, em sua maior parte, foram concedidas em caráter anônimo. No entanto, não há razões para duvidar de sua veracidade pois, conforme exposto, os avanços tecnológicos tornaram cada vez mais comuns cenários em que a pessoa está viva biologicamente, mas não mais desfruta de uma qualidade de vida plenamente relacional, como é da essência do ser humano.

A subnotificação dá a impressão confortável (ao menos para os que se opõem à prática) de que a eutanásia não ocorre com a frequência real. A verdade, porém, é que a prática, se não é corriqueira, também não é rara, principalmente em leitos de UTI e em pacientes terminais.

149 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 123.

Reportagem publicada em 2015 pelo Jornal El País narra entrevista com um cirurgião de “grandes e conceituados hospitais” da cidade de São Paulo. O médico relata que o pedido de pacientes pela morte é rotineiro, além de confessar que abreviou a vida da própria avó, que tinha 90 anos e estava muito fraca em virtude de uma pneumonia. A eutanásia de duplo efeito (eutanásia indireta) parece ser a forma eleita com mais frequência entre os médicos:

“Todo mundo já fez isso”, conta ele. “Temos até uma gíria, entre os médicos, quando a gente se refere a essa prática: Liguei o M1 no paciente”, diz. ‘M1’ é uma mistura de medicamentos (daí a letra M) com sedativos muito fortes. Eles são aplicados na veia dos pacientes que já estão em estágio terminal. “Quem toma um M1, nunca mais vai acordar”¹⁵⁰.

Na reportagem, o médico menciona que a distanásia é aconselhada por alguns colegas apenas como forma de enriquecer com os tratamentos caros que são disponibilizados. Em suas palavras:

[...] Muitos médicos prometem a cura de doenças que ele sabe que são incuráveis. E a família, naquele momento de desespero, faz o que você disser para ela fazer: entuba, paga por meses de internação. No final, o cara vai morrer do mesmo jeito, mas com muito mais sofrimento. E o médico vai estar muito mais rico. Não é raro ouvir que ‘enquanto houver dinheiro, há esperança’. É horrível isso, mas é a realidade¹⁵¹.

Paralelamente, em reportagem de 2005 do jornal Folha de São Paulo em que foram entrevistados 16 médicos brasileiros, as motivações de índole financeira e utilitarista também ficaram explícitas. Foi relatado, por exemplo, que a necessidade de liberar leitos de UTI a pacientes com prognóstico mais favorável fazia com que a eutanásia fosse praticada em um paciente terminal. Na reportagem, houve repetida menção à sedação conhecida como “M1”: segundo Marcos de Almeida, patologista e professor de bioética da Unifesp, o procedimento é realizado com frequência. Ele afirma que “é feito de monte. O doente está em fase terminal, não se beneficia mais com a

150 “TODO mundo já praticou eutanásia”: um médico conta como é a prática da eutanásia dentro dos hospitais. *El País*, São Paulo, 13 de maio de 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/07/politica/1431014377_836875.html. Acesso em: set/2019.

151 “TODO mundo já praticou eutanásia”: um médico conta como é a prática da eutanásia dentro dos hospitais. *El País*, São Paulo, 13 de maio de 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/07/politica/1431014377_836875.html. Acesso em: set/2019.

analgesia, o médico vai e aumenta a dose de sedação. Isso tem um efeito tóxico e vai levar o paciente à morte”¹⁵².

Tal realidade, embora à primeira vista possa levar ao desaconselhamento da descriminalização, constitui, em verdade, mais um argumento para que a prática seja regulamentada e posta às claras. A clandestinidade do procedimento faz com que não haja qualquer tipo de fiscalização dos requisitos e que, muito provavelmente, verdadeiros homicídios sejam praticados sem qualquer tipo de responsabilização.

A subnotificação dos casos também induz ao equívoco de pensar que a regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido levaria necessariamente a uma prática desenfreada e banalizada dessas condutas. Citando Leo Pessini¹⁵³, Igor Mascarenhas aponta que, em 2005, logo após a aprovação da lei que regulamentou a eutanásia e o suicídio assistido na Holanda, o número de mortes decorrentes da prática representou 1,8% do total de mortes no país, enquanto que em 2001 – ou seja, antes da legislação permissiva – o número de mortes por eutanásia e suicídio assistido atingia 2,8% do total¹⁵⁴. O autor realiza paralelo com a questão das drogas, constatando:

De forma análoga, países que regulamentaram o uso de drogas ou as práticas abortivas não experimentaram um *boom* em seus números, de sorte que, ao menos na experiência estrangeira, a regulação não se confundiu com a banalização e proliferação das práticas¹⁵⁵.

De fato, legalizar ou regulamentar determinada conduta não conduz necessariamente ao aumento de sua demanda. Muitas vezes, dá-se uma diminuição dos casos, pois a regulamentação possibilita maior discussão pública do assunto e o

152 COLUCCI, Cláudia; LEITE, Fabiane. Médicos revelam que eutanásia é prática habitual em UTIs no país. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u105876.shtml>. Acesso em: out/2019.

153 PESSINI, Léo. Lidando com pedidos de eutanásia: a inserção do filtro paliativo. *Revista Bioética*, Brasília, v. 18, n. 3, 2010, p. 551. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/584/590. Acesso em: out/2019.

154 MASCARENHAS, Igor de Lucena. A prática da eutanásia às margens da legislação: a lei condena e os jurados promovem a loteria jurídica. *Revista Civilística*, [s.l.], n. 2, 2019, p. 11. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2019/09/Mascarenhas-civilistica.com-a.8.n.2.2019-2.pdf>. Acesso em: out/2019.

155 MASCARENHAS, Igor de Lucena. A prática da eutanásia às margens da legislação: a lei condena e os jurados promovem a loteria jurídica. *Revista Civilística*, [s.l.], n. 2, 2019, p. 11. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2019/09/Mascarenhas-civilistica.com-a.8.n.2.2019-2.pdf>. Acesso em: out/2019.

cumprimento de mais etapas como requisitos para a permissão da prática no caso concreto, o que aumenta as chances de dissuasão do indivíduo. Há ainda que se considerar, nas comparações numéricas, que há subnotificação no período pré-regulamentação da eutanásia/suicídio assistido, pois, dada a criminalização, sua prática ocorre de forma clandestina ou camuflada por outras condutas lícitas. Nesse sentido:

[...] a falta de uma legislação flexível para admitir a prática da eutanásia resulta na adoção de medidas extremas e sem nenhum grau de segurança, com o único objetivo de satisfazer um desejo da vítima-paciente e dignificar a sua morte.[...] A falta de legislação regulamentadora não inibe a prática, uma vez que, motivados pela empatia, misericórdia e dignidade daquele que sofre, diversos atos de eutanásia são praticados sob o manto de “morte natural”, isolados nos hospitais e com a anuência e participação da família/paciente¹⁵⁶.

Em razão deste cenário, não há jurisprudência robusta sobre situações em que o sujeito ativo é denunciado por homicídio privilegiado e levado a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Merece menção, no entanto, caso ocorrido em 22 de outubro de 2011, na cidade de Rio Claro, interior do estado de São Paulo¹⁵⁷. A casa humilde, na periferia da cidade, onde morava o ajudante geral Geraldo Rodrigues de Oliveira, foi invadida por indivíduo que anunciou um assalto e levou consigo oitocentos reais que pertenciam à vítima. Antes de deixar o local, o autor efetuou dois disparos contra Geraldo, atingindo-o no ombro e no pescoço e causando o óbito da vítima.

Tudo indicava se tratar de mais um caso de latrocínio, a não ser por dois detalhes que chamaram a atenção da polícia: o fato da vítima residir em uma casa muito humilde, onde, ao menos em tese, não haveria bens valiosos a serem subtraídos; e a tetraplegia de Geraldo, que impossibilitaria qualquer reação contra o assalto. A hipótese de que o autor tivesse efetuado os disparos para matar a vítima com o intuito

156 MASCARENHAS, Igor de Lucena. A prática da eutanásia às margens da legislação: a lei condena e os jurados promovem a loteria jurídica. *Revista Civilística*, [s.l.], n. 2, 2019, p. 2. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2019/09/Mascarenhas-civilistica.com-a.8.n.2.2019-2.pdf>. Acesso em: out/2019.

157 Dados do caso obtidos em MASCARENHAS, Igor de Lucena. A prática da eutanásia às margens da legislação: a lei condena e os jurados promovem a loteria jurídica. *Revista Civilística*, [s.l.], n. 2, 2019, p. 2-4 Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2019/09/Mascarenhas-civilistica.com-a.8.n.2.2019-2.pdf>. Acesso em: out/2019.

de não ser reconhecido também não se justificava: o sobrinho da vítima, à época com 15 anos de idade, foi testemunha do crime e declarou que o autor estava encapuzado. Diante dessas inconsistências, a polícia pressionou o sobrinho até ele confessar que o suposto latrocínio era apenas uma encenação; o que de fato ocorreu foi um homicídio por piedade.

A real motivação daquele crime decorreu de acidente automobilístico ocorrido em 22/03/2009, em razão do qual Geraldo ficou tetraplégico, ou seja, sem o movimento das pernas e dos braços. O acidente aconteceu no momento em que Geraldo disputava um “racha” com seu irmão, Roberto Rodrigues de Oliveira. Em decorrência do acidente, Geraldo passou dois meses na UTI e nunca mais conseguiu realizar nenhum movimento do pescoço para baixo. A partir daí, segundo a prova testemunhal, o homem teria passado a se interessar por qualquer material referente à eutanásia, tendo, inclusive, assistido aos filmes “Menina de Ouro” e “Mar Adentro”¹⁵⁸. Além disso, passou a exigir que Roberto o matasse, pois considerava-o responsável pelo acidente.

Os motivos para o pedido da vítima eram inúmeros, de acordo com familiares, pois ele não aceitava a condição de tetraplégico e de contínua dependência de terceiros, atrelado ao fato dos graves problemas físicos e dores decorrentes do uso de sonda. Um dos irmãos ainda apontava a vergonha que a vítima tinha de ter que usar fraldas e por se sentir um vegetal¹⁵⁹.

Após pedidos reiterados, Roberto adquiriu um revólver calibre .38 das mãos de um caminhoneiro e, em acordo com Geraldo e o sobrinho, sabendo que a eutanásia é criminalizada no Brasil, encenou o latrocínio para camuflar a prática. Roberto foi preso três dias após o crime, mas respondeu ao processo por homicídio doloso em liberdade. Em 27/10/2015, foi absolvido pelo Tribunal do Júri. Os quatro primeiros votos abertos determinavam a absolvição do réu por acolhimento da tese de coação moral

158 MASCARENHAS, Igor de Lucena. A prática da eutanásia às margens da legislação: a lei condena e os jurados promovem a loteria jurídica. *Revista Civilística*, [s.l.], n. 2, 2019, p. 3. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2019/09/Mascarenhas-civilistica.com-a.8.n.2.2019-2.pdf>. Acesso em: out/2019.

159 MASCARENHAS, Igor de Lucena. A prática da eutanásia às margens da legislação: a lei condena e os jurados promovem a loteria jurídica. *Revista Civilística*, [s.l.], n. 2, 2019, p. 4. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2019/09/Mascarenhas-civilistica.com-a.8.n.2.2019-2.pdf>. Acesso em: out/2019.

irresistível¹⁶⁰. Os demais votos não foram lidos, pois não seriam suficientes para alterar o veredito. O Ministério Público de São Paulo não recorreu da decisão. Foram, portanto, quatro anos desde a data do crime e o trânsito em julgado da sentença que absolveu o réu. Mas o resultado poderia facilmente ter sido diferente.

Diante da legislação atual, o sujeito ativo sempre está sempre sob o risco de ser denunciado e condenado por homicídio, até mesmo qualificado, pois esbarra na subjetividade dos jurados diante do estigma e do tabu que hoje existem sobre a prática da eutanásia. Em outras palavras, no sistema vigente, em uma sociedade que conta com mais de duzentos e dez milhões de habitantes¹⁶¹, cabe a sete pessoas definirem o que é um “motivo de relevante valor social”. Ainda assim, o agente será condenado – embora com o benefício da minorante.

A regulamentação da prática, em contrapartida, traria luz à análise dos requisitos, que seria realizada anteriormente à conduta, em sede administrativa, contando com equipes multidisciplinares que agiriam em conjunto com o paciente e seus familiares.

160 Embora a absolvição do réu seja congruente com o posicionamento que aqui defendemos, a justificativa da tese de coação moral mostra-se totalmente inadequada do ponto de vista dogmático. A coação moral exclui a culpabilidade do agente quando irresistível, ou seja, quando for impossível ao indivíduo deixar de agir conforme o mando do coator, por temer o mal prometido a si próprio ou a terceiro. No caso em questão, ainda que houvesse coação, dificilmente poderíamos conceber a hipótese da irresistibilidade, em razão da própria condição física da vítima. Em outras palavras, que mal Geraldo poderia prometer a Roberto, que fosse tão grave e imediato a ponto de Roberto não ter outra escolha que não fosse matar o irmão?

161 IBGE divulga as estimativas da população dos municípios para 2019. *Agência de Notícias do IBGE*, Brasília, 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25278-ibge-divulga-as-estimativas-da-populacao-dos-municipios-para-2019>. Acesso em: out/2019.

5 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Em maior ou menor grau, ao menos no Ocidente, vários países têm enfrentado discussões acerca do direito à eutanásia e ao suicídio assistido. Conforme ressaltado neste trabalho, o avanço tecnológico nas áreas da medicina e da farmacêutica fez com que esta temática ganhasse corpo; afinal, são cada vez mais palpáveis os casos em que o indivíduo tem seu desejo de morrer confrontado com a legislação e com o posicionamento dos tribunais. Alguns eventos, inclusive, tornaram-se paradigmáticos e trouxeram consigo o aumento do debate junto à sociedade como um todo, em especial nas comunidades médica e jurídica.

Algumas nações avançaram a ponto de regulamentar a eutanásia e o suicídio assistido, e já contam, inclusive, com estabelecimentos próprios a tais práticas¹⁶². Outras, como o Brasil, ainda enfrentam a resistência do legislador, embora o debate social seja presente.

Sem a intenção de esgotar a experiência de cada país, por não se tratar aqui de um trabalho de direito comparado, neste capítulo abordaremos de forma ilustrativa o tratamento dispensado ao tema por alguns deles, em cotejo com casos reais que contribuíram para o fomento da discussão naqueles ordenamentos.

5.1 A Espanha e o caso Ramón Sampetro

Um dos casos de maior repercussão no tocante ao suicídio assistido – mencionado no Capítulo 3 deste trabalho – foi o do espanhol Ramón Sampetro.

162 O art. 115 do Código Penal Suíço de 1937 dispõe que: “Quem, movido por um motivo egoísta, incitar uma pessoa ao suicídio, ou lhe prestar assistência com vistas ao suicídio, será, se o suicídio foi consumado ou tentado, punido com pena privativa de liberdade de cinco anos no máximo, ou multa”. Texto no idioma original: “Celui qui, poussé par un mobile égoïste, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni d’une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d’une peine pécuniaire”. O Código Penal Suíço (1937) está disponível em: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html>. Acesso em: set/2020. Observa-se, portanto, que, uma vez ausente a motivação egoística do agente, o auxílio ao suicídio é conduta atípica naquele país. Em razão desta legislação, a Suíça tornou-se referência na prestação do auxílio ao suicídio, atraindo pacientes de outros países com tal fim. Neste contexto, a Dignitas (<http://www.dignitas.ch/>) é uma associação sem fins lucrativos que promove, dentre outros serviços, a assistência ao suicídio, e luta para que a prática seja legalizada em outros países.

Ramón tinha 25 anos de idade quando, em razão de um mergulho imprudente em águas rasas, ficou tetraplégico, perdendo os movimentos do pescoço para baixo.

O acidente ocorreu no ano de 1968. Em 1993 Ramón, pleiteou judicialmente o direito de ser eutanasiado. Para tanto, contactou a organização não governamental espanhola *Asociación Federal Derecho a Morir Dignamente*, ajuizando em Barcelona a primeira ação no país cujo pleito era a eutanásia ativa. Na primeira instância, o pedido não foi apreciado: entendeu-se pela incompetência territorial do juízo, motivo pelo qual a apelação também foi negada. Na sequência, o Tribunal Constitucional decidiu que o juízo competente era o da cidade de A Coruña, onde Ramón residia. Por esta razão, foi ajuizada nova ação perante Juizado de Primeira Instância daquela cidade, que “pronunciou-se no sentido de que, não obstante a privação da própria vida com a aceitação da própria morte seja um ato que a lei não proíbe, tampouco existe um direito subjetivo público à morte”¹⁶³.

Concluiu, nesta esteira, o Tribunal que o direito à vida, constitucionalmente tutelado, possui um conteúdo de proteção positiva que impede a sua compreensão como um direito de liberdade que inclua a própria morte. Desse modo, estabeleceu a inexistência de um “direito à morte”, no sentido de um direito subjetivo público que obrigue o Poder Público a uma prestação – ainda que a privação da própria vida, com o consentimento de suicídio, não seja um ato penalizado pela lei (o sendo o auxílio ao suicídio)¹⁶⁴.

Em razão das sucessivas derrotas judiciais, em 1998, 29 anos após o acidente, Ramón praticou suicídio assistido com a ajuda de onze amigos. Orientados por Ramón,

163 MÖLLER, Letícia Ludwig. Discussões sobre direito de morrer no Direito Comparado – Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampedro. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 220. A sentença de A Coruña usou como precedente os argumentos trazidos na sentença 120/1990 do Tribunal Constitucional, relativa à greve de fome promovida por presos pertencentes ao grupo terrorista GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre). Naquela decisão, a Corte entendeu pela obrigatoriedade do fornecimento de assistência médica, ainda que contra a vontade dos presos, inclusive no tocante à alimentação forçada. Entendeu-se, ali, que, como os presos estavam sob os cuidados da Administração Penitenciária, o Estado seria responsável pela manutenção da saúde e da vida dos mesmos. O inteiro teor da sentença está disponível em: www.tribunalconstitucional.es.

164 MÖLLER, Letícia Ludwig. Discussões sobre direito de morrer no Direito Comparado – Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampedro. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 220.

cada um deles ficou encarregado de uma etapa do processo, incluindo a compra do cianureto, a análise da dosagem fatal, o envio e o recebimento à residência e o preparo da mistura. Esta foi colocada em um copo ao lado da cama de Sampedro, com um canudo que possibilitou que ele ingerisse o líquido sem ser auxiliado neste último ato. Embora tenha dependido da ajuda dos amigos em razão de sua privação de movimentos, da forma como a ação (ou cadeia de ações) foi executada, restou inequívoca a manifestação da vontade de Ramón no sentido de se matar. Ele tomou o cuidado de registrar o derradeiro momento em vídeo, buscando afastar eventuais dúvidas sobre a legitimidade de seu consentimento e, assim, isentar os amigos da responsabilidade criminal.

A despeito disso, sua amiga mais próxima, Ramona Maneiro, foi presa dias depois e acusada pelo crime de auxílio ao suicídio. A ação foi arquivada por insuficiência de provas. Sete anos após a morte de Ramón, com o crime já prescrito, Ramona confessou em rede de televisão ter auxiliado o amigo a praticar suicídio, sendo ela a responsável pela filmagem.

O caso teve repercussão internacional, não só pelo desfecho, mas pela longa e infrutífera batalha judicial de Ramón no sentido de ter reconhecido seu direito de ser auxiliado a pôr fim à própria vida. De fato, durante os longos anos em que esteve privado dos movimentos, Ramón manifestou inúmeras vezes, de forma consciente, o desejo de morrer. Não se tratava, pois, de um rompante desesperado. Embora deprimido por seu estado de radical limitação de liberdade, não se pode afirmar que Sampedro estivesse privado de discernimento quando escreveu suas Cartas¹⁶⁵, nem no momento em que articulou e pôs em prática o plano para ser morto.

Como visto, tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido são puníveis na Espanha. Não obstante, o debate sobre estes temas no país vem de longa data: na década de 1920, Jimenez de Asúa já propunha o tratamento da eutanásia como homicídio piedoso, inclusive com a não imposição de pena ao agente quando o ato

165 Ao longo dos anos de sua tetraplegia, Ramón escreveu o livro Cartas do Inferno, no qual, em meio a textos variados, registrou seu desejo livre e consciente de ser morto. Os trechos citados estão disponíveis em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17657/material/CARTAS%20DO%20INFERNO,%20Ram%C3%B3n%20Sampedro.pdf>. Acesso em: out/2019.

fosse praticado após reiteradas súplicas do enfermo e fossem constatados móvel piedoso e bons antecedentes do sujeito ativo¹⁶⁶.

O modelo proposto nunca foi implementado na Espanha, embora tenha servido de inspiração às legislações do Uruguai e da Holanda¹⁶⁷. Apesar da recente reforma do Código Penal de 1995 pela Lei Orgânica 1/2015, a eutanásia e o suicídio assistido continuam sendo crimes no país. A propósito, o artigo 143 do Código Penal Espanhol, contido no Título I (“Do homicídio e suas formas”) do Livro II (“Delitos e suas penas”) dispõe:

Artigo 143

1. Aquele que induzir alguém ao suicídio será punido com pena de prisão de 4 a 8 anos.
2. Impor-se-á pena de prisão de 2 a 5 anos àquele que cooperar com atos necessários ao suicídio de uma pessoa.
3. Será punido com pena de prisão de 6 a 10 anos se a cooperação tiver chegado ao ponto de executar a morte.
4. Aquele que causar ou cooperar ativamente com atos necessários e diretos à morte de alguém, mediante pedido expresso, sério e inequívoco deste, no caso de a vítima sofrer de enfermidade grave que conduziria necessariamente à sua morte, ou que produziria graves sofrimentos permanentes e difíceis de suportar, será punido com pena inferior em um ou dois graus às assinaladas nos números 2 e 3 deste artigo¹⁶⁸ [tradução nossa].

166 Para o jurista espanhol, a eutanásia praticada por médico “carece de substância polêmica”, porque o objetivo ali não seria matar, mas aliviar a dor. Por outro lado, a eutanásia praticada por parentes ou pessoas próximas com o fim único de livrar o doente do sofrimento deveria ensejar a hipótese de um perdão judicial (muito mais amplo que um perdão legal) como forma de evitar a punição pela eutanásia. Cf.: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Liberdade de amar e direito a morrer: eutanásia e endocrinologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 74-75.

167 GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia – Espanha*. Porto Alegre, 1997. Disponível em: www.ufrgs.br/bioetica/eutanesp.htm. Acesso em: jul/2019.

168 Texto no idioma original: “Artículo 143

1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.
2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.
3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.
4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

Disponível em https://oig.cepal.org/sites/default/files/2003_esp_codpenal-actualizado_2011.pdf. Acesso em: jun/2019

Com relação à eutanásia, depreende-se da leitura do item 4 a exigência de uma conduta ativa por parte daquele que “causa ou coopera com a morte de outrem”, de forma que se presumem atípicas a eutanásia passiva e a ortotanásia. Outro ponto importante é que não se requer a terminalidade para a imposição de punição mais branda, admitindo-se, também, quadros de grave padecimento. Esta, a propósito, seria a hipótese de punição dos amigos de Ramón Sampetro.

[...] o dispositivo acrescenta a possibilidade de enquadramento na hipótese 4 do artigo 143 também os casos em que se verificam “sofrimentos permanentes e difíceis de suportar”, abrindo espaço para a subjetividade na determinação do quadro, uma vez que, quando se trata de sofrimento (de dimensão essencialmente psíquica e espiritual, indo além da dor física), é o próprio enfermo o sujeito habilitado para determinar se e em que medida o sofrimento de que padece é tolerável¹⁶⁹.

Assim como o Brasil, a Espanha também prevê a dignidade da pessoa como “fundamento da ordem política e da paz social”, além de consagrar os direitos à vida e à liberdade (inclusive ideológica e religiosa). Talvez por isso a eutanásia de duplo efeito não seja punível na legislação espanhola, havendo dois fundamentos para tanto: a ausência de dolo e o dever objetivo de cuidado pelo médico, manifestado, *in casu*, na analgesia adequada, solicitada pelo paciente, ainda que venha a encurtar a perspectiva vital não intencionalmente¹⁷⁰.

É certo que não há interpretação uníssona nos tribunais espanhóis, bastante influenciados pelos dogmas católicos. De toda forma, o debate atual no país (assim como em toda a Europa) tem sido fomentado por outros casos de repercussão midiática recente e que revelam tendência interpretativa no sentido de considerar o princípio da dignidade humana a chave para a compreensão dos direitos fundamentais¹⁷¹.

169 MÖLLER, Leticia Ludwig. Discussões sobre direito de morrer no Direito Comparado – Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampetro. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 224-225.

170 VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 160. Em outro ponto deste trabalho já nos posicionamos em defender que, dogmaticamente, a eutanásia de duplo efeito é conduta praticada com dolo direto de segundo grau ou, ao menos, com dolo eventual. Discordamos, pois, do entendimento de que na eutanásia indireta a morte não seria provocada intencionalmente ou, no mínimo, com assunção do risco.

A luta de Ramón, junto a outros casos posteriores de grande repercussão, [...] conduziram ao fortalecimento de uma tese interpretativa dos dispositivos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, no sentido de que o direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade estão em profunda conexão com o princípio da dignidade da pessoa, resultando na impossibilidade de impor-se um único entendimento sobre o que seja morte digna. Na mesma esteira, entendeu-se que não existe um *dever à vida*, e sim um direito à vida – não sendo possível pretender-se impor à pessoa uma obrigação de viver¹⁷².

Alguns avanços importantes podem ser observados na chamada *Lei Básica Reguladora da Autonomia do Paciente e Direitos e Obrigações em Matéria de Informação e Documentação Clínica*, de 2002¹⁷³. Em seu artigo 2, que aborda os princípios básicos de atuação médica, a lei deixa expresso o respeito à dignidade da pessoa humana, à autonomia da vontade e à intimidade do paciente. Garante, ainda,

171 Mais recentemente, outros dois casos chamaram a atenção dos médicos e da mídia, e reacenderam a discussão na sociedade espanhola. Andrea Lago, portadora de uma doença degenerativa diagnosticada aos 8 meses de idade, era mantida viva com suportes vitais, apresentando progressiva piora do quadro de saúde, a ponto de não suportar sequer a alimentação artificial. Quando já contava 12 anos de idade, houve uma batalha entre o Comitê de Bioética e a equipe pediátrica do hospital, situado na cidade de Santiago de Compostela. Os pediatras não concordavam com o pedido dos pais de retirar o suporte vital de Andrea, bem como o de administrar sedação paliativa e hidratação mínima. Ao fim, em 2015, os pediatras cederam e Andrea faleceu. Um pouco antes, em 2007, Inmaculada Echevarría, de 51 anos, portadora de distrofia muscular progressiva diagnosticada aos 11 anos de idade, reivindicou o desligamento do aparelho de ventilação mecânica que a mantinha viva artificialmente. Inmaculada estava ligada ao aparelho há dez anos, e internada em um hospital ligado à Igreja Católica, o que também dificultou que seu pleito fosse atendido. No entanto, o governo da Andaluzia considerou o caso como eutanásia passiva indireta, e os médicos que a praticaram não foram punidos. Boa parte da mídia espanhola se posiciona com empatia no tocante à eutanásia. Cotejando os casos de Sampedro e Inmaculada, a reportagem do jornal *El País*, publicada em 8 de maio de 2018, questiona a artificialidade da diferença de tratamento nos casos. Sampedro ainda dispunha de algum movimento para que cometesse o suicídio assistido, mas, de acordo com a lei espanhola, restaria a punição a seus amigos. Inmaculada, por sua vez, não possuía qualquer condição de desligar sozinha o aparelho que a mantinha viva. Os médicos o fizeram e não foram punidos. O trecho final da reportagem ressalta: “Isso é o certo: discutir e estabelecer um marco legal que acabe com a diferença que faz com que alguns pacientes possam receber ajuda para morrer e outros não, em função de se estão ou não conectados a uma máquina”. OLIVA, Milagros Pérez. La paradoja de la máquina y el derecho a morir. *El País*, Madrid, 08 de maio de 2018. Disponível em: https://elpais.com/elpais/2018/05/08/opinion/1525792931_326296.html. Acesso em: jun/2019.

172 MÖLLER, Letícia Ludwig. Discussões sobre direito de morrer no Direito Comparado – Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampedro. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017 p. 226.

173 O inteiro teor da Lei 41 (2002) da Bolívia está disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>. Acesso em: out/2019.

no item 4, que “todo paciente ou usuário tem direito a negar-se ao tratamento, exceto nos casos determinados em lei” [tradução nossa]¹⁷⁴.

Por outro lado, o Código de Deontologia Médica de 2011¹⁷⁵, que substituiu o de 1999, manteve o dever do profissional de ministrar cuidados paliativos ao paciente terminal e de respeitar sua vontade, inclusive no tocante às declarações antecipadas de vontade. Embora condene expressamente a eutanásia, rechaça também a obstinação terapêutica (distanásia).

A hipótese de eutanásia de duplo efeito, ou eutanásia indireta, é expressamente contemplada no art. 36.1, que dispõe:

O médico tem o dever de buscar a cura ou a melhoria do paciente sempre que seja possível. Quando não o seja, permanece sua obrigação de aplicar as medidas adequadas para conseguir o bem-estar do enfermo, ainda quando disto possa derivar, apesar de seu correto uso, uma abreviação da vida¹⁷⁶ [tradução nossa].

Como se vê, apesar dos avanços registrados após o episódio Ramón Sampedro, especialmente no relevo atribuído à manifestação da vontade do paciente, a legislação espanhola não evoluiu a ponto de, se a morte de Sampedro ocorresse hoje, absolver os amigos que contribuíram para ela.

5.2 A Itália e o caso Eluana Englaro

A legislação italiana é uma das mais rigorosas da Europa no que se refere à proibição da eutanásia. O artigo 575 do Código Penal italiano¹⁷⁷ pune o homicídio, dispondo que “quem causar a morte de um homem será punido com prisão não inferior

174 Texto no idioma original: “Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley”.

175 O Código de Deontologia Médica (2011) está disponível em: https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf. Acesso em: out/2019.

176 Texto no idioma original: “El médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible. Cuando ya no lo sea, permanece la obligación de aplicar las medidas adecuadas para conseguir su bienestar, aún cuando de ello pudiera derivarse un acortamiento de la vida”.

177 O Código Penal italiano (1930) está disponível em: <http://www.procuragenerale.trento.it/attachments/article/31/cp.pdf>. Acesso em: out/2019.

a vinte e um anos”¹⁷⁸. Mais adiante, o artigo 579 traz disposição expressa no tocante ao homicídio praticado com o consentimento da vítima:

579. Assassinato do consenciente.

Quem causa a morte de um homem, com o seu consentimento, é punido com pena de prisão de seis a quinze anos. As circunstâncias agravantes indicadas no artigo 61 não se aplicam.

As disposições relativas ao homicídio são aplicáveis se o fato for cometido:

1. contra uma pessoa menor de dezoito anos;
2. contra uma pessoa mentalmente doente, ou que esteja em condição de deficiência psíquica, devido a outra enfermidade ou ao abuso de substâncias alcoólicas ou narcóticas;
3. contra uma pessoa cujo consentimento obtido por violência, ameaça ou sugestão, ou erro¹⁷⁹ [tradução nossa].

Embora afaste a incidência de agravantes previstas para o crime de homicídio, a lei italiana prevê punição bastante severa para o homicídio a pedido (06 a 15 anos), sem tecer qualquer consideração acerca da motivação do sujeito ativo ou das condições de saúde do paciente.

O auxílio ao suicídio também é previsto como crime no art. 580 do mencionado Código:

580. Instigação ou ajuda ao suicídio.

Qualquer um que determine que outros cometam suicídio ou reforce o propósito suicida de outrem, ou o facilite de qualquer modo a execução, é punido, se o suicídio acontecer, com o encarceramento de cinco a doze anos. Se o suicídio não ocorre, é punido com prisão de um a cinco anos, desde que da tentativa de suicídio resultem ferimentos graves ou muito graves.

As penalidades são aumentadas se a pessoa instigada, induzida ou ajudada estiver em uma das condições indicadas nos números 1 e 2 do artigo anterior. No entanto, se a pessoa acima mencionada tiver menos de quatorze anos ou, em qualquer caso, incapaz de entender ou

178 Texto no idioma original: “Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno”.

179 Texto no idioma original:

“579. Omicidio del consenziente.

Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.

Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:

1. contro una persona minore degli anni diciotto;
2. contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;
3. contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno”.

desejar, aplicam-se as disposições relativas ao homicídio¹⁸⁰ [tradução nossa].

Autores apontam a fortíssima influência da Igreja Católica como um dos fatores responsáveis pela não abertura da legislação italiana a um regramento mais parcimonioso da eutanásia. Não obstante, os tribunais são chamados a se manifestarem sobre pedidos de eutanásia e suicídio assistido, como ocorreu no famoso caso de Eluana Englaro.

Em razão de um acidente automobilístico ocorrido quando voltava de uma festa em 1992, Eluana ficou em estado vegetativo persistente, sem capacidade de expressar qualquer contato – cognitivo ou emotivo – com o mundo exterior. Durante algum tempo, ela foi alimentada e hidratada artificialmente, sendo esta a única forma de manter seu vivo seu corpo. Tal cenário persistiu até que seu pai, que já havia sido nomeado tutor em razão da interdição por incapacidade absoluta da paciente, solicitou a remoção do tubo que realizava a nutrição da filha. A argumentação do pai foi baseada em um suposto consentimento presumido de Eluana: segundo ele, por ocasião de um acidente que vitimara um amigo da família deixando-o em estado vegetativo, Eluana teria dito que preferiria morrer se estivesse em situação semelhante.

Seguiram-se, então, várias decisões judiciais desfavoráveis ao pleito de Beppino Englaro. Os juízes entenderam que a questão em debate envolvia direitos personalíssimos e, por isso, tutor ou curador não possuíam legitimidade ativa. Além de rejeitar a representação na hipótese em tela, o Tribunal de Lecco ponderou que, ainda que o pedido fosse recebido, deveria ser indeferido porque a alimentação artificial da paciente, embora invasiva, representava o cumprimento de um *dever de solidariedade*¹⁸¹.

180 Texto no idioma original:

“580. Istigazione o aiuto al suicidio.

Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima.

Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio”.

181 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte:

Após muita delonga jurídica, a *Corte Suprema di Cassazione* reconheceu aplicabilidade do art. 32 da Constituição da República Italiana¹⁸² ao caso, que dispõe que “ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”¹⁸³.

De acordo com o Tribunal, o tratamento médico-sanitário deve se fundamentar no *consentimento informado* do paciente. Dessa forma, é lícito que este recuse o tratamento, ainda que o mesmo seja empregado em seu benefício. Segundo a sentença proferida em 16 de outubro de 2007,

O consentimento informado é correlato à faculdade não apenas de escolher entre as diversas possibilidades de tratamento médico, mas também de eventualmente refutar a terapia e de decidir conscientemente interrompê-la, em todas as fases da vida, ainda que terminal¹⁸⁴ [tradução nossa].

Portanto, manter Eluana viva sem que ela tivesse consentido para ser artificialmente alimentada seria ilícito porque “os tratamentos sanitários são obrigatórios

Del Rey, 2015, p. 168-169. Já tivemos oportunidade de mencionar a polêmica que gira em torno da suspensão da nutrição e hidratação artificiais dos pacientes em estado vegetativo persistente. O grande problema reside no caráter simbólico que a comida e a água possuem em nossa cultura, de forma que a suspensão parece ser medida cruel e desumana. No entanto, “[...] de acordo com a experiência de profissionais da saúde que acompanham pacientes terminais, aqueles que se encontram desidratados experimentam melhorias nos sintomas, como alívio das sensações de engasgamento e afogamento, com menor tosse e congestão à medida que ocorre a diminuição das secreções pulmonares; diminuição da produção de urina com menor necessidade de cateterismo e menos episódios de enurese; diminuição do líquido gastrointestinal com menor número de vômitos, menor inchaço e diarreia; diminuição do edema periférico e conseqüentemente uma morte mais confortável. A maioria desses pacientes não tem fome ou sede”. BOTTONI, Adriana; ZAHER-RUTHERFORD, Vera Lúcia. Reflexão Bioética sobre o uso de nutrição e hidratação artificial em pacientes terminais. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 15, n. 9, 2019, p. 15.

182 A Constituição da República Italiana (1947) está disponível em:

https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: out/2019.

183 Texto no idioma original: “Nessuno puo essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non puo` in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

184 Texto no idioma original: “Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi dela vita, anche in quella terminale”. ITALIA. Suprema Corte di Cassazione – Sezione I Civile. *Processi Eluana Englaro* (n° 21748). Sentenza: 16 ottobre, 2017. Disponível em: https://www.aduc.it/generale/files/allegati/cassazione_englaro.pdf. Acesso em: out/2019.

apenas nos casos expressamente previstos em lei, ou seja, sempre que o procedimento imposto ao indivíduo, independente de sua vontade, vise impedir a ocorrência de danos à saúde dos outros”¹⁸⁵. Seguindo essa lógica, a Corte admitiu que o pai de Eluana poderia decidir por ela, “[...] investindo o tutor da legítima posição de sujeito interlocutor do médico no ato de decidir o tratamento sanitário a ser dispensado em favor do incapaz”¹⁸⁶ [tradução nossa].

Cabe ressaltar, no entanto, que o próprio Tribunal deixou expresso na sentença que a decisão não significava permitir a eutanásia, mas sim deixar que a doença seguisse seu curso natural, ainda que levasse à morte:

A recusa da terapia médico-cirúrgica, ainda quando conduza à morte, não pode ser considerada uma hipótese de eutanásia, que é um comportamento que pretende abreviar a vida, causando positivamente a morte, significando, antes, sua recusa por parte do paciente, que escolhe que a doença siga seu curso natural¹⁸⁷ [tradução nossa].

Acatou-se a tese do consentimento presumido, entendendo o Tribunal que a manifestação do tutor correspondia à vontade de Eluana (e não à dele próprio). Baseou-se, para tal, em declarações anteriores da paciente, no estilo de vida que manifestava antes do acidente e em sua concepção de dignidade. Assim sendo,

além de provar que aquela seria a vontade expressada por Eluana se tivesse condições de se comunicar, deveria ser descartada por completo a possibilidade de retorno da paciente à consciência e à vida relacional, de acordo com os recursos médicos existentes e reconhecidos internacionalmente.

185 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 171.

186 Texto no idioma original: “Investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell’incapace”. ITALIA. Suprema Corte di Cassazione – Sezione I Civile. *Processi Eluana Englaro* (n° 21748). Sentenza: 16 ottobre, 2017. Disponível em: https://www.aduc.it/generale/files/allegati/cassazione_englaro.pdf. Acesso em: out/2019.

187 Texto no idioma original: “Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un’ipotesi di eutanásia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto um atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale”. ITALIA. Suprema Corte di Cassazione – Sezione I Civile. *Processi Eluana Englaro* (n° 21748). Sentenza: 16 ottobre, 2017. Disponível em: https://www.aduc.it/generale/files/allegati/cassazione_englaro.pdf. Acesso em: out/2019.

Dias após cessada a alimentação e a hidratação artificiais, Eluana faleceu. Importa mencionar que, durante todos os anos de batalha judicial, houve pressões tanto do governo quanto da Igreja Católica, que chegou a ameaçar de excomunhão todos aqueles que apoiassem a eutanásia da paciente¹⁸⁸.

5.3 A França e o caso Vincent Humbert

Na França, a eutanásia é punida como homicídio doloso. O crime, conforme dispõe o art. 221 do Código Penal francês, sujeita o autor a pena que pode chegar aos 30 anos de prisão¹⁸⁹. O Código de Deontologia Médica francês admite apenas a hipótese de suspensão de tratamento, por censurar a obstinação terapêutica¹⁹⁰.

A legislação francesa também prevê como crime o auxílio ao suicídio, inclusive quando praticado por pessoas jurídicas. “Diante disso, é fato que cidadãos franceses incuráveis, mas não terminais, viajam para outros países próximos, com o fim de obter autorização para morrer”¹⁹¹. A propósito, o art. 223 do Código Penal francês dispõe:

188 EUTANÁSIA: morre na Itália Eluana Englaro. *O Globo*, Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/eutanasia-morre-na-italia-eluana-englaro-3576051>. Acesso em: jul/2019.

189 “Art. 121-1 O ato de matar deliberadamente outra pessoa constitui assassinato. O crime é punido com trinta anos de prisão criminal”. Texto no idioma original: “Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle”. Cumpre ressaltar que esta é a pena para o que entendemos como homicídio simples. As figuras semelhantes ao que consideramos como homicídio qualificado na França sujeita o autor a uma pena máxima que pode chegar à prisão perpétua. O Código Penal francês está disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>. Acesso em: jul/2019.

190 O art. 37 do Código de Deontologia Médica francês dispõe: “Em todas as circunstâncias, o médico deve se esforçar para aliviar o sofrimento do paciente por meios adequados à sua condição e fornecer apoio moral. Deve abster-se de qualquer obstinação irracional e pode renunciar a empreender ou continuar tratamentos que pareçam desnecessários, desproporcionais ou que não tenham outro efeito que não a manutenção artificial da vida.” Texto no idioma original: “En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement. Il doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie”. O Código de Deontologia Médica francês (2002) está disponível em: <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie>. Acesso em: set/2020.

191 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 160.

O ato de provocar o suicídio de outras pessoas é punível com três anos de prisão e uma multa de 45.000 euros quando a provocação foi seguida por suicídio ou tentativa de suicídio.

As penas são aumentadas para cinco anos de prisão e uma multa de 75.000 euros quando a vítima do delito definido no parágrafo anterior tiver menos de quinze anos de idade.

As pessoas físicas ou jurídicas culpadas do crime previsto nesta seção também incorrem na seguinte penalidade adicional: proibição da atividade de provedor de treinamento profissional continuado, prevista no artigo L. 6313-1 do código do trabalho, por um período de cinco anos¹⁹² [tradução nossa].

Caso que atingiu bastante repercussão foi o do jovem Vincent Humbert, bombeiro voluntário que, aos 20 anos de idade, sofreu um grave acidente automobilístico que o deixou em coma por nove meses. Após este período, ele recobrou a consciência, mas ficou surdo, cego e tetraplégico. O único resquício de movimento que apresentava era uma leve pressão do polegar direito.

Com este único movimento, Vincent passou a se comunicar com seus familiares e com a equipe médica, soletrando as palavras. Nessas manifestações, sempre pedia para que fosse morto. A equipe médica negou o pedido, por ser contrário à lei. Vincent chegou a escrever uma carta ao então presidente francês Jacques Chirac pedindo que concedesse indulto àquele que aceitasse praticar a eutanásia, já que a legislação francesa permite a concessão de indulto presidencial a condenados.

A frase que encaminhou ao presidente Jacques Chirac, em dezembro de 2002, foi a seguinte: "A lei dá-lhe o direito de indultar, eu peço-lhe o direito de morrer". Ele terminou a sua carta com a frase: "O senhor é a minha última chance". A resposta do presidente, após alguns contatos, inclusive com o próprio Vincent, por telefone, foi negativa e acompanhada de uma recomendação de que o jovem deveria "retomar o gosto pela vida". Nesta época foi feita uma pesquisa de opinião na França sobre a questão do suicídio assistido que resultou em 88% de aprovação pela população, mas não da eutanásia. Vale destacar que esta solicitação não teria como ser enquadrada como suicídio assistido, mas sim como eutanásia ativa voluntária. Vincent escreveu um livro de

192 Texto no idioma original: "Le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende lorsque la victime de l'infraction définie à l'alinéa précédent est un mineur de quinze ans. Les personnes physiques ou morales coupables du délit prévu à la présente section encourent également la peine complémentaire suivante: interdiction de l'activité de prestataire de formation professionnelle continue au sens de l'article L.6313-1 du code du travail pour une durée de cinq ans".

188 páginas, intitulado "Peço-vos o direito de morrer" (Je vous demande le droit de mourir) lançado pela editora Michel Lafon, em 25 de setembro de 2003. Neste livro argumenta o seu pedido e termina dizendo: "A minha mãe deu-me a vida, espero agora dela que me ofereça a morte. [...] Não a julguem. O que ela fez para mim é certamente a mais bela prova de amor do mundo"¹⁹³.

De fato, cedendo aos pedidos do filho, Marie Humbert, de 48 anos, ministrou a Vincent uma alta dose de barbitúricos através da sonda gástrica que o alimentava. O livro de Vincent seria lançado no dia seguinte, e ele se manifestou no sentido de que não queria estar vivo no dia do lançamento. Na obra, Vincent registrou: "eu nunca verei este livro porque eu morri em 24 de setembro de 2000 [...]. Desde aquele dia, eu não vivo. Me fazem viver. Sou mantido vivo. Para quem, para que, eu não sei. Tudo o que sei é que sou um morto-vivo, que nunca desejei esta falsa morte"¹⁹⁴.

A equipe médica, ao perceber a deterioração da saúde de Vincent em razão da substância ministrada pela mãe, ainda realizou manobras de reanimação no paciente. Vincent entrou em coma profundo e morreu três dias depois. Sua mãe ficou presa por 24 horas e ainda aguarda o julgamento por "administração de substâncias tóxicas".

O caso Vincent se assemelha bastante ao do espanhol Ramón Sampedro porque, em ambos, os pacientes tiveram condições de manifestar de forma firme e consciente, durante anos, seu desejo de morrer. Dadas as circunstâncias, percebe-se que falavam sério, suas vontades não eram meros frutos de estados emocionais momentâneos.

Chama a atenção a fala do então presidente francês, ao recomendar que Vincent, naquelas condições, "retomasse o gosto pela vida" e também a obstinação quase cruel dos médicos ao tentarem reanimar o paciente, mesmo conhecendo seu inequívoco desejo de morrer. Casos como este permitem perceber que nem sempre o esforço para que uma pessoa mantenha-se viva constitui uma ação benevolente. Antes disso, pode significar total ausência de compaixão e empatia, que, em última análise, reduz o indivíduo a uma situação de ser mantido vivo para satisfazer interesses alheios, em total desrespeito a seu senso de dignidade.

193 GOLDIM, José Roberto. *Caso Vincent Humbert – Eutanásia ativa voluntária*. Porto Alegre, 2003. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/humbert.htm>. Acesso em: jul/2019.

194 GOLDIM, José Roberto. *Caso Vincent Humbert – Eutanásia ativa voluntária*. Porto Alegre, 2003. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/humbert.htm>. Acesso em: jul/2019.

5.4 A Alemanha e o caso Wolfgang Putz

No §216 do Código Penal alemão, encontramos o tipo penal alcunhado de *Tötung auf Verlangen*, expressão que pode ser traduzida literalmente como *morte a pedido*. Na lei alemã, este tipo penal configura delito autônomo em relação ao homicídio (§212) e ao assassinato (§211):

§ 211. Assassinato

- (1) O assassino será castigado com pena de prisão perpétua.
- (2) Assassino é quem, por prazer de matar, para satisfazer ao instinto sexual, por cobiça ou por outros motivos baixos, com malícia ou crueldade, ou com meios que representem perigo público, ou para facilitar ou encobrir outro crime, mata um ser humano.

§ 212. Homicídio

- (1) Quem mata um ser humano sem ser assassino será condenado como homicida à pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos.
- (2) Em casos especialmente graves será admitida prisão perpétua.

§ 213. Caso leve de homicídio

Se o homicida age por emoção, logo após a prática de grave provocação feita pela vítima contra ele ou um parente, ou em casos de menor gravidade, a pena será de um a dez anos.

§§ 214 y § 215: Derrogados.

§ 216. Homicídio a pedido

- (1) Se alguém pede a outrem, de forma séria e expressa, que o mate, será imposta ao que matou pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos.
- (2) A tentativa é punível¹⁹⁵ [tradução nossa].

195 O Código Penal Alemão traduzido para o espanhol por Claudia López Díaz (Universidade Externado da Colômbia) está disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf. Acesso em: out/2019. Texto no idioma consultado: “§ 211. Asesinato (1) El asesino se castigará con pena privativa de la libertad de por vida (2) Asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano. § 212. Homicidio (1) Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de la libertad no inferior a cinco años. (2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de la libertad de por vida. § 213. Caso leve de homicidio Si el homicida sin culpabilidad propia fue excitado a la furia por medio de malos tratos hechos a él o a un pariente o por graves insultos por parte de la persona muerta y con esto incitado de inmediato al hecho o si de lo contrario se presenta un caso de menor gravedad, entonces el castigo es de un año hasta diez años. §§ 214 y § 215: Derogados 79 §

Vê-se que o chamado “homicídio a pedido” (§216) é punível, mas sua pena é inferior à dos “casos leves de homicídio”, correspondentes ao que conhecemos como homicídio privilegiado. De toda forma, o homicídio a pedido não equivale à eutanásia, pois o único requisito que o diferencia do homicídio em si é a manifestação de vontade da vítima no sentido de ser morta. Não há, pois, qualquer exigência relativa ao estado de saúde da vítima ou ao móvel altruísta do sujeito ativo.

Não obstante a atipicidade do auxílio ao suicídio na Alemanha, em 06/11/2015 o Parlamento aprovou a inclusão do §217 no respectivo Código Penal, com o objetivo de punir a conduta de “promoção comercial do suicídio”¹⁹⁶. O móvel para esta previsão, conforme apontado por Roxin, foi o desenvolvimento de um “turismo de morte” na Alemanha, isto é, pacientes viajavam para a Suíça em prol de receber assistência da organização Dignitas, conhecida por promover auxílio ao suicídio¹⁹⁷.

O referido autor rechaça o dispositivo baseado, primordialmente, no fato de a legislação germânica, ao contrário da brasileira, não punir o auxílio ao suicídio. Assim, o simples fato de praticar, com fins comerciais, uma conduta em si permitida não deixaria claro qual seria o bem jurídico lesionado. Outra questão que deve ser observada, para

216. Homicidio a petición (1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años. (2) La tentativa es punible”.

196 De acordo com o dispositivo, “quem, com o propósito de promover o suicídio de outrem, garante, proporciona ou intermedeia comercialmente a ocasião para tanto, será punido com pena privativa de liberdade de até 3 anos ou multa”. É previsto, ainda, que “não será punido como partícipe quem não atua comercialmente e é familiar ou pessoa próxima à mencionada no dispositivo anterior”. Texto no idioma original: “§ 217 Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht”.

Segundo Flávia Siqueira e Luis Greco, tradutores do trabalho de Roxin (ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 157, nota 112), embora o termo *geschäftsmäßig* signifique literalmente “comercial”, seu emprego na legislação assumiu significado específico no sentido de realização duradoura e recorrente da atividade de promoção ao suicídio, independentemente do intuito de lucro. Desta forma, a punição abrangia entidades sem fins lucrativos destinadas à prática.

197 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 157.

Roxin, é que a proibição acaba por impedir que o médico pratique o auxílio ao suicídio, porque o caráter remunerado de sua atividade o afastaria de tal conduta¹⁹⁸

Decerto, em razão da proibição traçada no §217, os prestadores de serviço de assistência à morte retiraram suas ofertas ao público e os próprios médicos alemães passaram a deixar de orientar seus pacientes com relação às possibilidades de suicídio assistido. Enquanto isso, os juristas se debatiam para definir o conceito de “caráter comercial” da atividade.

Ocorre que, em fevereiro de 2020, o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou inconstitucional o §217 por violar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Na oportunidade, entendeu-se que, embora possam ser admitidos critérios para sua regulamentação, a assistência ao suicídio não pode ser totalmente vedada.¹⁹⁹ A decisão foi bastante comemorada por juristas e defensores da possibilidade de uma morte digna, uma vez que reafirmou a atipicidade do auxílio ao suicídio na Alemanha.

Ainda na Alemanha, o caso do advogado Wolfgang Putz levantou importante discussão sobre os limites entre eutanásia e suspensão de tratamento vital. Em 2007, Putz, que era especializado em Direito Médico, orientou os filhos de uma paciente em coma a suspenderem a alimentação artificial que a mantinha viva²⁰⁰. O médico foi condenado em primeira instância por tentativa de homicídio em coautoria com a filha da paciente, mesmo diante da alegação desta de que a mãe já havia declarado que não gostaria de viver naquelas condições, declaração dada em razão de acidente que vitimara seu marido em 2002. O julgado considerou que a suspensão de alimentação constituía conduta ativa.

198 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 157. Para Roxin, só deveria haver punição nos casos de comprovada exploração da angústia do paciente indefeso, através de cobranças de pagamentos que extrapolem os custos, despesas e honorários normais do médico.

199 Nota 115 dos tradutores Flávia Siqueira e Luis Greco no artigo ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 158.

200 ARAÚJO, Cynthia e COGO, Silvana Bastos. Morte digna na Alemanha: análise do caso Putz. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos tribunais*. São Paulo: Foco, 2020, p. 27-28.

Em segunda instância (2010), Putz foi absolvido: em releitura do significado da suspensão do suporte vital, o Tribunal entendeu que a vontade da paciente, previamente manifestada, deveria ser considerada para legitimar a suspensão do tratamento, em respeito a seu direito de autodeterminação.

Importa ressaltar que, neste íterim, em 2009, entrou em vigor legislação que inseriu dispositivos no Código Civil alemão²⁰¹, reconhecendo a validade do testamento vital e orientando os médicos quanto à forma de agir nas situações em que o paciente não deixou registradas suas diretivas antecipadas de vontade. A admissão legal da suspensão de tratamento, portanto, influenciou na decisão do Tribunal, redundando na absolvição de Putz.

Esse caso assumiu relevância por trazer à tona a discussão acerca da obstinação terapêutica e do simbolismo da suspensão da alimentação artificial. Embora possa parecer que suspender a alimentação e hidratação do paciente possa equivaler a deixá-lo morrer de fome e sede, parte considerável dos paliativistas considera que o desconforto e as complicações advindas destas terapias não compensam os benefícios, uma vez que não há comprovação de aumento da sobrevida ou de chances de cura²⁰².

5.5 A Inglaterra e o caso Lilian Boyes

Na Inglaterra, a prática da eutanásia é considerada homicídio doloso, que pode sujeitar o autor à prisão perpétua. O suicídio assistido, por sua vez, impõe ao autor pena de até 14 anos, conforme o *The Suicide Act* de 1961²⁰³. O direito inglês, no entanto, considera lícita a recusa de tratamento.

201 PARLAMENTO alemão aprova lei sobre testamento vital após longo debate ético. *DW*, Berlin, 19 de junho 2009. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/parlamento-alem%C3%A3o-aprova-lei-sobre-testamento-vital-ap%C3%B3s-longo-debate-%C3%A9tico/a-4406450#:~:text=Um%20testamento%20vital%20assegura%20ao,at%20C3%A9%20o%20fim%20da%20vida.&text=A%20lei%20rec%C3%A9m%20aprovada%20pelo,independentemente%20do%20est%C3%A1gio%20da%20doen%C3%A7a>. Acesso em: out/2019.

202 ARAÚJO, Cynthia e COGO, Silvana Bastos. *Morte digna na Alemanha*: análise do caso Putz. In: *Direito e Medicina – A morte digna nos tribunais*. 2 ed. São Paulo: Foco, 2020, p.31

203 A punição do auxílio ao suicídio ocorre ainda que o suicídio não se consume ou que sequer seja tentado. Texto no idioma original: “D may commit an offence under this section whether or not a suicide, or an attempt at suicide, occurs”. O *Suicide Act* está disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60/data.pdf>. Acesso em: out/2019.

O sistema do *commom law*, por sua natureza baseada em precedentes jurisprudenciais, fez com que diversos *leading cases* fossem produzidos na Inglaterra, gerando conclusões muitas vezes contraditórias.

Em 2017, por exemplo, a Corte de Apelações do Reino Unido autorizou a suspensão do tratamento de uma paciente de 50 anos de idade que, durante 25 anos, padeceu da Doença de Huntington (enfermidade genética incurável), o que a fez permanecer no hospital em condições mínimas de consciência. Onze dias após a retirada da sonda alimentar que a mantinha viva, ela faleceu. Na oportunidade, o ministro Peter Jackson criticou a judicialização do caso, argumentando que “[...] um processo pode impedir médicos e familiares de tomar decisões que refletem suas melhores intenções e, em alguns casos, levar a tratamentos inapropriados”²⁰⁴.

Segundo registrado pelo magistrado, a judicialização desse tipo de demanda faz com que os pacientes tenham que esperar muito tempo por uma decisão, o que aumenta seu sofrimento e o da família, além de prolongar os custos de um tratamento infrutífero. Bastaria, para a medida, a concordância do médico responsável pelo tratamento e dos familiares do enfermo, caso este não pudesse manifestar sua vontade. Isso porque, conforme estabelecido, o país admite a recusa de tratamento.

O caso Lilian Boyes, ocorrido em 1991, acendeu a discussão à época, principalmente porque o médico responsável pelo tratamento e pela eutanásia – Dr. Nigel Cox – foi condenado. Boyes estava em estágio avançado de uma artrite reumatoide, sofria de septicemia e tinha abscessos e úlceras em seus membros. Seu coração estava calcificado e seus pulmões não funcionavam bem. Ela apresentava gangrena e fraturas na coluna lombar²⁰⁵. Após ministrar heroína para aliviar as dores da paciente sem sucesso, o médico lhe aplicou cloreto de potássio, provocando sua morte.

204 CORTE do Reino Unido dispensa autorização judicial para eutanásia. *Conjur*, São Paulo, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/corte-reino-unido-dispensa-autorizacao-judicial-eutanasia>. Acesso em: jul/2019.

205 Texto no idioma original: “Mrs. Boyes had been terminally ill with rheumatoid arthritis; she suffered from septicaemia and had abscesses and ulcers on her limbs. Her heart was calcified, her lungs were malfunctioning. She had gangrene and a number of fractures of the lumbar spine”. FERGUSON, Pamela. Causing death or allowing to die? Developments in the law. *Journal of Medical Ethics*, London, n. 23, 1997, p. 369. Disponível em: <https://jme.bmj.com/content/medethics/23/6/368.full.pdf>. Acesso em: jul/2019.

Embora seu intuito fosse altruísta, entendeu-se que Cox teve a intenção de matar, razão pela qual foi processado e condenado a 12 meses de prisão por tentativa de homicídio (em virtude da cremação do corpo, não foi possível determinar a causa da morte de Lilian). Se a acusação fosse de homicídio consumado (ou seja, se houvesse como afirmar que a dose de cloreto de potássio ministrada pelo médico havia causado a morte de Lilian), o profissional teria sido condenado à prisão perpétua.

Apesar de advertido pelo *General Medical Council* (GMC), Cox não perdeu sua licença médica: a entidade entendeu que ele agiu de boa-fé, segundo o que avaliou ser o melhor interesse da paciente.

Se tivesse utilizado altas doses de analgésicos, praticando a eutanásia indireta (eutanásia de duplo efeito), o médico provavelmente teria sido absolvido, a exemplo do ocorrido com o Dr. John Bodkin Adams em 1957. Adams foi acusado pelo homicídio de uma mulher de 81 anos de idade que sofrera um acidente vascular cerebral. A alegação da acusação era de que o médico usou doses tão maciças de heroína e morfina que era impossível não saber que resultariam em morte. Em outras palavras, afirmavam que Adams agira com intenção de matar. O juiz do caso, no entanto, dirigiu-se ao corpo de jurados com as seguintes palavras:

Se o primeiro propósito da medicina – o restabelecimento da saúde – não pode ser alcançado, ainda há muito o que o médico possa fazer, e ele está autorizado a fazer tudo o que for apropriado e necessário para aliviar a dor e o sofrimento, mesmo que tais medidas possam incidentalmente abreviar a vida²⁰⁶ [tradução nossa].

Ocorre que o cloreto de potássio, substância utilizada por Cox, não possui efeito analgésico, ao contrário da heroína e da morfina. Não havia como, portanto, alegar que o fim primeiro da ação do médico era aliviar a dor, ainda que soubesse que a analgesia levaria à morte.

Conforme já tivemos oportunidade de consignar neste trabalho, entendemos que a eutanásia de duplo efeito é eutanásia praticada com dolo direto de segundo grau (ou

206 Texto no idioma original: “If the first purpose of medicine – the restoration of health – can no longer be achieved, there is still much for a doctor to do, and he is entitled to do all that is proper and necessary to relieve pain and suffering, *even if* measures he takes may *incidentally* shorten life.” FERGUSON, Pamela. Causing death or allowing to die? Developments in the law. *Journal of Medical Ethics*, London, n. 23, 1997, p. 369. Disponível em: <https://jme.bmj.com/content/medethics/23/6/368.full.pdf>. Acesso em: jul/2019.

ao menos com dolo eventual). Se o médico prevê o resultado morte como certo (e não apenas possível) e, ainda assim, prossegue na analgesia, não há como afirmar que não tinha intenção de matar. Ao nosso ver, ambas as condutas – a eutanásia ativa e a eutanásia de duplo efeito – merecem o mesmo tratamento e deveriam ser consideradas verdadeiros indiferentes penais.

5.6 A Bélgica e o caso Marieke Vervoort

A Bélgica é um dos países que dispensa o tratamento mais liberal à eutanásia e ao suicídio assistido. Superando o modelo paternalista que tradicionalmente regula a relação médico-paciente, a legislação belga concede protagonismo ao doente e à sua autonomia, consagrando o princípio do livre consentimento esclarecido.

No ano de 2002, o país editou três leis que hoje constituem o núcleo da regulação dos tratamentos médicos e da eutanásia. No entanto, já havia certa tolerância social e no meio médico quanto à prática, de forma que a legislação só veio trazer maior segurança às relações que envolvem o fim de vida. De fato, toda a construção belga acerca da eutanásia derivou da jurisprudência dos tribunais, que há muito eram chamados a se manifestar sobre a possibilidade. Assim, o texto legal sistematizou os requisitos que já eram exigidos pela jurisprudência para autorizar a morte a pedido.

A Lei de 28 de maio de 2002 – Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e alteração do Código Penal e da Lei de Entrega do Corpo²⁰⁷ – trata das hipóteses de eutanásia permitidas e do suicídio assistido. A Lei de 14 de junho de 2002 aborda os cuidados paliativos; e a lei de 22 de agosto de 2002 trata dos direitos do paciente²⁰⁸.

Da tríade legislativa extrai-se a busca do mais amplo respeito dos princípios da bioética – autonomia, beneficência, não-maleficência e

207 A Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e Alteração do Código Penal e da Lei de entrega do Corpo está disponível em:

<https://www.ieb-eib.org/docs/pdf/2019-04/doc-1554801153-49.pdf> Acesso em out/2019.

208 CARVALHO, Carla Vasconcelos. Direito à morte digna na Bélgica: um consenso dialogicamente construído. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 288-289.

justiça – na medida em que se imputa ao profissional de saúde a obrigação de prestar, e ao paciente o direito de receber, os cuidados de qualidade, correspondentes às necessidades individuais, sem distinções de qualquer natureza, e sempre respeitando a autonomia e dignidade do paciente²⁰⁹.

O conjunto legislativo, de início, passou a permitir a eutanásia quando praticada em paciente mentalmente capaz, portador de doença incurável e com sofrimento insuportável. A conduta deveria ser realizada por médico após pedido “específico, voluntário e persistente”²¹⁰ do enfermo.

Observe-se que, nesse país, [...] não se classifica a eutanásia em ativa e passiva, falando-se apenas em *eutanásia*, para indicar a conduta ativa. A forma passiva não é considerada eutanásia, mas simples decisão médica, confundindo-se, portanto, com a conduta médica restritiva da ortotanásia ou com a recusa terapêutica²¹¹.

Prevê a Lei de 28 de maio de 2002, em seu art. 2º que: “para os fins desta lei, considera-se eutanásia o ato praticado por um terceiro que intencionalmente põe fim à vida de uma pessoa, a pedido desta”²¹² [tradução nossa]. No art. 3º, o legislador estabeleceu os requisitos que, se cumulativamente observados, afastam a possibilidade de punição do médico, nos termos transcritos:

Art. 3, §1º. O médico que praticar eutanásia não cometerá um crime se confirmado que:

- o paciente é maior ou menor emancipado, capaz e consciente no momento da solicitação;
- o pedido for formulado de maneira voluntária, refletida e repetida, e não

209 CARVALHO, Carla Vasconcelos. Direito à morte digna na Bélgica: um consenso dialogicamente construído. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 289.

210 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 164.

211 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 164. A lei belga utiliza o termo “eutanásia” tanto em relação à administração oral quanto à injeção intravenosa da droga letal, razão pela qual abrange tanto a eutanásia propriamente dita quanto o suicídio assistido. ROCHA, Fábio Lopes; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Morte digna na Bélgica: análise do exercício da autonomia para morrer por pessoas com transtornos mentais. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos Tribunais*. Indaiatua: Editora Foco, 2020, p. 53-54.

212 Texto no idioma original: “Art. 2. Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par euthanasie l'acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci”.

resulta de pressões externas;
 - o paciente está em uma situação médica desesperada e relata um sofrimento físico ou psicológico constante e insuportável que não pode ser aplacado e que resulta de uma condição acidental ou patológica grave e incurável; e
 - foram respeitadas as condições e procedimentos previstos nesta lei²¹³ [tradução nossa].

Como se vê, são estabelecidos requisitos que, se observados, afastam a responsabilização do médico por crime de homicídio. Não é necessária autorização judicial para a prática, mas há rígido controle sobre a atividade médica, tendo o profissional até quatro dias, após ocorrida a eutanásia, para reportar o fato à Comissão Federal de Controle e Avaliação²¹⁴.

A legislação belga, que já era vanguardista, avançou ainda mais com alterações realizadas em 2013, que passaram a permitir a eutanásia independentemente de limite etário do paciente. A prática, que antes era reservada apenas aos maiores ou menores emancipados, estendeu-se aos menores com capacidade de discernimento, desde que apresentassem quadro de sofrimento físico insuportável causado por doença terminal sem cura e sem tratamento²¹⁵.

Caso emblemático relativo à eutanásia no país foi o da atleta paralímpica Marieke Vervoort que, desde os 20 anos de idade, via-se sem os movimentos da cintura para baixo em razão de uma paraplegia progressiva. Além de bater vários recordes nacionais e europeus, Marieke conquistou as medalhas de ouro e prata nos

²¹³ Texto no idioma original:

“Art. 3. §1er. Le médecin qui pratique une euthanasie ne commet pas d'infraction s'il s'est assuré que :

- le patient est majeur ou mineur émancipé, capable et conscient au moment de sa demande;
- la demande est formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée, et qu'elle ne résulte pas d'une pression extérieure;
- le patient se trouve dans une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable; et
- qu'il respecte les conditions et procédures prescrites par la présente loi”.

²¹⁴ ROCHA, Fábio Lopes; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Morte digna na Bélgica: análise do exercício da autonomia para morrer por pessoas com transtornos mentais. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos Tribunais*. Indaiatua: Editora Foco, 2020, p. 54.

²¹⁵ ROCHA, Fábio Lopes; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Morte digna na Bélgica: análise do exercício da autonomia para morrer por pessoas com transtornos mentais. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos Tribunais*. Indaiatua: Editora Foco, 2020, p. 54.

100 e 200 metros dos Jogos de Londres em 2012, além do bronze e da prata nos 100 e 400 metros das parolimpíadas do Rio de Janeiro em 2016.

A doença muscular degenerativa foi diagnosticada quando Marieke tinha 14 anos e já era adepta à prática de esportes. A paralisia fez com que se adaptasse a esportes em cadeira de rodas, tornando-se medalhista em corridas de curta distância com o equipamento. Apesar do sucesso no esporte, a paralisia lhe era dolorosa, de forma que ela precisava de doses frequentes de morfina para conseguir treinar. As dores eram fortes e constantes e Marieke também era acometida por convulsões.

Em razão desse cenário, em 2016, a atleta tornou público o fato de ter protocolado os documentos necessários a instruir pedido de eutanásia no país. Conforme declarado por ela, esta seria a solução para as dores intermináveis e para a tentação do suicídio. O pedido foi deferido e, segundo a própria Marieke, o fato de saber que poderia recorrer à medida em qualquer momento lhe deu mais calma. Ela declarou: "a qualquer momento posso pegar meus papeis e dizer 'chega! Quero morrer'. Isso me dá tranquilidade quando sinto muita dor. Não quero viver como um vegetal"²¹⁶. Aos 40 anos de idade, em outubro de 2019, Marieke submeteu-se à eutanásia.

5.7 O pioneirismo na Holanda

A Holanda foi o primeiro país a regulamentar a prática da eutanásia. O sítio eletrônico do governo holandês na internet traz informações explícitas sobre diversos tópicos relativos à vida dos cidadãos, inclusive quanto ao tratamento dispensado à eutanásia pela legislação. A pesquisa pelo verbete "euthanasia" na ferramenta de busca da página principal do governo²¹⁷ conduz o internauta a tópicos relativos às circunstâncias em que a eutanásia é permitida; às condições para a prática em recém-

²¹⁶ SÁNCHEZ, Álvaro. Morre a campeã paraolímpica Marieke Vervoort após passar por eutanásia. *El País*, São Paulo, 23 de outubro de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/22/deportes/1571777795_278951.html. Acesso em: ago/2020.

²¹⁷ Informações disponíveis em: <https://www.government.nl/>. Acesso em 05/08/2020.

nascidos; ao tratamento do suicídio assistido e das ordens de não ressuscitação, dentre outros²¹⁸.

Até 2002, o art. 293 do Código Penal holandês dispunha que “aquele que tirar a vida de outro, ainda que com solicitação deste, será punido com pena de prisão não excedente a 12 anos ou o pagamento de multa no valor de 100 mil florins”²¹⁹. O art. 294, a seu turno, previa pena para o suicídio assistido, ao determinar que “aquele que intencionalmente induzir outrem ao suicídio, auxiliar ou proporcionar os meios para tanto, será punido, em caso de consumação do suicídio, com pena de prisão de até três anos ou multa de 25 mil florins”²²⁰.

Em que pesem essas disposições, o art. 40 do mesmo diploma legal era correntemente utilizado, já que previa uma excludente de culpabilidade para o agente que praticasse algum crime impelido por força maior, em uma análise feita caso a caso pelo Ministério Público ainda no momento da propositura da ação²²¹. Embora dogmaticamente a figura se amoldasse a uma excludente de culpabilidade (como uma espécie de coação moral irresistível), a jurisprudência falava em um estado de necessidade (“situation of necessity”²²²). De toda forma, na prática, tanto a eutanásia quanto o auxílio ao suicídio restavam impuníveis quando o médico observava corretamente os requisitos para sua execução.

218 Informações disponíveis em: <https://www.government.nl/search?keyword=euthanasia&search-submit=>. Acesso em: ago/2020.

219 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 146.

220 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 147.

221 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 147-149. Segundo os autores, na prática, o que ocorria era uma não propositura da ação pelo Ministério Público após análise do relatório médico em que ficasse comprovada a situação de força maior, a saber, quando o médico agia em razão de pedido inequívoco e livre de vícios por parte do paciente acometido de sofrimento insuportável e sem prognóstico de melhora. Exigia-se, também, que o médico estabelecesse uma relação de confiança com o paciente e discutisse alternativas com ele, além de consultar a opinião de um segundo médico. Ao cabo destas possibilidades de dissuasão, a eutanásia deveria ser praticada de acordo com a correta técnica médica.

222 RESENDE, Frederico Ferri de; GAZZOLA, Paula Lima de. Morte digna na Holanda: análise do caso Chabot. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos Tribunais*. Indaiatua: Editora Foco, 2020, p. 137.

Esta realidade levou à edição da lei que entrou em vigor em 1º de abril de 2002, intitulada “*Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*”²²³, que modificou a redação dos mencionados artigos 293 e 294 do Código Penal holandês. Estes dispositivos passaram a vigorar com a seguinte redação:

Art. 293

1. Aquele que puser fim à vida de outra pessoa, segundo o desejo sério e expresso da mesma, será punido com pena de prisão de até doze anos ou com pena de multa da categoria quinta.
2. O ato não será punível caso praticado por um médico que tenha cumprido com os requisitos de cuidado, dispostos no artigo 2 da lei sobre comprovação e fim da vida em petição própria e de auxílio ao suicídio, e se houver comunicação ao ‘forense municipal’, conforme o artigo 7, parágrafo segundo la Lei Reguladora dos Funerais.

Art. 294

1. Aquele que, de forma intencionada, induza outrem ao suicídio será, em caso de consumação deste, punido com pena de prisão de até três anos ou com multa da categoria quarta.
2. Aquele que, de forma intencionada, prestar auxílio a outrem para que se suicide ou facilitar-lhe os meios necessários para este fim, será, em caso de consumação, punido com pena de prisão de até três anos ou

223 O *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act* está disponível em: <https://www.worldrtd.net/dutch-law-termination-life-request-and-assisted-suicide-complete-text>. Acesso em: ago/2020. Registre-se que a lei holandesa não caracteriza como eutanásia a recusa de tratamento, a ortotanásia e a analgesia letal (eutanásia indireta ou eutanásia de duplo efeito), práticas permitidas no país. A propósito:

“Os seguintes tipos de casos não se enquadram na Lei:

- o médico interrompe ou não inicia um procedimento médico a pedido do paciente;
- o médico desiste de realizar um procedimento que é clinicamente inútil;
- o médico tenta aliviar o sofrimento de um paciente administrando medicamentos cada vez mais fortes com o objetivo de aliviar o sofrimento, que como efeito colateral pode encurtar a vida do paciente;
- o médico administra medicamentos que deixam o paciente inconsciente no final da vida, com o objetivo de aliviar sintomas que não podem mais ser aliviados de outra forma (sedação paliativa)”.

Texto no idioma original:

“The following types of cases do not fall under the Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act:

- the physician discontinues or does not start a medical procedure at the patient’s request;
- the physician desists from performing a procedure that is medically pointless;
- the physician tries to relieve a patient’s distress by administering increasingly strong medication with the aim to alleviate suffering, that as a side effect may shorten the patient’s life;
- the physician administers drugs to render the patient unconscious at the end of life, with the aim to alleviate symptoms that can no longer be relieved in any other way (palliative sedation)”.

Inteiro teor do texto disponível em: <https://www.government.nl/topics/euthanasia/is-euthanasia-allowed>. Acesso em: ago/2020.

com pena de multa da categoria quarta. Se aplicará, por analogia, o artigo 293, parágrafo 2²²⁴ [tradução nossa].

A lei holandesa, portanto, cuidou de regulamentar o procedimento que já ocorria na prática. A salvaguarda presente no art. 293, item 2 – aplicável também ao art. 294 – permite que o médico, seguindo determinados critérios, realize tanto a eutanásia quanto o auxílio ao suicídio. Cabe ressaltar que um dos requisitos mencionados no art. 293, item 2 é que o médico se certifique de que o pedido do paciente é realmente voluntário e que não há perspectiva de melhora de seu estado de saúde²²⁵.

A lei holandesa já era avançada no sentido de possibilitar que menores com discernimento também possam se submeter à eutanásia e ao suicídio assistido, desde que presentes outros requisitos legais. No país, a partir dos 12 anos de idade menores já podiam, por si próprios, requerer a eutanásia, hipótese que dependia da anuência dos pais ou responsáveis. A partir dos 16 anos, a anuência parental não é exigida, embora aqueles possam participar do processo decisório do menor. A partir dos 18 anos, a pessoa pode requerer se submeter à eutanásia sem o envolvimento dos pais na decisão²²⁶.

224 Texto no idioma original:

“293. 1. Any person who terminates another person's life at that person's express and earnest request shall be liable to a term of imprisonment not exceeding twelve years or a fifth-category fine.

2. The act referred to in the first paragraph shall not be an offence if it committed by a physician who fulfils the due care criteria set out in Article 2 of the Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act, and if the physician notifies the municipal pathologist of this act in accordance with the provisions of Article 7, paragraph 2 of the Burial and Cremation Act.

294. 1. Any person who intentionally incites another to commit suicide shall, if suicide follows, be liable to a term of imprisonment not exceeding three years or a fine of the fourth-category fine.

2. Any person who intentionally assist another to commit suicide or provides him with the means to do shall, if suicide follows, be liable to a term of imprisonment not exceeding three years or a fourth-category fine. Article 293, paragraph 2 shall apply mutatis mutandis”.

225 Texto no idioma original: “In accordance with the due care criteria the physician must, among other things, be satisfied that the patient’s request for euthanasia is voluntary and well-considered and that his suffering is unbearable with no prospect of improvement”. Inteiro teor do texto disponível em: <https://www.government.nl/topics/euthanasia/is-euthanasia-allowed>.

Acesso em: ago/2020.

226 Ideia extraída de: “Minors may themselves request euthanasia from the age of 12, although the consent of the parents or guardian is mandatory until they reach the age of 16. Sixteen and seventeen-year-olds do not need parental consent in principle, but their parents must be involved in the decision-making process. From the age of 18, young people have the right to request euthanasia without parental involvement”. Inteiro teor do texto disponível em:

Em decisão ocorrida em outubro de 2020 a Holanda avançou ainda mais na matéria, para permitir a eutanásia em menores de 12 anos. Segundo declarou o ministro da Saúde holandês, a alteração legislativa foi necessária para ajudar “um pequeno grupo de crianças com doenças terminais que agonizam sem esperança e em sofrimento insuportável”²²⁷.

5.8 Os Estados Unidos da América e os casos Nancy Cruzan e Timothy Quill

Em razão das origens históricas do sistema federativo norteamericano, as legislações relativas à eutanásia e ao suicídio assistido ficam a cargo de cada estado, que pode elaborá-las de forma autônoma e independente dos demais, desde que observada a Constituição. “Dada a centralidade da lei estadual para a questão da morte, a maior parte da atividade legislativa e judicial em torno da dignidade na morte vem dos estados”²²⁸. Por tal motivo, realidades distintas são confrontadas no mesmo país, pois há estados que regulamentaram a morte com dignidade e outros em que a eutanásia e/ou o suicídio assistido ainda são considerados crimes.

A par da legislação estadual, os precedentes jurisprudenciais assumem especial importância diante do sistema de *common law*, norteando a interpretação dos julgados subsequentes. A propósito, no tocante à eutanásia e ao suicídio assistido, bem como à interrupção de tratamento médico, alguns precedentes da Suprema Corte merecem destaque.

O caso de Nancy Cruzan assumiu grande repercussão por ter sido a primeira vez em que a Suprema Corte foi chamada a decidir sobre uma situação de recusa de tratamento. Em 1983, quando tinha 25 anos de idade, Nancy sofreu um acidente de automóvel que a deixou em estado vegetativo persistente. Houve uma completa

<https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>. Acesso em: ago/2020.

227 HOLANDA vai autorizar eutanásia em crianças menores de 12 anos. *Diária de Notícias*, Lisboa, 14 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/holanda-vai-autorizar-eutanasia-em-criancas-menores-de-12-anos-12921341.html#:~:text=O%20ministro%20da%20Sa%C3%BAde%20do,de%20crian%C3%A7as%20com%20doen%C3%A7as%20terminais%22.&text=O%20governo%20holand%C3%AAs%20vai%20permitir,entre%20um%20e%2012%20anos>. Acesso em: out/2020.

228 JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 319.

destruição do seu córtex cerebral, ou seja, ela ficou privada de consciência e de capacidade relacional irreversivelmente. Sua vida foi mantida por meio de alimentação artificial por dez meses, até que seus pais pleitearam a suspensão do suporte vital, inclusive de alimentação e hidratação. O hospital onde Cruzan estava internada se recusou a desligar os aparelhos sem permissão judicial, o que levou a família a ajuizar ação para tanto.

O tribunal estadual autorizou a suspensão, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte em 1990, sob o argumento de que não havia prova robusta de que esse seria o desejo de Nancy, conforme exigia a lei do estado do Missouri. No entanto, a decisão deixava claro que os pacientes têm direito à recusa de tratamento, ainda que a suspensão dos cuidados leve inevitavelmente à morte.

A discussão do Tribunal desse direito baseia-se na doutrina do consentimento informado, a qual está “firmemente arraigada no direito penal americano”, bem como em outras noções de direito individual à privacidade. Pelo direito comum, tocar uma pessoa sem consentimento seria considerado agressão. Compatível com esse princípio geral, e com o interesse de manter a noção de integridade corporal, há uma exigência genérica de consentimento informado para todos os tratamentos médicos²²⁹.

A apertada decisão da Suprema Corte – cinco votos a quatro – revelou o temor de que abusos fossem cometidos na avaliação de qual seria a vontade real dos pacientes naquelas condições, vez que a decisão assumiria repercussão geral para cerca de dez mil pessoas que, à época, sobreviviam em estado vegetativo persistente no país²³⁰.

De toda forma, se Nancy tivesse capacidade de expressar seu consentimento ou se houvessem provas contundentes de que a suspensão do tratamento seria seu desejo, a Suprema Corte teria autorizado a interrupção do suporte vital. O problema,

229 JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 320-321.

230 MEIRELLES, Jussara Maria Leal; SIQUEIRA, José Eduardo de. Morte digna nos Estados Unidos da América: análise do caso Nancy Cruzan. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos tribunais*. São Paulo: Foco, 2020, p. 94-95.

portanto, residiu na questão da representação e sua legitimidade para decidir questões de fim de vida.

Ainda em 1990, a família Cruzan ajuizou novo pedido, alegando o surgimento de novas provas: três amigas de Nancy afirmavam terem ouvido da própria manifestação no sentido de que não gostaria de ser mantida artificialmente viva, caso sobrevivesse naquelas condições. Desta vez, o Tribunal do Missouri deu provimento ao pedido e o Estado não recorreu. Nancy faleceu naquele mesmo ano após a suspensão do suporte vital²³¹. Em razão da negativa da Suprema Corte em aceitar o consentimento presumido ou mesmo a validade da vontade da família na representação da paciente, fomentou-se a discussão e o incentivo à formalização dos chamados *living wills* (testamentos vitais), em a pessoa consigna em documento sua vontade para que valha na eventualidade de não poder manifestá-la.

O julgado também traz à baila importante indagação: as pessoas podem manifestar a vontade de não serem mantidas vivas por máquinas (ainda que a suspensão do suporte artificial leve inevitavelmente à morte), mas não podem pedir para serem mortas? Tal questionamento gera interseção entre o caso Cruzan e o do médico Timothy Quill, ocorrido em 1991. Quill declarou ao *The New England Journal of Medicine* que forneceu barbitúricos a uma paciente, Patricia Trumbull, para que ela cometesse suicídio. O médico foi julgado e absolvido, inclusive no processo aberto junto ao *New York State Health Department* com o intuito de cassar sua licença.

Timothy, em conjunto com outros dois médicos e três pacientes terminais, contestou a constitucionalidade da proibição do suicídio assistido no estado de Nova York, sob o exato argumento de que tal vedação era incongruente com a permissão da suspensão de tratamento. A tese defendida, portanto, era de que a lei dispensava tratamento desigual a indivíduos em situações semelhantes. O Tribunal, no entanto, não acolheu este argumento:

Aparentemente, nem a proibição de Nova York ao suicídio assistido nem seus estatutos que permitem que pacientes recusem tratamento médico, tratam qualquer pessoa diferente de outra nem criam qualquer distinção

231 MEIRELLES, Jussara Maria Leal; SIQUEIRA, José Eduardo de. Morte digna nos Estados Unidos da América: análise do caso Nancy Cruzan. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos tribunais*. São Paulo: Foco, 2020, p. 95.

entre as pessoas. *Todos*, independentemente da condição física, têm o direito, se forem capazes, de recusar tratamento médico indesejado para salvar vidas; *ninguém* está autorizado a prestar assistência a um suicídio. De um modo geral, leis que se aplicam imparcialmente a todos “cumprem inquestionavelmente” com a Cláusula do princípio da igualdade²³².

Ao ser chamada a enfrentar a questão da similitude entre as situações (suspensão de tratamento e solicitação de auxílio ao suicídio), a Corte limitou-se a separá-las e dizer que o tratamento das pessoas *em cada uma das situações supostamente distintas* era igual.

Altamente relevante para o desfecho, o Tribunal considerou que “a distinção entre o suicídio assistido e a interrupção do tratamento que dá sustentação à vida, uma distinção amplamente reconhecida e referendada na profissão médica e em nossas tradições jurídicas, é importante e lógica”. Essa distinção o Tribunal considerou, “se alinha aos princípios jurídicos fundamentais de causalidade e intenção. Em primeiro lugar, quando um paciente recusa tratamento médico de suporte à vida, ele morre de uma doença ou patologia fatal subjacente; mas se um paciente ingere medicação letal prescrita por um médico, ele é morto por aquela medicação”²³³.

O caso de suicídio assistido mais famoso dos EUA, sem dúvidas, é o do Dr. Jack Kevorkian, que ficou conhecido como “Dr. Morte de Detroit”. Ele construiu uma máquina capaz de injetar substância letal quando a própria pessoa acionasse um botão. O médico passou a viajar em uma van, na qual levava a máquina e auxiliava pacientes a se matarem²³⁴.

Apesar de alegar ter agido por misericórdia, Kevorkian foi condenado a pena de 10 a 25 anos de prisão pelo assassinato em segundo grau de Thomas Youk, seu paciente de 52 anos de idade, que padecia da doença de Lou Gehrig. O médico foi libertado em 2007, após o cumprimento de 8 anos da pena.

232 UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Vacco, Attorney, General of New York et al v. Quill et al* (nº 95-1858). Argued: January 8, 1997. Decided: June 26, 1997. Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep521/usrep521793/usrep521793.pdf>. Acesso em: out/2019.

233 JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 325.

234 Este caso já foi mencionado no item 3.5 deste trabalho, por ocasião da apresentação do conceito de auxílio ao suicídio. Na oportunidade, narramos a história da paciente Janet Adkins, assistida pelo Dr. Jack Kevorkian.

Uma das nuances abordadas na sentença que o condenou era que Kevorkian oferecia o serviço sem conhecer a fundo a história dos sujeitos que atendia, não criando laços expressivos com eles. Segundo entendimento do Tribunal, isto revelava frieza e desdém por parte do médico, e não a comoção necessária a legitimar uma ação piedosa. Este argumento também foi utilizado no processo contra o Dr. Quill, com o fim de demonstrar a diferença na conduta de cada um dos médicos.

A distinção importante entre os dois médicos, como assinalaram tanto o médico quanto o Conselho, está no fato de que o Dr. Kevorkian conhecia superficialmente seus pacientes, enquanto a estreita e duradoura relação entre o Dr. Quill e Patricia Trumbull [...] permitia-lhe conhecer com muito mais profundidade sua situação e suas necessidades²³⁵.

Os casos mencionados ilustram o tratamento concedido pelos tribunais norteamericanos ao suicídio assistido. Embora os 50 estados dos EUA e também o distrito de Columbia criminalizem a eutanásia²³⁶, Há, em geral, um tratamento mais permissivo em relação ao suicídio assistido. Todos os estados possuem, também, alguma legislação regulando as decisões de fim de vida.

Califórnia, Oregon, Vermont e Washington são os estados que já legalizaram o suicídio assistido, desde que realizado por médico. O estado de Montana também permite a prática, em razão de um precedente judicial²³⁷. No geral, a legislação em vigor nos estados exige daquele que quer se candidatar a receber a medicação letal que cumpra determinados requisitos, quais sejam:

Para ser elegível para se qualificar a receber a medicação nos termos das leis de morte com dignidade, uma pessoa deve (1) residir no respectivo estado; (2) ter no mínimo 18 anos de idade; (3) estar de posse de suas faculdades mentais (o que significa que a pessoa é capaz de fazer e comunicar suas decisões de cuidados de saúde); e (4) ter sido diagnosticado com doença terminal que, dentro do bom senso médico razoável, levará a pessoa à morte dentro de seis meses. A

235 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 262.

236 JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 331.

237 JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 333.

peessoa deve também ser capaz de se autoadministrar e ingerir o medicamento. Dois médicos devem determinar se cada um destes critérios foi cumprido²³⁸.

Embora a regulamentação seja positiva, a análise dos requisitos já revela alguns problemas. A exigência da idade mínima traz à tona a situação de menores que padecem de doenças terminais que lhes geram grande sofrimento, os quais não poderão lançar mão da assistência ao suicídio, mesmo apresentando discernimento e maturidade para a decisão. O requisito do estágio de terminalidade da doença retira a possibilidade de escolha para aqueles que se encontram em condições que consideram indignas (embora não terminais) ou para os que evoluirão nessa direção (como pode ser o caso da tetraplegia ou de doenças degenerativas incuráveis). Por fim, ao impor que o próprio paciente deve ser capaz de ministrar a medicação, retira-se a chance de morte digna para pessoas que se encontram em um nível de limitação tal que as impede de realizar movimentos, ainda que mínimos. Em outras palavras, pessoas que ainda têm alguma liberdade de movimentos teriam acesso ao recurso, enquanto que outras, com maiores limitações, não; o que nos parece um contrassenso.

Embora a Suprema Corte ainda não tenha reconhecido a existência de um direito fundamental à morte digna, a eutanásia de duplo efeito, com o uso de medicação analgésica em altas doses, é considerada apropriada. Da mesma forma, as declarações de final de vida são aceitas para suspender a manutenção artificial das funções vitais do paciente.

O que podemos ver nos estados em que o suicídio assistido por médicos foi legalmente implementado é de que a prática é realizada de forma modesta, sem qualquer indicação significativa de que a prática tenha sido utilizada de forma indiferente ou com pressão indevida colocada em indivíduos vulneráveis²³⁹.

5.9 A legislação do Uruguai

238 JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 334.

239 JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 338.

Dentre os países latino-americanos – e mesmo quando comparado a países europeus – tem-se no Uruguai um dos países que apresenta legislação mais permissiva no tocante à eutanásia. Sob a importante influência de Jimenez de Asúa, desde 1934 o Código Penal uruguaio²⁴⁰ passou a prever a hipótese de perdão judicial ao “homicídio piedoso”²⁴¹, embora preveja punição para o auxílio ao suicídio:

37. Do homicídio piedoso

Os juízes têm a faculdade de eximir de pena o indivíduo de bons antecedentes, autor de um homicídio praticado por piedade, diante de súplicas reiteradas da vítima.

127. Do perdão judicial

Os juízes podem fazer uso dessa faculdade nos casos previstos nos artigos 36, 37, 39, 40 e 45 deste Código.

315. Determinação ou ajuda ao suicídio

Aquele que determinar outrem ao suicídio ou ajudar-lhe a cometê-lo, se sobrevier a morte, será punido com seis meses a seis anos de prisão. Este máximo poderá ser estendido até o limite de doze anos, quando o delito for praticado contra menor de dezoito anos, ou contra sujeito com inteligência ou capacidade de determinação diminuídas por doença mental ou por abuso de álcool ou entorpecentes²⁴² [tradução nossa].

A lei não descriminaliza a eutanásia, mas permite a concessão de perdão judicial para a pessoa – não necessariamente o médico – que a praticar. Para tanto, requer que o sujeito ativo tenha bons antecedentes e aja por piedade diante de reiteradas súplicas

240 O Código Penal uruguaio (1934) está disponível em:

<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>. Acesso em: out/2019.

241 O texto original do Código Penal uruguaio também permitia o aborto quando praticado com o consentimento da gestante. À época, esta disposição, somada àquela relativa ao perdão judicial para a eutanásia, enfrentou muita resistência, especialmente nos meios religiosos. Em 1938, estas pressões lograram êxito em limitar as hipóteses de aborto, mas a possibilidade de perdão judicial para a eutanásia permaneceu em vigor.

242 Texto no idioma original:

“37. (Del homicidio piadoso) Los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.

127. (Del perdón judicial) Los Jueces pueden hacer uso desta facultad en los casos previstos en los artículos 36, 37, 39, 40 y 45 del Código.

315. (Determinación o ayuda al suicidio) El que determinare al otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría.

Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o de uso de estupefacientes”.

da vítima. Observe-se que não há exigência relativa ao estado de terminalidade ou à idade mínima da vítima, o que faz da legislação uruguaia uma das mais liberais no que se refere à eutanásia. Deve-se frisar, todavia, que a hipótese de perdão judicial carece de segurança jurídica.

Caso não sejam satisfeitos todos os requisitos exigidos pelo art. 37, o art. 46, nº 10, do Código Penal uruguaio ainda prevê uma atenuante que pode ser aplicada ao caso:

Das circunstâncias atenuantes

Art. 46 - Atenuam o delito quando não houverem sido especialmente previstas pela lei ao prever o crime, as seguintes (circunstâncias):

[...]

10º Motivações jurídicas altruístas ou sociais. O agir por motivações de honra ou por outros impulsos de particular valor social ou moral²⁴³ [tradução nossa].

É interessante observar que, a despeito de possuir uma das legislações permissivas mais antigas sobre eutanásia, o Uruguai não é conhecido como um país onde as pessoas são arbitrariamente mortas sob o manto do homicídio piedoso. De fato, não há indicativos de que a legislação tenha causado um excesso de demanda pela prática. Conforme afirmado em outras passagens deste trabalho, a grande maioria dos doentes, ainda que terminais ou sem perspectiva de cura, deseja permanecer viva. O argumento de que uma legislação permissiva favorece um aumento incomum da prática não prospera. O que a legislação favorece, sim, é uma maior discussão social sobre o tema, bem como um maior aparelhamento da estrutura e a capacitação dos profissionais relacionados. Enfim, uma maior humanização do processo para aqueles que *querem* morrer.

Este breve panorama sobre eutanásia e suicídio assistido permite constatar que o tratamento jurídico a estas figuras muito varia ao redor do mundo. Há uma tendência, no entanto, de maior discussão e regulamentação das práticas²⁴⁴, especialmente em razão da evolução nos tratamentos, bem como da repercussão dos casos reais.

²⁴³ Texto no idioma original:

“De las circunstancias atenuantes

Art. 46.- Atenúan el delito cuando no hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción, las siguientes:

10º. Móviles jurídicos altruístas o sociales. El haber obrado por móviles de honor o por otros impulsos de particular valor social o moral”.

6 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EUTANÁSIA: UMA EXPOSIÇÃO DIALÉTICA

As práticas referentes à eutanásia e ao suicídio assistido, sem dúvida, não encontram defesa tranquila. A cultura humana, ao menos a ocidental, vê a morte como tabu, como algo essencialmente negativo e mórbido. Há todo um esforço, na área médica e sanitária, para prolongar a expectativa de vida, nas melhores condições possíveis. Busca-se viver o maior tempo possível, da forma mais produtiva possível. Pode-se considerar que o ser humano tem logrado êxitos em sua batalha contra o tempo. A morte, entretanto, é inevitável. Por mais que se viva, a expectativa de imortalidade, ao menos no plano físico, parece inalcançável.

Se a morte assusta, a vida encanta. Bebês recém-nascidos que são abandonados e conseguem sobreviver sempre despertam a sensação de um “milagre”. Da mesma forma, um idoso que ainda conserva saúde e vitalidade é alvo de constantes elogios. O “dom da vida” assume caráter sagrado, sendo presunção que todos queremos viver. Expressar vontade contrária a esta causa perplexidade e torna o indivíduo alvo de críticas das mais diversas naturezas. A reação natural das pessoas é colocar em dúvida a sanidade mental daquele que deseja de morrer, ou mesmo atribuir tal almejo à “falta de fé”.

A religião, a filosofia, a bioética e o direito talvez sejam os campos que mais se dedicaram a construir empecilhos à aceitação da eutanásia. Este último, lamentavelmente, ainda peca por lançar mão dos argumentos da primeira, mesmo com a laicidade do Estado sendo garantida expressamente na Constituição. De acordo com o exposto no capítulo anterior, vê-se que, mesmo na Alemanha, onde a discussão é mais adiantada em razão da atipicidade do auxílio ao suicídio, a legalização da eutanásia parece ainda bem distante. Conforme destaca Roxin,

As propostas acima apresentadas não possuem, na Alemanha de hoje, chances concretas de serem reconhecidas, pois médicos, juristas e teólogos, e também associações influentes [...], consideram a eutanásia

244 A título de exemplo, mencione-se que em outubro de 2020, após consulta popular, a Nova Zelândia também aprovou a regulamentação da eutanásia no país para maiores de 18 anos de idade. NOVA Zelândia aprova legalização da eutanásia. Uol Notícias, São Paulo, 30 de outubro de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2020/10/30/nova-zelandia-aprova-legalizacao-da-eutanasia.htm>. Acesso em: out/2020.

ativa simplesmente indiscutível. O dever de curar do médico, o tabu do homicídio, medos difusos de que se vá longe demais e a lembrança do chamado programa de eutanásia, da época nazista – que, por sinal, se referia a fatos completamente distintos – constituem barreiras muito fortes a que se dê tal passo²⁴⁵.

Neste capítulo, buscaremos realizar uma exposição dialética dos argumentos mais comumente apresentados para rechaçar a possibilidade de regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido, contrapondo-os aos fundamentos que legitimam tais hipóteses.

6.1 Argumentos religiosos

Historicamente, as religiões cristãs se posicionam de forma enfática contra a prática da eutanásia e do próprio suicídio, sob o argumento da sacralização da vida e de seu pertencimento a Deus, e não ao indivíduo.

No tocante à igreja católica, o Vaticano publica de tempos em tempos, através da Sagrada Congregação para Doutrina da Fé, declarações com o intuito divulgar o entendimento oficial da igreja e de orientar os fiéis acerca de temas morais cotidianos, inclusive da bioética. Em 1980, sob o pontificado do Papa João Paulo II, publicou-se a Declaração sobre a Eutanásia²⁴⁶. Mesmo mencionando o princípio da dignidade humana, que, conforme abordaremos, é o principal fundamento constitucional para a defesa da prática, o documento a condena expressamente. Expõe-se, logo no parágrafo introdutório, que:

Os direitos e valores inerentes à pessoa humana têm um lugar importante na problemática contemporânea. A este propósito, o II Concílio Ecumênico do Vaticano reafirmou solenemente a eminente dignidade da pessoa humana e muito particularmente o seu direito à vida. Por isso, denunciou os crimes contra a vida, como são toda a espécie de homicídio, o genocídio, o aborto, a eutanásia e o próprio suicídio voluntário²⁴⁷.

245 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 21.

246 A Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia (1980) está disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: mai/2018.

247 A Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia (1980) está disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html.

Reconhecendo que os avanços da medicina e da tecnologia trouxeram a necessidade de tratar do tema, o documento adverte:

Se a maior parte dos homens considera que a vida tem um carácter sagrado e admite que ninguém pode dispor dela a seu bel-prazer, os crentes vêem nela também um dom do amor de Deus, que eles têm a responsabilidade de conservar e fazer frutificar. Desta última consideração se derivam as seguintes consequências:

1. ninguém pode atentar contra a vida de um homem inocente, sem com isso se opor ao amor de Deus para com ele, sem violar um direito fundamental que não se pode perder nem alienar, sem cometer um crime de extrema gravidade.
2. todos os homens têm o dever de conformar a sua vida com a vontade do Criador. A vida é-lhes confiada como um bem que devem fazer frutificar já neste mundo, mas só encontrará perfeição plena na vida eterna.
3. a morte voluntária ou suicídio, portanto, é tão inaceitável como o homicídio: porque tal acto da parte do homem constitui uma recusa da soberania de Deus e do seu desígnio de amor. Além disto, o suicídio é, muitas vezes, rejeição do amor para consigo mesmo, negação da aspiração natural à vida, abdicação frente às obrigações de justiça e caridade para com o próximo, para com as várias comunidades e para com todo o corpo social — se bem que por vezes, como se sabe, intervenham condições psicológicas que podem atenuar ou mesmo suprimir por completo a responsabilidade²⁴⁸.

Na concepção católica, portanto, o suicídio se equipara ao próprio homicídio. No documento, o Vaticano apresenta o conceito de eutanásia adotado pela Cúria, que, em linhas gerais, coincide com do presente trabalho:

É necessário, portanto, dizer claramente em que sentido se usa este termo no presente documento. Por eutanásia, entendemos uma acção ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor. A eutanásia situa-se, portanto, ao nível das intenções e ao nível dos métodos empregados²⁴⁹.

5_euthanasia_po.html. Acesso em: mai/2018.

248 A Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia (1980) está disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_1980050_5_euthanasia_po.html. Acesso em: mai/2018.

249 A Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia (1980) está disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_1980050_5_euthanasia_po.html. Acesso em: mai/2018.

O conceito empregado pela igreja católica considera, pois, que a eutanásia pode ser fruto tanto de ação (ativa) como de omissão (passiva), sempre com motivação altruísta (“eliminar toda a dor”). A reprovação da prática, no entanto, é total²⁵⁰.

É esperado que cada religião ou doutrina trace dogmas e diretrizes de atuação moral para seus fiéis. Religiões monoteístas tendem a sacralizar a vida como obra divina, atribuindo somente a Deus o poder de dar e tirar a vida de alguém. Daí a congruência entre a proscrição do aborto, do homicídio, do suicídio e da eutanásia.

No judaísmo, a tradição legal hebraica (*halakhah*) também condena a eutanásia, embora reconheça a distinção entre prolongar a vida do paciente e prolongar sua agonia²⁵¹. É exatamente em razão desta distinção que há tolerância quanto à ortotanásia:

A lei judaica autoriza, talvez até exija, o afastamento de qualquer fator – estranho ao próprio paciente ou não – que possa artificialmente retardar sua partida na fase final. Pode-se argumentar que tal modificação implica a legalidade de apressar a morte de um doente incurável em agonia aguda retirando-lhe os medicamentos que mantêm a continuidade da vida por meios artificiais – caso também considerado na filosofia moral católica. Nossas fontes apenas se referem a casos nos quais é esperada morte iminente; portanto, não está completamente claro se tolerariam esta moderada forma de eutanásia – embora isto possa não ser excluído²⁵².

250 Segundo consta no documento, “[...] é necessário declarar uma vez mais, com toda a firmeza, que nada ou ninguém pode autorizar a que se dê a morte a um ser humano inocente seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante. E também a ninguém é permitido requerer este gesto homicida para si ou para um outro confiado à sua responsabilidade, nem sequer consenti-lo explícita ou implicitamente. Não há autoridade alguma que o possa legitimamente impor ou permitir. Trata-se, com efeito, de uma violação da lei divina, de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade. Pode acontecer que dores prolongadas e insuportáveis, razões de ordem afectiva ou vários outros motivos, levem alguém a julgar que pode legitimamente pedir a morte para si ou dá-la a outros. Embora em tais casos a responsabilidade possa ficar atenuada ou até não existir, o erro de juízo da consciência — mesmo de boa-fé — não modifica a natureza deste gesto homicida que, em si, permanece sempre inaceitável. As súplicas dos doentes muito graves que, por vezes, pedem a morte, não devem ser compreendidas como expressão duma verdadeira vontade de eutanásia; nestes casos são quase sempre pedidos angustiados de ajuda e de afeto. Para além dos cuidados médicos, aquilo de que o doente tem necessidade é de amor, de calor humano e sobrenatural, que podem e devem dar-lhe todos os que o rodeiam, pais e filhos, médicos e enfermeiros”.

251 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 112.

Este parece ser também o posicionamento do Islamismo, pelo que se depreende do Código Islâmico de Ética Médica:

A vida humana é sagrada [...] e não deve ser tirada voluntariamente, exceto nas indicações específicas de jurisprudência islâmica, as quais estão fora do domínio da profissão médica. O médico não tirará a vida, mesmo quando motivo pela compaixão. O médico, na defesa da vida, é aconselhado a perceber os limites, a não transgredi-los. Se é cientificamente certo que a vida não pode ser restaurada, então é uma futilidade manter o paciente em estado vegetativo utilizando-se de medidas heroicas de animação ou preservá-lo por congelamento ou outros métodos artificiais. O médico tem como objetivo manter o processo da vida e não o processo do morrer. Em qualquer caso, ele não tomará nenhuma medida para abreviar a vida do paciente. Declarar uma pessoa morta é responsabilidade grave que em última instância é do médico. Ele apreciará a gravidade do seu diagnóstico e o transmitirá com toda a honestidade, e somente quando estiver certo disto. Ele pode dirimir qualquer dúvida buscando conselho e utilizando-se dos modernos instrumentos científicos. Em relação ao paciente incurável, o médico fará o melhor para cuidar da vida, prestará bons cuidados, apoio moral e procurará livrar o paciente da dor e aflição²⁵³.

O budismo, ao contrário, parece aceitar a morte com maior naturalidade e, por isso, impõe menos restrições à eutanásia e ao suicídio:

O budismo não vê a morte como o fim da vida, mas como uma transição. Acreditam no *karma* e no *renascimento*. Portanto, por não enxergar a morte como o fim da vida, a leitura que os budistas fazem do suicídio é que essa ação não se afigura como meio de “escape”. [...] Como se disse acima, o budismo não pune o suicídio, o que não é o caso de quem auxilia ou incentiva um suicida. Contudo, a situação de auxílio passa a ser moralmente aceitável no caso de “morte digna”, *songenshi*, quando a morte é iminente, e mais, se o motivo for a compaixão²⁵⁴.

Apesar dos quase 40 anos decorridos desde a publicação da Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia, a igreja católica não alterou sua concepção sobre o caráter pecaminoso da conduta. A propósito, no dia 22.09.2020, a Congregação para a

252 KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Morte: estágio final da evolução*. Rio de Janeiro: Record, 1975, p. 73.

253 PESSINI, Leo. A eutanásia na visão das grandes religiões mundiais – Budismo, Islamismo, Judaísmo, Cristianismo. *Revista O Mundo da Saúde*, São Paulo, v. 23, n. 5, p. 317-331, 1999, p. 90.

254 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 114.

Doutrina da Fé do Vaticano publicou a carta “Samaritanus bonus”²⁵⁵, aprovada pelo Papa Francisco em 25.06.2020. O documento traz considerações sobre o cuidado das pessoas em fase final de vida. Partindo da parábola do Bom Samaritano²⁵⁶, em especial do momento em que este socorre um ferido, o texto faz uma analogia com Jesus, “médico das almas e dos corpos”.

O Papa critica abertamente as legislações que regulamentaram a eutanásia e o suicídio assistido. “Os limites éticos e legais que protegem a autodeterminação da pessoa doente são transgredidos por tal legislação e, em grau preocupante, o valor da vida humana em tempos de doença, o significado do sofrimento e o significado do intervalo anterior a morte é eclipsada”²⁵⁷.

Curiosamente, segundo o documento, a eutanásia e o auxílio ao suicídio não constituem práticas que respeitam a autonomia do doente:

O valor irrefutável da vida é um princípio fundamental da lei moral natural e um fundamento essencial da ordem jurídica. Assim como não podemos tornar outra pessoa nossa escrava, mesmo que ela peça para ser, também não podemos escolher diretamente tirar a vida de outra pessoa, mesmo que ela o peça. Portanto, acabar com a vida de um doente que pede a eutanásia não é de forma alguma reconhecer e respeitar sua autonomia, mas, ao contrário, negar o valor de sua liberdade, agora sob o domínio do sofrimento e da doença, e de sua vida, excluindo qualquer outra possibilidade de relacionamento humano, de sentir o significado de sua existência, ou de crescimento na vida teológica. Além disso, deve ocupar o lugar de Deus ao decidir o momento da morte. Por isso, “o aborto, a eutanásia e a autodestruição voluntária (...) envenenam a sociedade humana, mas fazem mais mal a quem os pratica do que a quem sofre as lesões. Além disso, eles são uma desonra suprema para o Criador”²⁵⁸.

Críticas também são tecidas com relação à noção de qualidade de vida como parâmetro de vida digna²⁵⁹, bem como à (suposta, segundo a Carta) compaixão que

255 A Carta *Samaritanus Bonus* (2020) está disponível em: <https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2020/09/22/200922a.html>. Acesso em: set/2020.

256 Conforme o texto bíblico contido no livro de Lucas 10: 30-37.

257 A Carta *Samaritanus Bonus* (2020) está disponível em: <https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2020/09/22/200922a.html>. Acesso em: set/2020.

258 A Carta *Samaritanus Bonus* (2020) está disponível em: <https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2020/09/22/200922a.html>. Acesso em: set/2020.

259 “Entre os obstáculos que diminuem nosso senso do profundo valor intrínseco de cada vida humana, o primeiro está na noção de ‘morte digna’ medida pelo padrão de ‘qualidade de vida’, que uma perspectiva antropológica utilitária vê em termos principalmente relacionado com os

norteia a ação daquele que pratica a eutanásia ou auxilia o suicídio²⁶⁰. Considera-se, deste ponto de vista, ser a eutanásia um ato de homicídio que nenhum fim pode justificar e que não tolera qualquer cumplicidade ou colaboração, seja ativa ou passiva.

Por outro lado, o documento critica a distanásia²⁶¹, admitindo que, em casos em que não mais representem benefício ao paciente, a nutrição e a hidratação artificiais podem ser suspensas²⁶². Além disso, conforme já era entendimento do Vaticano, a eutanásia de duplo efeito (eutanásia indireta) é admitida como forma legítima de analgesia, desde que não haja intenção direta de causar a morte²⁶³.

Não constitui objeto deste trabalho realizar análise aprofundada de teologia, tampouco um apanhado completo das inúmeras religiões, seitas e crenças hoje existentes. Buscamos, apenas em caráter ilustrativo e com o objetivo de suscitar a questão constitucional subjacente, esboçar o ponto de vista das quatro maiores

meios econômicos, com o 'bem-estar', com a beleza e o gozo da vida física, esquecendo as outras dimensões mais profundas, interpessoais, espirituais e religiosas da existência. Nesta perspectiva, a vida é vista como valiosa apenas se tiver, no julgamento do indivíduo ou de terceiros, um grau aceitável de qualidade medido pela posse ou falta de funções psicológicas ou físicas particulares, ou às vezes simplesmente pela presença de desconforto psicológico. Segundo essa visão, uma vida cuja qualidade parece ruim não merece continuar. A vida humana, portanto, não é mais reconhecida como um valor em si mesma”.

260 “Um segundo obstáculo que obscurece nosso reconhecimento da sacralidade da vida humana é uma falsa compreensão de ‘compaixão’. Diante de um sofrimento aparentemente ‘insuportável’, o fim da vida de um paciente se justifica em nome da ‘compaixão’. A chamada eutanásia “compassiva” afirma que é melhor morrer do que sofrer, e que seria compassivo ajudar um paciente a morrer por meio da eutanásia ou do suicídio assistido. Na realidade, a compaixão humana consiste não em causar a morte, mas em acolher o doente, em apoiá-lo nas suas dificuldades, em oferecer-lhe afeto, atenção e meios para aliviar o sofrimento”.

261 “Precipitar a morte ou atrasá-la por meio de ‘tratamentos médicos agressivos’ priva a morte de sua devida dignidade. A medicina atual pode atrasar artificialmente a morte, muitas vezes sem benefício real para o paciente. Quando a morte é iminente, e sem interrupção dos cuidados normais que o paciente requer nesses casos, é lícito, segundo a ciência e a consciência, renunciar a tratamentos que proporcionam apenas um prolongamento precário ou doloroso da vida”.

262 “Não é legal suspender tratamentos que sejam necessários para manter as funções fisiológicas essenciais, desde que o corpo possa se beneficiar deles (como hidratação, nutrição, termorregulação, suporte respiratório proporcional e outros tipos de assistência necessários para manter homeostase corporal e controlar a dor sistêmica e orgânica). [...] Quando o fornecimento de nutrição e hidratação não mais beneficia o paciente, porque o organismo do paciente não consegue absorvê-los ou metabolizá-los, sua administração deve ser suspensa”.

263 “O uso de analgésicos é, portanto, parte do cuidado do paciente, mas qualquer administração que direta e intencionalmente cause a morte é uma prática eutanásica e inaceitável. A sedação deve excluir, como finalidade direta, a intenção de matar, embora possa acelerar o início inevitável da morte”.

religiões monoteístas do mundo no tocante à eutanásia e práticas análogas, como o suicídio assistido.

Não é nossa intenção traçar qualquer crítica aos dogmas religiosos ou ao posicionamento dos diversos grupos – em sua enorme maioria contrários às práticas mencionadas. Todos são livres para professarem a fé que lhes pareça mais adequada e que apresente os melhores argumentos em relação à condução da vida e da morte. Há, inclusive, estudos médicos que indicam que pessoas que possuem alguma fé, em geral, reagem melhor a tratamentos e apresentam um processo de cura mais rápido do que pessoas que não professam nenhuma crença, donde pode-se concluir que ter alguma fé, ou ao menos alguma concepção transcendente da vida, é benéfico do ponto de vista do bem-estar psíquico e emocional do indivíduo²⁶⁴. Seria razoável crer que pessoas que acreditam em vida após a morte, no reencontro com entes queridos que já morreram ou no próprio encontro com Deus, encaram a terminalidade e o sofrimento com maior resignação.

O que não se pode aceitar é que valores religiosos permeiem a legislação a ponto de se imporem a pessoas que não professam qualquer fé – ou que professam fé diferente daquela manifestada no texto legislativo. A Constituição garante a liberdade de consciência e de crença²⁶⁵, que deve ser interpretada não apenas como a liberdade de escolher entre as diversas crenças e religiões existentes (ou até optar pelo sincretismo), mas, também, como a liberdade de não professar qualquer fé²⁶⁶.

264 Fé pode ajudar muito no tratamento e cura de doenças, defendem médicos. *G1*, São Paulo, 24 de julho de 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2013/07/fe-pode-ajudar-muito-no-tratamento-e-cura-de-doencas-defendem-medicos.html>. Acesso em: nov/2019.

265 O art. 5º, VI, da CR/88 determina que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

266 Não obstante, a igreja Católica faz críticas enfáticas ao legislador e aos estudiosos que procuram defender a regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido. Segundo a já mencionada carta *Samaritanus Bonus*, publicada recentemente pelo Vaticano: “É por isso que a eutanásia e o suicídio assistido são uma derrota para quem teoriza sobre eles, que os decide ou que os praticam. Por isso, é gravemente injusto promulgar leis que legalizem a eutanásia ou justifiquem e apóiem o suicídio, invocando o falso direito de escolher uma morte indevidamente caracterizada como respeitável apenas porque foi escolhida. Essas leis atingem o fundamento da ordem jurídica: o direito à vida sustenta todos os outros direitos, incluindo o exercício da liberdade. A existência de tais leis fere profundamente as relações humanas e a justiça, e ameaça a confiança mútua entre os seres humanos. A legitimação do suicídio assistido e da eutanásia é um sinal de degradação dos sistemas jurídicos”. A Carta *Samaritanus Bonus* (ano) está disponível em: <https://press.vatican.va/>

Aqui reside o ponto fulcral da crítica aos argumentos religiosos: o julgamento não é dos dogmas em si – que podem ser aceitos ou não pelas pessoas –, mas a sua utilização como fundamento para a elaboração das leis, que serão impostas a todos, indiscriminadamente.

O paciente que, por questões religiosas, considera a eutanásia um pecado, não está obrigado a se submeter a ela, ainda que esteja padecendo de sofrimentos atroz e irreversíveis. No mesmo sentido, o médico também não está obrigado a praticar a eutanásia ou a promover auxílio ao suicídio do paciente, uma vez que a eventual escusa de consciência também está garantida pelo direito à liberdade de crença.

Como defendemos em vários pontos deste trabalho, o momento da morte deve ser concebido como mais um momento da existência em que o ser humano pode imprimir sua personalidade, expressar suas crenças e optar por um desfecho autobiográfico. Assim, se a religião for um valor importante para determinado indivíduo, ele terá a liberdade de transitar pelo processo de morte observando tal valor, o que será importante para sua personalidade e dignidade, ainda que sejam suas opções derradeiras. Mas serão opções, não imposições.

Com a legislação atual, entretanto, isso não acontece com a pessoa que não professa qualquer fé e não acredita em qualquer deus. Não que apenas os céticos defendam a eutanásia e o suicídio assistido, mas estas pessoas estão submetidas à imposição de uma lei que, de forma indireta, viola a liberdade de consciência e de crença, que inclui a liberdade de não crer em nenhuma entidade transcendente.

Não há dúvidas de que, hoje, um dos fatores que mais impedem o avanço das discussões sobre direito e bioética – e, conseqüentemente, a elaboração de leis regulamentadoras do aborto, da eutanásia e do suicídio assistido – é a enorme influência que grupos religiosos exercem nos parlamentos. O problema é que, ao verem resguardados seus valores religiosos, acabam por impor seus dogmas a uma sociedade inteira, e não apenas aos respectivos fiéis.

6.2 Argumentos de ordem moral e a cláusula geral dos bons costumes

Outro grupo de argumentos utilizados por aqueles que se posicionam contrariamente à eutanásia e ao auxílio ao suicídio tem como traço comum o levante de obstáculos morais à legalização destas práticas. Não há como classificá-los apenas como argumentos de ordem moral, visto que comumente também tangenciam os pressupostos dos argumentos religiosos.

De toda forma, são expressivas as alegações no sentido de que a dor – física ou emocional – possui o condão de humanizar o indivíduo, de trazer uma espécie de purificação e elevação moral e espiritual. Por outro lado, também é disseminada a noção de que provocar a morte de alguém, de modo a antecipar o que naturalmente só ocorreria mais tarde, constituiria um ato atentatório à dignidade, não só do indivíduo que padece, mas de toda a Humanidade. Discorrendo acerca da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940 e elogiando a posição do legislador pátrio em não descriminalizar ou justificar a eutanásia, Nelson Hungria já defendia que:

[...] a impunibilidade da chamada *eutanásia* não passa de um desses paradoxos característicos da extrema liberdade intelectual da época atual...[...]. Repugna à razão e à consciência humanas que se possa confundir com a prática deliberada de um homicídio o nobre sentimento de solidariedade e abnegação que manda acudir os enfermos e os desgraçados. Além disso, não se pode olvidar que o sofrimento é um fator de elevação moral. Não nos arreecemos, nesta época de retorno ao espiritualismo, de formular também o argumento religioso: eliminar o sofrimento com a morte é ato de estreito materialismo, é desconhecer que uma alma sobrevive ao perecimento do corpo e que a dor é o crisol em que essa alma se purifica e se redime para a sua progressiva ascensão às claridades eternas. *Ad augusta per angusta*. Os brados, os gemidos da dor humana ecoam, retumbam no seio infinito de Deus. O sofrimento é o preço da perfeição moral, é o tributo de peagem na peregrinação do homem pelo mundo. [...]. Raro é o homem que sabe suportar nobremente a dor. Esta, de regra, produz a impaciência e é um espetáculo que contrista e apieda. [...] Mas, se devemos chorar sobre a dor alheia, quando sem cura e sem alívio, a lágrima da nossa compaixão e do nosso desespero, não podemos jamais interceptar uma existência humana na sua função finalística, que se projeta além das coisas terrenas²⁶⁷.

O problema do argumento moral reside no fato de que ninguém pode ser compelido juridicamente a enobrecer-se. Ninguém pode ser obrigado a ser nobre ou elevado do ponto de vista moral em um grau que torne necessário desenvolver

267 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, 128-129.

desumana tolerância à dor. Por óbvio, se um indivíduo cultua tais valores e realmente entende, dentro de seu padrão moral, que a dor enobrece o caráter, estará livre para padecer sem solicitar a eutanásia. No entanto, não é razoável que este padrão moral seja imposto às demais pessoas que não buscam qualquer emancipação através do sofrimento e àqueles que compreendem que o sofrimento não traz qualquer benefício.

Outro argumento de ordem moral que costuma permear o discurso de quem se opõe à eutanásia é que sua regulamentação traduziria uma concepção utilitarista da vida. Sob o pressuposto da maximização, só valeria a pena manter vivas pessoas saudáveis, que não gerassem encargos e despesas para a coletividade. Por outro lado, se o tratamento é caro e a família não consegue provê-lo, a eutanásia seria a saída para fazer cessar os gastos com o paciente. No mesmo sentido, a eutanásia possibilitaria liberar um leito antes ocupado por um paciente cujos gastos oneravam muito a administradora do plano de saúde ou mesmo o governo, em se tratando de sistema público.

De fato, embora o princípio da maximização dos benefícios constitua sua essência, "o utilitarismo deixa de assegurar que as pessoas sejam tratadas como iguais, já que carece de uma teoria de parcelas equitativas"²⁶⁸. Isto porque não considera a perspectiva individual, mas a busca pela maior satisfação geral possível, o que, no plano prático, pode acabar por deixar alguns indivíduos em prejuízo²⁶⁹.

Constitui equívoco, entretanto, qualificar a eutanásia como prática utilitarista, uma vez que o pedido deve partir do indivíduo, sendo ele – e somente ele – o legitimado para hierarquizar seus valores e tomar a decisão que confira maior respeito à sua dignidade. Neste ponto, cabe trazer à baila novamente a distinção feita entre eutanásia e eugenia no Capítulo 3 deste trabalho. A eugenia, sem dúvida, é prática utilitarista, mas exatamente porque constitui uma política heterônoma e, em sua essência, contrária à vontade do indivíduo. O conceito de eutanásia, diferentemente, é o de uma morte provocada em razão do sofrimento irremediável do paciente e a pedido deste, e não por qualquer outra motivação, em especial de viés econômico. A regulamentação – com o estabelecimento de requisitos expressos para a prática – tem condições de fornecer ferramentas eficazes para evitar eventuais distorções.

268 KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 58.

269 KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 63.

De toda forma, por força de argumentação, podemos pensar nos casos em que a própria vida – e não a morte – é mantida por razões financeiras, e não por amor ou valoração intrínseca a este bem jurídico. Não raro a família de um paciente em coma profundo ou em estado vegetativo persistente, por exemplo, deseja que sua vida – ainda que meramente biológica – seja mantida para que assim seja possível a continuidade do recebimento de algum benefício financeiro (como uma pensão ou aposentadoria) ou mesmo para evitar a partilha de bens do paciente.

Podemos pensar em diversas hipóteses em razão das quais é necessário que o indivíduo esteja oficialmente vivo para que determinado recurso financeiro continue ativo. A manutenção da vida, pois, e não somente a promoção da morte, pode ter motivações utilitaristas. Este, inclusive, é um dos motivos que podem levar a família a incentivar o médico à distanásia, mantendo tratamentos obstinados e fúteis, sem qualquer potencialidade curativa ou de conforto.

O fato de, na ponderação que é realizada pelo paciente para a formação de sua vontade, entrarem razões de índole financeira, por si só, não invalida o consentimento. Conforme ainda será abordado neste trabalho, apenas o próprio indivíduo tem condições de hierarquizar seus valores e de decidir quais deles serão privilegiados em suas decisões. O que importa é que a vontade seja formada livre de erro, fraude ou coação, em consonância com o que será exposto.

Ainda no tocante aos argumentos morais, comumente se menciona que práticas como a eutanásia e o suicídio assistido seriam ofensivas aos “bons costumes” por contrariarem a moral dominante, que reprova qualquer conduta que constitua atentado à vida. De fato, a cláusula geral dos bons costumes é utilizada, muitas vezes sem qualquer precisão conceitual, com o fim de impor uma barreira de ordem moral à possibilidade de atos de cunho iminentemente pessoal.

Os costumes constituem práticas repetidas por um grupo social durante tempo relevante o suficiente para adquirirem força jurídica. Por isso, representam o retrato de algum padrão já consolidado naquele grupo. “Tradicionalmente, os costumes são utilizados de maneira retrospectiva, com os olhos voltados para o passado, a fim de retratar algo que já está consolidado, e não como algo a se projetar para o futuro”²⁷⁰.

270 DALSENTER, Thamis. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.

Traço característico do costume como fonte do Direito é a convicção de sua obrigatoriedade, ao menos em um círculo social determinado, especialmente quando se revestem do adjetivo “bons”²⁷¹.

A noção de bons costumes é constantemente evocada nos textos jurídicos, via de regra para a imposição de limitações à liberdade individual. Frequentemente, isso é feito sem, contudo, revestir-se da precisão necessária a promover segurança jurídica. Além disso, constantemente a cláusula é associada ou confundida com outros conceitos como moral social, boa-fé e ordem pública, sempre com o intuito de impor aos indivíduos uma vivência específica²⁷². A questão mais problemática do recurso aos bons costumes reside justamente na tentativa de justificar o *status quo* ao dar respaldo jurídico aos valores conservadores de uma classe dominante, ainda que não sejam hegemônicos. Representa, assim, uma regressão no tocante ao movimento histórico de separação entre direito e moral, especialmente em condutas de cunho religioso, familiar e sexual, acabando por constituir entrave ao reconhecimento jurídico de formas alternativas de vida.

No Direito Civil, os bons costumes possuem natureza jurídica de cláusula geral, que não se compatibiliza com a taxatividade exigida pelos tipos penais incriminadores. No âmbito penal, sob risco de ofensa ao princípio da reserva legal, o critério de adequação aos bons costumes jamais pode ser utilizado pelos juízes para punir condutas não previstas em lei como crimes, ainda que eventualmente atentatórias à cláusula em comento.

O problema maior, portanto, não diz respeito ao momento da aplicação da lei, em que o juiz realiza o juízo de subjunção do fato à norma, mas ao momento anterior – o da elaboração das leis. De fato, a noção conservadora do conceito de bons costumes pode orientar o legislador a tipificar condutas que não se traduzem em qualquer grau de ofensa a direitos de terceiros, apenas com o fim de impor uma moralidade que julga conveniente.

14, 2017, p. 112.

271 PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. A insustentabilidade da cláusula geral de bons costumes: pluralismo e laicidade da sociedade contemporânea. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, 2019, p. 164.

272 PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. A insustentabilidade da cláusula geral de bons costumes: pluralismo e laicidade da sociedade contemporânea. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, 2019, p. 164.

No tocante à possibilidade de disposição do próprio corpo, a exigência de adequação aos bons costumes encontra previsão expressa no art. 13 do Código Civil, que dispõe: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, *ou contrariar os bons costumes*” [grifo nosso]. Em razão deste preceito, parte da doutrina utiliza o argumento para defender que a integridade física é bem jurídico *indisponível*, ou, quando muito, *relativamente disponível*²⁷³. Por derivação, a vida seria bem jurídico indisponível, razão pela qual o consentimento do paciente não seria válido quando relacionado a ela. Ressalta-se, porém, que não há, na lei penal, referência aos bons costumes para sustentar responsabilizações para além da infringência dos tipos penais incriminadores expressamente previstos.

Ainda sob este argumento – de cunho eminentemente moralista, ao menos em sua origem²⁷⁴ – parte da doutrina veda a possibilidade de regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido; o que é problemático do ponto de vista da autonomia individual por impor ao indivíduo noções morais alheias a ele. Para os defensores desta posição, tirar a vida de alguém ou auxiliar alguém a fazê-lo seriam atos contrários a uma moral comum, que exige o respeito à vida em qualquer circunstância. No entanto, o conteúdo limitador da cláusula dos bons costumes parece ser inadequado à ideia de respeito aos vários projetos individuais de vida suportados pelo texto constitucional, ainda que difiram de uma pretensa moral coletiva ou majoritária.

O conceito de bons costumes carece de uma definição mais acurada, sobretudo em razão de sua função eminentemente limitadora da autonomia individual. Vários são os esforços, na doutrina pátria e estrangeira, de estabelecer o conteúdo da cláusula. Alguns autores a vinculam ao limite traçado pelas proibições já estabelecidas nos tipos penais incriminadores, de forma a relacioná-la ao princípio da legalidade, como fez Roxin até a terceira edição de seu manual²⁷⁵; outros adotam como parâmetro a gravidade da lesão e sua finalidade positiva, ou mesmo ponderam quanto à “razoabilidade” da lesão.

273 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 398.

274 A cláusula dos bons costumes foi inserida na legislação alemã sob o contexto do nacional-socialismo e apresentava cunho essencialmente moralista, com função de limitação de liberdades individuais.

275 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 399.

Avalia-se, ainda, a dignidade humana sob um ponto de vista coletivista para considerar, de forma equivocada, que algumas decisões, ainda que autônomas, seriam lesivas à dignidade²⁷⁶. De toda forma, sob tais critérios, a eutanásia e o auxílio ao suicídio seriam invariavelmente contrários aos bons costumes.

A nosso ver, a cláusula dos bons costumes é ilegítima por constituir limitação descabida à autonomia individual. Descabida por partir de uma perspectiva externa que desconsidera as subjetividades legítimas que eventualmente representem exceção a uma moralidade dominante. “O uso dos bons costumes evidencia uma imposição homogeneizante e injustificada do modelo de vida boa defendido pelos grupos majoritários”²⁷⁷. Conforme ainda será desenvolvido, a autonomia não é um valor ilimitado, mas as únicas limitações legítimas a ela são aquelas baseadas no paternalismo suave ou as que impedem condutas lesivas a terceiros. Dentro deste espectro, a cláusula dos bons costumes não encontra guarida.

O caráter indeterminado do conceito também é entrave à sua utilização, por visível ofensa ao princípio da legalidade. Em outras palavras, a cláusula dos bons costumes traz restrições que a lei não prevê, o que sempre é problemático no tocante às liberdades individuais. Consideramos, pois, que a noção de bons costumes não deve fazer parte da análise sobre a viabilidade de uma regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido.

De toda forma, cabe consignar que, ainda que se considere legítima a cláusula dos bons costumes, a concepção de seu sentido deve, necessariamente, passar por uma releitura que considere o caráter democrático e pluralista da Constituição de 1988, de forma que não configure óbice heterônomo à persecução de objetivos de vida amparados pelo texto constitucional. É inegável, sob uma concepção tradicional, que tal cláusula possui conteúdo precipuamente moral, muitas vezes confundida com a noção de “moral social”, redundando em limitação heterônoma da liberdade individual, ainda quando o exercício desta liberdade não resulta em danos a terceiros.

276 Para os fins deste trabalho não nos parece necessário fazer um apanhado detalhado sobre as diversas teorias que orientam a definição do conteúdo da cláusula dos bons costumes. Para tanto, remetemos o leitor à obra de SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 399-406.

277 PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. A insustentabilidade da cláusula geral de bons costumes: pluralismo e laicidade da sociedade contemporânea. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, 2019, p. 162.

A concepção de costumes voltada para o passado deve ceder lugar à ótica de uma “técnica legislativa orientada à abertura do sistema, [...] vinculando-se à concretização, não mais da moral social pura e simplesmente, mas, especificamente, da moralidade constitucional”²⁷⁸, para que esta influencie as práticas que ainda estão em vias de consolidação.

Neste ponto, parece-nos útil a distinção proposta por Thamís Dalsenter na chamada “Teoria Tríplice da Autonomia Privada Existencial”²⁷⁹. Ao discutir os limites que podem legitimamente ser impostos à autonomia existencial (em paralelo à autonomia patrimonial, regulada pela boa-fé e pela função social), a autora destaca a necessidade de adequar o conteúdo da cláusula dos bons costumes à essência laica e democrática do texto constitucional, bem como ao papel da dignidade como chave de leitura dos demais princípios.

Na mencionada teoria, os atos de autonomia são classificados em (a) atos de eficácia pessoal; (b) atos de eficácia interpessoal; e (c) atos de eficácia social. O critério distintivo é o alcance das consequências advindas da realização de interesses existenciais dos indivíduos. Os atos de autonomia de eficácia pessoal implicam em consequências que atingem exclusivamente a esfera jurídica de seu titular, ou seja, não representam lesão ou ameaça de lesão a direitos de terceiros²⁸⁰. Os atos de eficácia interpessoal, por sua vez, repercutem em esferas jurídicas de pessoas determinadas, distintas daquela que praticou o ato. Já os atos de eficácia social apresentam

278 DALSENTER, Thamís. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, 2017, p. 112.

279 DALSENTER, Thamís. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, 2017, p. 99-125.

280 A autora deixa claro que não são objeto de análise, para fins de aplicação da teoria, os reflexos indiretos ou mediatos advindos do ato de autonomia, mas apenas as consequências que tiveram nele sua causa direta e imediata. “Ficam afastados os reflexos indiretos ou mediatos que todo ato de autonomia pode produzir, mas que não possuem o condão de influir na esfera jurídica alheia, pelo que não modificam, extinguem ou constituem o campo de titularidade de outros sujeitos”. DALSENTER, Thamís. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, 2017, p. 104.

consequências jurídicas que constituem lesão ou ameaça de lesão a direitos de um número indeterminado de pessoas²⁸¹.

Partindo desta distinção, a autora pondera que a ofensa a determinados padrões morais não acarreta, necessariamente, a legitimidade de limitações à autonomia existencial a pretexto da cláusula dos bons costumes. “Se não há efeitos diretos e imediatos, o que se tem é simplesmente a ofensa a padrões sociais que não constituem, por si, interesses juridicamente tutelados”²⁸², ainda que tais padrões sejam compartilhados por uma maioria.

Sob esta ótica, limitações ao direito de disposição da vida baseadas no argumento dos bons costumes são ilegítimas, uma vez que a eutanásia e o auxílio assistido são práticas cujas consequências não extrapolam o âmbito de direitos do indivíduo que se submete a elas. Não há consequências diretas ou imediatas daquelas práticas sobre a esfera jurídica de outros indivíduos, sejam eles determinados ou não.

Como cânone interpretativo, os bons costumes indicam que a resolução de toda e qualquer demanda envolvendo o exercício da autonomia existencial deve ser orientada pelo respeito à pluralidade de valores que conformam a ordem constitucional, de tal modo que nenhuma visão de mundo se imponha sobre as demais no caso de ambas serem amparadas constitucionalmente, como consequência da incidência do princípio constitucional de solidariedade e do pluralismo democrático nas relações privadas²⁸³.

A teoria tríplice da autonomia, conforme exposto, possui o mérito de afastar a possibilidade de limitações à autonomia existencial baseadas na cláusula dos bons costumes no caso dos atos de eficácia pessoal, como o são a eutanásia e o auxílio ao suicídio, por atingirem tão somente a esfera jurídica do próprio titular. A adoção da teoria, no entanto, pressupõe a aceitação da referida como legítima, quando, na verdade, a essência da teoria não são os bons costumes em si, mas a ofensa a

281 DALSENTER, Thamis. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, 2017, p. 103-104.

282 DALSENTER, Thamis. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, 2017, p. 109.

283 DALSENTER, Thamis. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, 2017, p. 117.

terceiros. Ora, se um ato de autonomia possui eficácia interpessoal ou social, conforme a classificação exposta, a legitimidade de sua vedação não reside na aplicação da cláusula geral dos bons costumes, mas na existência de lesão ou de ameaça a direitos alheios constitucionalmente tutelados. Assim, parece-nos que a cláusula geral dos bons costumes carece de utilidade prática.

Em última análise, a teoria também não contribui para a definição conceitual da cláusula geral. A autora firma que:

Essa dificuldade em fixar um conteúdo estático e definidor de bons costumes é decorrência direta dos benefícios dessa cláusula geral. Suficientemente ampla para abarcar o maior número possível de hipóteses concretas e satisfatoriamente vaga para ampliar a autonomia do intérprete, o conteúdo da cláusula é essencialmente variável²⁸⁴.

Discordamos desta posição porque, em consonância com o já explanado, não nos parece adequado adotar uma cláusula de conteúdo tão indefinido quando sua função essencial é, de um lado, limitar liberdades individuais de um ponto de vista heterônomo e, de outro, ampliar o espectro de punição para além da taxatividade da lei.

O direito convive com conceitos “flexíveis” ou de difícil delimitação, e esta plasticidade é, em geral, benéfica ao próprio ordenamento jurídico, que pode assumir novas perspectivas a partir de um esforço hermenêutico. É o que ocorre, por exemplo, com a noção de dignidade humana, muito mais fácil de ser definida do ponto de vista negativo (é mais fácil construir o conceito a partir da definição do que é indigno). O que importa é que, na definição de dignidade que aqui adotamos, o “conceito” é definido pelo próprio sujeito, segundo sua escala pessoal de valores, por respeito ao direito de autodeterminação, e tem como função a ampliação e proteção das liberdades individuais.

O conteúdo da cláusula dos bons costumes, entretanto, é definido externamente, de uma perspectiva heterônoma, que pode não coincidir com os valores do indivíduo, mas que será imposto a ele para o fim de limitar sua liberdade. “Essa cláusula possui efeitos claramente criminalizantes, já que o sujeito que executa a lesão consentida será

284 DALSENTER, Thamís. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, 2017, p. 113.

punível como se não houvesse qualquer consentimento [...]”²⁸⁵. Tal indefinição pode ser bastante perigosa do ponto de vista político, por servir, eventualmente, à salvaguarda dos interesses de um grupo dominante às custas da aniquilação dos divergentes, além de favorecer posturas moralistas e baseadas em um paternalismo rígido. De fato, “[...] se é necessário um esforço argumentativo tão grande para definir o conteúdo dessa cláusula, já há no mínimo um indício de que o princípio da legalidade está sendo violado”²⁸⁶.

6.3 O argumento da “ladeira escorregadia”, ou *slippery slope*

O argumento da *slippery slope* é comumente empregado por estudiosos contrários à legalização da eutanásia e do suicídio assistido. Seu fundamento reside na ideia que admitir tais condutas não seria um problema por elas próprias, mas porque abriria espaço para a prática indiscriminada de outras condutas inaceitáveis. Deste ponto de vista, defende-se que a permissão à eutanásia poderia abrir caminho para práticas escusas e indesejadas. Seria como abrir uma comporta e perder o controle sobre outras condutas que não se pretende legalizar.

Partindo desta perspectiva, admitir a eutanásia faria crescer o risco de estender tal hipótese, na prática, aos casos em que não há manifestação de vontade, ou até contra a vontade manifesta do paciente.

Incorre-se aí no temor da “ladeira escorregadia” (*slippery slope*), argumento frequentemente utilizado para afastar situações que, embora aceitáveis *prima facie*, abririam caminho, segundo seus opositores, para outras práticas, consideradas inadmissíveis. Assim, ao entender possível a eutanásia involuntária de membros da espécie humana que se encontrassem agonizando, ante a morte iminente, poder-se-iam estar criando precedentes para a eliminação de indivíduos que não fossem terminais nem passassem por sofrimentos incontroláveis, mas acerca dos quais, pela gravidade de seu quadro ou pela falta de quem zele por seus interesses, não se entendessem compensadores os esforços para

285 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 408-409.

286 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 407. A autora propõe, ao menos como solução provisória, que sejam expressamente previstos em lei os eventuais limites que se queira impor sobre a liberdade individual, e que sejam estes limites sempre vinculados a critérios de paternalismo suave (idem, p. 414).

mantê-los. Também no caso do paciente em estado vegetativo persistente, poderia ocorrer a generalização da antecipação de morte para pessoas inconscientes que não estivessem em condição irreversível, como no coma; ou, ainda, na hipótese do recém-nascido inviável, passar-se a admitir a morte de recém-nascidos com malformações que não comprometessem a subsistência. Observa-se, então, que a eutanásia involuntária remete comumente ao medo de fundamentos econômicos e eugênicos, temendo-se, com isso, uma excessiva relativização da proteção ao direito à vida²⁸⁷.

Seguindo a mesma argumentação, poder-se-ia afirmar que a legalização da eutanásia levaria à prática de condutas eugênicas ou utilitaristas – como o “descarte” de pessoas idosas que não mais contribuem economicamente para a sociedade – ou para a prática encoberta de verdadeiros homicídios por inobservância dos requisitos relativos ao consentimento do paciente ou a seu estado de saúde.

[...] mesmo aqueles que não se opõem à eutanásia voluntária frequentemente argumentam contra a respectiva legalização, não em razão de seus deméritos morais intrínsecos, mas porque temem que legisladores e juristas possam se deparar com a “ladeira escorregadia”, que conduziria da eutanásia voluntária para a não voluntária e até à involuntária, culminando com o horror nazista ao final do caminho²⁸⁸ [tradução nossa].

Este é, inclusive, um dos argumentos apresentados na carta encíclica *Evangelium Vitae*, do Papa João Paulo II, datada de 25 de março de 1995. No documento, o pontífice assevera:

Uma trágica expressão de tudo isto, encontramos-na na difusão da *eutanásia*, ora mascarada e subreptícia, ora actuada abertamente e até legalizada. Para além do motivo de presunta compaixão diante da dor do paciente, às vezes pretende-se justificar a eutanásia também com uma razão utilitarista, isto é, para evitar despesas improdutivas demasiado gravosas para a sociedade. Propõe-se, assim, a supressão dos recém-nascidos defeituosos, dos deficientes profundos, dos inválidos, dos idosos, sobretudo quando não auto-suficientes, e dos doentes terminais. Nem nos é lícito calar frente a outras formas mais astuciosas, mas não menos graves e reais, de eutanásia, como são as

287 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 86.

288 Texto no idioma original: “[...] even those not opposed to voluntary euthanasia often argue against its legalization, not in virtue of its own intrinsic moral demerits, but because they fear that legislators and jurists may step on to the “slippery slope” that leads from voluntary to nonvoluntary to involuntary euthanasia, with the dreaded Nazi horror at the end of the slide.” FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 346.

que se poderiam verificar, por exemplo, quando, para aumentar a disponibilidade de material para transplantes, se procedesse à extracção dos órgãos sem respeitar os critérios objectivos e adequados de certificação da morte do dador²⁸⁹.

A tese em exame não constitui espécie argumentativa reservada ao tema da eutanásia. Ao contrário, é bastante comum na discussão de outros temas polémicos, como, por exemplo, a legalização da maconha, a permissão de mudança de nome para transexuais, a regulamentação do transplante de órgãos e o aborto de fetos anencéfalos. Pessoas contrárias a tais práticas – sejam estudiosas, sejam leigas – costumam arguir que a liberação do uso da maconha levaria o usuário, inevitavelmente, ao consumo de drogas mais pesadas; que permitir aos transexuais que alterem seu nome para conformá-lo com o gênero desejado faria com que estelionatários ou pessoas que desejam se esquivar da Justiça passassem a ter maior facilidade para proceder à alteração do registro; que permitir o transplante de órgãos faria com que pessoas fossem mortas contra sua vontade para que seus órgãos abastecessem o mercado negro; que permitir o aborto de fetos anencéfalos abriria caminho para a prática de abortos de fetos com outros tipos de anomalias.

Conforme aponta Feinberg, o mencionado raciocínio apresenta duas formas: uma lógica e uma empírica. Esta última resulta da aplicação da técnica de “redução ao absurdo”.

A proposição em questão é mostrada como implicando logicamente outras proposições que são “absurdas” ou anteriormente inaceitáveis para a pessoa que defende a proposição inicial. Esse argumento de *reductio*, em todas as formas em que foi levantado contra a legalização da eutanásia voluntária, é um fracasso sombrio. Se alguém restringir explicitamente sua defesa exclusivamente à eutanásia voluntária, dificilmente poderá ser passível da acusação de que a posição que advoga implica logicamente na defesa da eutanásia involuntária ou dos programas nazistas de assassinatos²⁹⁰ [tradução nossa].

289 A Carta Encíclica *Evangelium Vitae* está disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em: nov/2019.

290 Texto no idioma original: “The proposition at issue is shown to logically entail other propositions which are either “absurd” or else antecedently unacceptable to the person who advocates the initial proposition. This *reductio* argument, in all the forms in which it has been leveled against legalized voluntary euthanasia, is a dismal failure. If one explicitly restricts one’s advocacy to *voluntary* euthanasia, then one can hardly be vulnerable to the charge that one’s advocated position logically entails involuntary euthanasia or the Nazi programs of non-

Segundo o autor, o aspecto empírico do argumento é mais plausível, e representa uma lógica do tipo “efeito dominó”:

Certamente, a eutanásia voluntária não implica logicamente na eutanásia involuntária, mas os dominós são organizados de forma que, uma vez que uma determinada legislatura legaliza a eutanásia voluntária, inevitavelmente pressões políticas se acumulam para a legalização da eutanásia não voluntária, que no devido tempo será legalizada, suavizando a opinião pública para a eutanásia involuntária, incentivando os políticos a seguir nessa direção e assim por diante²⁹¹ [tradução nossa].

Ainda assim, entendemos que a defesa da eutanásia voluntária – ou mesmo da eutanásia involuntária, para os casos de estado vegetativo, coma, outras formas de inconsciência e incapacidade – jamais pode levar à conclusão pela autorização de uma eutanásia não voluntária, que sequer deveria ser chamada de eutanásia, porque ausente o pedido do paciente. O trâmite a que se submete o legislador, movido pela opinião pública, ao propor determinada medida é um trâmite racional, e não um movimento sobrenatural e incontrolável. Ademais, ao menos nas democracias, a elaboração e aprovação de um texto legal não é fruto da vontade de um indivíduo isolado, mas de diversas frentes, muitas vezes antagônicas, surgindo deste embate ponderações aptas a limitar a amplitude de um eventual “efeito dominó”.

Verifica-se, na verdade, que esta linha argumentativa se presta mais a limitar o exercício regular de direitos por parte de seus titulares do que a salvaguardar práticas indesejadas. Trata-se de uma inversão: veda-se um direito constitucionalmente válido sob o argumento de impedir eventuais práticas correlatas indesejadas, embora completamente diversas. Em razão de um receio meramente hipotético, voltado para o futuro e que talvez sequer se confirmasse na prática, priva-se o cidadão do exercício de direitos no momento presente.

euthanasian murders”. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 346.

291 Texto no idioma original: “To be sure, voluntary euthanasia does not *logically entail* involuntary euthanasia, but rather the dominoes are so arranged that once a particular legislature legalizes voluntary euthanasia, then inevitably political pressures will mount for the legalization of nonvoluntary euthanasia, which will in due time be legalized, softening up public opinion for involuntary euthanasia, encouraging politicians to move in that direction, and so on”. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 346.

Ora, seria mais legítimo admitir o exercício de tais direitos, traçando e fiscalizando legalmente os limites e condições para tanto, do que simplesmente vedá-lo sob a justificativa de um receio hipotético. A mesma lei que permite o exercício de um direito é capaz de prever mecanismos de controle para que dito exercício não extrapole limites e condições que se queiram observados. Como já observava Dworkin:

Esse argumento (encosta escorregadia) também perde sua força assim que compreendemos que a não-legalização da eutanásia é, em si, danosa a muitas pessoas; então nos damos conta de que fazer o melhor possível para traçar e manter uma linha defensiva, reconhecendo os riscos de que outros tracem uma linha diferente no futuro, e tentando nos proteger de tal risco, é melhor que abandonar totalmente essas pessoas. Existem riscos tanto na legalização quanto na recusa a legalizar; é preciso atentar para o equilíbrio desses riscos concorrentes, e nenhum deles deve ser ignorado²⁹².

O argumento da ladeira escorregadia também falha por ingenuidade, pois parte do pressuposto de que tais práticas indesejáveis não são levadas a cabo puramente em razão da vedação legal. É como negar que abortos, uso de drogas e a própria eutanásia já ocorram, independentemente de serem criminalizados ou legalizados.

As práticas eutanásticas já ocorrem, seja furtivamente, seja através de terapêuticas de duplo efeito, considerada justificável para os conservadores. O perigo não está em legalizar essa prática, mas que ela permaneça fora da discussão pública, ocorrendo nos hospitais, sem que a comunidade tenha conhecimento. Se há o temor de que sua legalização dê aos médicos muito poder sobre a vida e a morte dos pacientes, mais poder têm eles se não se discute o assunto, pois já dispõem da vida dos pacientes. Em uma unidade de tratamento intensivo, por exemplo, não há controle externo das terapias que eles aplicam ou deixam de aplicar no paciente. São totalmente livres para decidir, baseados apenas em sua opinião. Nossa posição é que legalizar a eutanásia voluntária, estabelecendo critérios rigorosos para a sua prática, criando Comitês de Ética Médica nos hospitais, obrigaria, tanto a equipe médica quanto os familiares, a obterem o consentimento do paciente, não mais podendo praticar atos contrários a sua vontade²⁹³.

292 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 279.

293 CAMPI, Sandra. *O valor intrínseco da vida e a autonomia: reflexões sobre a eutanásia*. 2004. 101f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004, p. 96.

6.4 Deveres do médico e a ética hipocrática

Desde a Antiguidade, a relação médico-paciente se reveste de flagrante assimetria, fundamentada na chamada “ética Hipocrática”²⁹⁴. Baseada nos princípios da beneficência (dever de fazer o bem) e da não-maleficência (proibição de condutas prejudiciais intencionais), a ética hipocrática destaca a superioridade do papel do médico, a quem é reservada toda a ponderação com relação à eleição do melhor método para tratamento do paciente²⁹⁵.

Em atenção ao princípio da beneficência, o médico deve envidar esforços no sentido de fazer o bem ao paciente. Visto de forma limitada, fazer o bem sempre terá o sentido de manter a vida, ainda que meramente biológica. Este princípio, se tomado de forma isolada, possui forte índole paternalista²⁹⁶, pois sua observância pressupõe que o médico sempre sabe o que é o melhor para o paciente (inclusive quando o próprio paciente discorda). Exemplos de condutas justificadas pelo princípio da beneficência são a transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová (ainda que contra a vontade do paciente) e a coação exercida para impedir o suicídio.

Por outro lado, pelo princípio da não-maleficência, matar alguém ou auxiliá-lo no ato será sempre ruim e proscrito pela ética médica, ainda que a conduta satisfaça os

294 Datado do século V a.C., o Juramento de Hipócrates fundamenta a ética baseada no cuidado, aqui no sentido de cura, e confere ao médico prerrogativas que se sobrepõem às do próprio paciente. No Brasil, não só médicos, mas outros profissionais da saúde declamam o texto do Juramento por ocasião da formatura, e seu conteúdo permanece presente no discurso e na prática médica.

295 Esta pretensão superioridade é também caucionada pela igreja Católica, como, por exemplo, nesta passagem da Carta do Bom Samaritano: “Por outro lado, a equipe médica sente-se cada vez mais limitada pela autodeterminação expressa nas declarações dos pacientes, que privam os médicos de sua liberdade e do dever de salvaguardar a vida, mesmo onde poderiam fazê-lo”. Entende-se, pois, que a manifestação de vontade do paciente representa equivocada limitação a uma pretensão liberdade do médico. A Carta *Samaritanus Bonus* (2020) está disponível em: <https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2020/09/22/200922a.html>. Acesso em: set/2020. Discordamos frontalmente do teor do trecho destacado. Ao nosso ver, o ordenamento jurídico não confere ao médico qualquer liberdade para agir contrariamente à vontade livre do paciente capaz.

296 “Um médico pode ser paternalista em relação ao paciente ao executar uma intervenção contra a vontade deste visando à promoção da sua saúde, da mesma forma que o Estado pode ser paternalista ao punir determinado tipo de conduta para prevenir danos ao próprio indivíduo que a pratica ou então ao autorizar intervenções paternalistas de terceiros na liberdade de seus cidadãos”. Cf.: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.47.

desejos de um paciente plenamente capaz de discernir e que tenha na antecipação da morte a única forma de se livrar de seu sofrimento. O intuito do médico será o de preservar a vida (não matar) em qualquer circunstância, a despeito de indagações sobre sua qualidade e sobre a vontade do paciente.

Esta leitura dos princípios da beneficência e da não maleficência coaduna com a ética hipocrática tradicional, sob a qual o médico detém todo o saber²⁹⁷. Sendo assim, não recai sobre ele o dever de informar ou esclarecer o paciente, sendo a este reservado meramente o papel de receptor do tratamento, nunca de protagonista nas escolhas da melhor terapêutica. A propósito, seguindo esta lógica, a melhor terapêutica é aquela que promove a cura, ainda que violentamente invasiva ou mesmo contrária à vontade do enfermo.

A ética hipocrática prevaleceu por séculos porque, culturalmente, a profissão de médico sempre foi vista como extremamente nobre, reservada a indivíduos inteligentes, ponderados e competentes, treinados para lutar contra a morte e salvar vidas. Nas culturas antigas, o sujeito que assumia o papel de curandeiro sempre gozava de posição de destaque na comunidade. Esse lugar quase sagrado conferido aos médicos colabora para que o próprio paciente assuma uma posição subalterna na relação, sentindo-se inibido para expressar questionamentos acerca de seu estado de saúde e dos tratamentos eventualmente disponíveis. Muitas vezes, a conduta de manter o doente alheio a seu diagnóstico é deliberada: o médico mente para ele como forma de poupá-lo das más notícias referentes a seu estado de saúde e prognóstico.

Trata-se, pois, do *desenganado*, termo este que traduz a antiga – e lamentavelmente persistente, a despeito da afronta aos ditames éticos da profissão médica – crença de que o paciente terminal, e, em alguns casos, seus familiares, são beneficiados pela ausência de informações a respeito da doença, ou mesmo pela mentira²⁹⁸.

297 Esta, inclusive, é a concepção da igreja Católica no tocante ao exercício da Medicina. Conforme consta na recentemente publicada Carta do Bom Samaritano, “A relação de cuidado revela a dupla dimensão do princípio da justiça para promover a vida humana (*suum cuique tribuere*) e evitar fazer mal a outrem (*alterum non laedere*). Jesus transformou este princípio na regra de ouro “Faça aos outros tudo o que você gostaria que eles fizessem a você” (Mateus 7:12). Esta regra encontra eco na maxim *primum non nocere* da ética médica tradicional”. A Carta *Samaritanus Bonus* (2020) está disponível em: <https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2020/09/22/200922a.html>. Acesso em: set/2020.

No Brasil, o Código de Moral Médica de 1929 preconizava no art. 4º que “o médico, em suas relações com o enfermo, procurará tolerar seus caprichos e fraquezas enquanto não se oponham as exigências do tratamento, me [ipsis litteris], exerçam uma influência nociva ao curso da afecção”²⁹⁹. Observe-se que a vontade do paciente era concebida como mero capricho, sendo presumida sua condição de fraqueza.

De maneira geral, os médicos são formados para curar, e não para cuidar. Historicamente, o espaço de cuidado ficou reservado aos enfermeiros. O médico é técnico, debruça-se sobre o paciente como quem analisa um equipamento para “consertá-lo”. Não raro, em plantões de emergências médicas, encontram-se médicos que se gabam com a expressão “no meu plantão, ninguém morre”, justificando o uso de todas as ferramentas aptas à manutenção da vida com o objetivo de garantir a vitória em uma espécie de competição que, às vezes, atenta contra a própria vontade do paciente.

Muitos dos que condenam a eutanásia e o auxílio ao suicídio, especialmente profissionais da área médica, utilizam alegações relativas à ética hipocrática para rechaçar de pronto a possibilidade de profissionais de saúde promoverem a morte de um paciente, ainda que este manifeste vontade nesse sentido por não ter qualquer prognóstico de cura e estar padecendo de dores implacáveis.

Felizmente, no entanto, esta não é a regra geral: boa parte dos médicos compreende hoje que o tratamento ideal não é necessariamente o que cura – até porque nem sempre isso é possível –, mas aquele que trata o indivíduo para além de sua dimensão biológica, chamando-o a participar do processo como protagonista, e não como objeto.

298 SILVA, Marcelo Sarsur. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014, p. 114. O chamado “privilegio terapêutico”, a nosso ver, salvo em raríssimas circunstâncias, não é legítimo porque afasta do médico o dever de informação, que, conforme veremos, é pressuposto do consentimento válido.

299 O Código de Moral Médica (1929) está disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/arquivos/codigo_moral_medica\(1929\).pdf](http://www.portalmedico.org.br/arquivos/codigo_moral_medica(1929).pdf). Acesso em: set/2019.

Essa mudança de paradigma teve início após a II Guerra Mundial, especialmente em decorrência de experimentos médicos abusivos levados à cabo pela Alemanha nazista e também pelos EUA³⁰⁰.

Principalmente o *Código de Nuremberg* de 1947 e a *Declaração de Helsinque sobre a investigação médica* de 1964, editada pela Associação Médica Mundial, representaram o rompimento com a ética tradicional e a ascensão de um novo paradigma no contexto pós-guerra, fundado na exigência do *consentimento*. Ambos os documentos, no entanto, se vinculavam tão somente à investigação clínica. Em 1981, foi consagrado a nível internacional o reconhecimento da autonomia do paciente referente a todo e qualquer tratamento médico, por meio da *Declaração de Lisboa sobre os direitos do paciente*³⁰¹.

Os direitos à autonomia e à autodeterminação assumiram importante relevo, o que levou a uma transição – ainda em curso no Brasil – entre a ética hipocrática e uma ética pós-hipocrática. Neste contexto, a Bioética atingiu especial desenvolvimento, incrementando a ética hipocrática e atribuindo novos sentidos aos princípios da beneficência e da não-maleficência. Discorrendo sobre o contexto de surgimento da Bioética, Maria Elisa Villas-Bôas destaca:

Os Códigos de Ética Médica, voltados para o exercício de uma profissão que sempre esteve envolvida em certo grau de mistério e reverência quase religiosos, já não eram suficientes para orientar a conduta do médico perante sua comunidade, cada vez mais informada e ciosa de seus direitos. E esses direitos abrangiam, sobretudo, o poder de intervir na conduta médica, decidindo se deseja ou não receber determinado tratamento indicado pelo facultativo, de modo que o original paternalismo que caracterizava a ciência médica (o médico como o detentor do conhecimento, a ele cabendo dizer o que é melhor para seus pacientes) cede lugar ao espaço da autonomia do paciente, reconhecido, então, como apto a gerir seus próprios interesses³⁰².

A corrente de estudo mais conhecida da Bioética é a chamada *principlismo*. Fundada pelos americanos Tom Beauchamp e James Childress em 1979 com a publicação da segunda edição da obra *Principles of Biomedical Ethics*, passou-se a

300 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 54.

301 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 54.

302 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 109.

compreender que a conduta médica e a relação médico-paciente devem se fundar em quatro princípios: a autonomia, a não maleficência, a beneficência e a justiça³⁰³.

O princípio da não maleficência deixa clara a distinção ente “fazer o bem” e “não fazer o mal”; prestando-se a justificar a suspensão de tratamentos quando o mal for incurável e o prolongamento da terapêutica for apenas trazer sofrimento ao paciente. Evitam-se, assim, os cuidados fúteis, que muitas vezes caracterizam a distanásia, uma vez que nenhum benefício advirá da continuidade do tratamento. Pelo contrário: sua prorrogação imporá um mal ao paciente.

O princípio da justiça, por sua vez, relaciona-se à distribuição equânime dos recursos médicos em uma sociedade, não raras vezes escassos. O suporte jurídico do princípio bioético da justiça está no próprio direito à igualdade e nas normas constitucionais que garantem a todos o acesso à saúde.

A dificuldade de distribuição justa de recursos se encontra nas raízes da Bioética, quando, na década de 60, fez-se mister criar o Comitê de Seattle para escolher, dentre os doentes renais crônicos, aqueles que fariam jus ao maquinário destinado à realização de hemodiálise. Na época, observou-se que os beneficiados foram, em sua grande maioria, homens brancos, com segundo grau completo, entre vinte e cinco e quarenta e cinco anos de idade, que estavam em dia com suas contribuições sociais³⁰⁴.

É indubitável que a aplicabilidade prática do princípio da justiça encontra enormes óbices, especialmente em países em desenvolvimento. A classe social e o poder aquisitivo das pessoas determinam seu nível de acesso a tratamentos de saúde, gerando injustiças flagrantes, especialmente se considerarmos a grande discrepância de distribuição de renda entre as classes sociais³⁰⁵.

Por fim, o principialismo preconiza o respeito à autonomia, que se relaciona à capacidade de autodeterminação do indivíduo. Este princípio apresenta estrita ligação com as noções de legalidade, liberdade e direito à autodeterminação, visto que ninguém é obrigado a fazer ou consentir com algo, senão em virtude de lei.

303 BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 115.

304 BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 123.

305 No Capítulo 3 deste trabalho, apresentamos o conceito de mistanásia, que se relaciona exatamente à vulnerabilidade social que um sem número de pessoas apresenta em razão da total ausência de acesso a diagnósticos e tratamentos.

A autonomia resulta da própria deferência à dignidade da pessoa. Ela se opõe ao paternalismo médico, vigente até o século passado, e representa o reconhecimento do protagonismo do paciente na decisão e na assunção de condutas a ele pertinentes. Na autonomia se incluem, além da liberdade, noções outras, consagradas pela evolução dos direitos humanos e da deontologia médica, a exemplo do respeito à privacidade e do direito à confidência, aspectos intimamente relacionados. Violar a autonomia, segundo Beauchamp e Childress, em consonância com o pensamento de Kant, é tratar a pessoa como *meio* e não como um fim em si mesma³⁰⁶.

Trazendo a análise para o campo da eutanásia, muitos autores ainda filiados à ética hipocrática consideram que a observância dos princípios da beneficência e da não maleficência deve afastar de pronto a possibilidade ética de admissão de ambas as práticas.

A aplicação do princípio da beneficência, sob este viés, parte da ideia de que bom é estar vivo e saudável; e ruim é estar enfermo ou mesmo morto. A análise é feita de forma literal, sem considerar a subjetividade, que invariavelmente deve ser levada em conta ao determinar o que é bom para determinado paciente. Costuma-se associar o bem à cura, à melhora da saúde, à recuperação do doente. A questão é que, na maior parte dos casos de eutanásia, o cenário indica que esta não é uma possibilidade real.

No tocante ao princípio da não maleficência, embora possa ser utilizado para justificar a ortotanásia e os cuidados paliativos, evitando-se assim a distanásia, sua leitura literal também impede qualquer justificativa para a eutanásia, inclusive a de duplo efeito. Isto porque *matar* sempre será visto como algo ruim, algo que em nenhuma circunstância pode ser feito, mesmo a pedido do paciente.

Retorna-se ao mesmo problema da aplicação objetiva do princípio da beneficência: a análise do que é bom ou ruim é necessariamente subjetiva, razão pela qual deve ser feita pelo paciente devidamente informado pelo médico sobre seu estado de saúde, diagnóstico e prognóstico. A ponderação de custo-benefício e de qualidade de vida, inerentes à hipótese, deve ser feita pelo enfermo, segundo sua própria hierarquia de valores, pois trata-se de sua vida, não de outra pessoa.

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

Neste ponto, merece destaque o princípio da autonomia. De nossa perspectiva, trata-se da “chave de leitura” para os demais princípios bioéticos. Pelo princípio da autonomia, a partir do dever de informação que o médico deve cumprir com o paciente (ou com seu representante legal), são dadas as condições de que o próprio sujeito forme seu entendimento acerca do seu quadro de saúde e das perspectivas do tratamento. É em observância ao princípio da autonomia que o paciente (e só ele) tem o direito de ponderar o que é *fazer o bem e não fazer o mal*, mandamentos preconizados pelos princípios da beneficência e da não maleficência.

No contexto pós-hipocrático, pois, o princípio da autonomia conduz à emancipação do paciente na relação com o médico. Consagra-se o direito do paciente de formar sua decisão a partir de uma hierarquização pessoal de seus valores e interesses, e não da valoração estanque que coloca a vida como superior a todos os outros bens jurídicos, em qualquer circunstância. Toda a ponderação sobre ideais, interesses, gostos e valores é precipuamente individual, não podendo ser generalizada ou feita por um terceiro.

Cumprido ressaltar que o prestígio ao princípio da autonomia não levará em todos os casos a uma conclusão necessária pela eutanásia. Como bem expõe Barroso,

Ao se valorizar a autonomia, não se está definindo o resultado: o paciente – ou seu responsável, em certos casos – poderá optar entre várias possibilidades, que incluem o prolongamento máximo da vida, seu não-prolongamento artificial e, em situações-limite, sua abreviação. Também em relação aos profissionais de saúde, a dignidade como autonomia é o melhor critério: assegura-lhes o direito de não realizar procedimentos que não considerem adequados, permite que atendam à vontade do paciente de não lhe causar sofrimento inútil, sem excluir a possibilidade de objeção de consciência por parte do médico, caso não esteja de acordo com as escolhas manifestadas³⁰⁷.

Conforme estabelecido, tal ponderação deve ser feita pelo próprio paciente (ou por seu representante legal, no caso de impossibilidade daquele), e não pelo médico.

Mesmo que fosse possível para o médico determinar com segurança o real conteúdo desses valores sob a perspectiva do sujeito a ser tratado, ainda assim não se pode negar [ao paciente] o direito de hierarquizar seus valores e de tal maneira que saúde e bem-estar não estejam em

307 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, v. 19, 2010, p. 82.

primeiro plano. Não se trata, portanto, de uma relativização do conteúdo desses valores, mas unicamente do reconhecimento do direito de nivelá-los de acordo com suas percepções individuais ou, em outras palavras, do direito de hierarquiza-los “segundo seus próprios critérios”³⁰⁸.

Por todo o exposto, entendemos que a ética hipocrática não é apta a resolver os conflitos bioéticos da atualidade, assim como não coaduna com a Constituição pátria, visto que retira do paciente o direito à autonomia e à autodeterminação. Somente sob um paradigma pós-hipocrático é possível que o médico exerça seu ofício sem violar os direitos do paciente.

6.5 Paternalismo penal

Um Estado que se pretende “liberal” deve guiar sua atividade coercitiva segundo os princípios da danosidade e da ofensividade. Em outras palavras, uma conduta só deve ser tipificada em lei como criminosa quando causar efetivo dano ou perigo de dano concreto a algum bem jurídico tutelado³⁰⁹.

Seguindo essa linha, condutas autorreferidas – por intermédio das quais o indivíduo causa dano somente a si próprio –, embora eventualmente censuráveis do ponto de vista moral e dos “bons costumes”, não devem legitimar a ação coercitiva do Estado. Isto porque, conforme veremos, tais ações não apresentam resultado penalmente relevante, embora possam representar um dano ao objeto material do bem jurídico protegido. No mesmo sentido, condutas praticadas em razão da anuência ou mesmo a pedido daquele que terá o objeto material de seu direito lesionado também não devem receber a reprovação penal em um Estado que zele pela noção de *ultima ratio* do direito penal.

Ao contrário do proposto, porém, o Estado muitas vezes criminaliza condutas com o intuito de proteger o indivíduo de si próprio (de suas próprias ações ou de suas próprias escolhas, nos casos em que a ação for praticada por terceiro em razão da vontade do sujeito), mesmo quando o ato praticado pelo indivíduo recai unicamente

308 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 55.

309 Daí as críticas que comumente são tecidas acerca da tipificação de crimes de perigo abstrato.

sobre ele mesmo, sem constituir lesão ou perigo de lesão a terceiros. John Stuart Mill, sobre o assunto, defendia que:

“Seu próprio bem [do sujeito], seja físico ou moral, não é uma garantia suficiente. Ele não pode ser legitimamente compelido a fazer ou tolerar que se faça porque será melhor para ele fazê-lo, porque o tornará mais feliz, porque na opinião dos outros, fazê-lo seria sábio...Esses são bons motivos para protestar contra ele, ou argumentar com ele, ou persuadí-lo, ou suplicar a ele, mas não para obrigá-lo ou ameaçá-lo com algum mal, caso ele faça o contrário³¹⁰ [tradução nossa].

O princípio pelo qual se admite que o Estado se coloque como guardião e protetor de indivíduos considerados desprotegidos ou incapazes a ponto de permitir que a legislação criminal preveja punições aptas a protegê-los de terceiros e até de si mesmos é o que chamamos de paternalismo legal³¹¹. A partir dele, busca-se legitimar a legislação penal do ponto de vista moral, uma vez que a proteção se daria em benefício do protegido, ou seja, “para o seu próprio bem”, ainda que ele próprio manifeste vontade contrária. Por este motivo, o paternalismo pode ser concebido como uma teoria limitadora da liberdade individual³¹².

310 Texto no idioma original: “His own good, either physical or moral is not a sufficient warrant. He cannot be rightfully compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because in the opinion of others, to do so would be wise...These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him or visiting him with any evil in case he do otherwise”. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Ontario: Batoche Books, 2001, p. 13. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf>. Acesso em: jul/2019.

311 Embora referendo o uso do termo “*legal paternalism*”, Feinberg adverte sobre os vieses negativos da expressão. Em primeiro lugar, porque atribuir a alguém o rótulo de “paternalista” sempre parecerá ofensivo, em razão da analogia à relação pai e filho. Em outras palavras, estar-se-ia acusando alguém de tratar os outros como crianças, além do fato de esse alguém ser também uma figura masculina, o *pater*. Outro problema do uso do termo, segundo o autor, é que ele pode levar a confusões com outras ações que também podem ser chamadas de paternalistas, mas que sequer são empenhadas em benefício ou proteção do outro. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 4.

312 Assim como Feinberg adverte, o que nos interessa aqui são as normas de índole paternalista que possuem força coercitiva. Outras condutas paternalistas, no sentido amplo, que se referem a um modo de agir que esconde ou desvirtua a realidade visando a proteger uma pessoa de algum sofrimento, não serão objeto deste estudo, por seu caráter particular. Como exemplo, podemos citar o de um familiar que, após obter esta informação de um médico, não revela a um ente querido que a ele só restam dois meses de vida. Não nos interessam, também, leis ou políticas públicas não coercitivas, como, por exemplo, a distribuição de cestas básicas (e não de dinheiro em espécie) a pessoas carentes. Nosso foco, portanto, será nas leis e na política criminal de índole coercitiva.

Algumas leis coercitivas de índole paternalista exigem do indivíduo determinados comportamentos, enquanto outras proíbem certas condutas, categorizando o que se denomina de paternalismo ativo e paternalismo passivo, respectivamente³¹³. Enquadram-se, no primeiro tipo, normas que obrigam motoristas a usarem cinto de segurança, motociclista a usarem capacetes, passageiros de um barco a usarem coletes salva-vidas. Do outro lado estão normas que proíbem o uso de drogas, a venda de bebidas alcoólicas a menores e o suicídio.

Entre vários outros critérios em torno dos quais podem ser classificadas as normas paternalistas, importa destacar aquele que leva em conta as normas dirigidas a uma única pessoa – como a proibição do suicídio ou da automutilação – e as normas dirigidas a um terceiro – como a proibição da eutanásia, da realização de duelos e da venda de drogas.

Os casos envolvendo duas partes são paternalistas quando o pedido de uma das partes (ou seu consentimento) para a uma ação da outra parte não é suficiente para permitir que esta faça o que aquela deseja (ou pretende) fazer. Se, apesar disso, a outra parte cumpre seu papel no acordo e faz o que a primeira parte solicitou, aquela terá violado a lei e será punida. A lei impede que a primeira parte tenha o que deseja e, dessa forma, interfere em sua liberdade, alegando que ela (a lei) sabe melhor o que é para o seu próprio bem (da parte). Por esse motivo, a lei é paternalista em relação à primeira parte, mesmo quando o crime que ela define é cometido pela segunda parte³¹⁴ [tradução nossa].

Em todo caso, o paternalismo legal visa a proteger o indivíduo de si mesmo ou de terceiros, ainda que reste comprovado que ele manifestou sua vontade de forma livre, consciente e sabendo de todas as implicações advindas de seu comportamento. Ainda que o punido seja o terceiro – como no caso da eutanásia –, não há como negar

313 FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 8.

314 Texto no idioma original: “The two-party cases are paternalistic when one party’s request for (or consent to) the action of a second party does not give the second party licence to do what the first party wants (or is willing) to have done. If the second party nevertheless carries out his agreement then he has violated the law and will be punished. The law prevents the first party from having what he wishes done and in that way interferes with his liberty on the grounds that is knows best what is for his own good. For that reason the law is paternalistic toward the first party even when the crime it defines is committed by the second party”. Para ilustrar a afirmativa, Feinberg cita o exemplo de um indivíduo B que precisa desesperadamente de um empréstimo financeiro cedido por A, sob uma taxa de juros de 50%. Embora A (e não B) seja punido por crime de usura, a liberdade de escolha de B também está sendo afetada. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 9.

a afetação da liberdade de escolha do próprio sujeito que se submete à conduta. Assim, o Estado se sub-roga no direito de decidir em seu lugar, ainda que se trate de pessoa capaz, sob o argumento de assim agir “para seu próprio bem”.

A opção feita pelo Estado é genérica (abstrata e previamente posta através da lei) e por isso mesmo não leva em conta – e nem conseguiria – as características concretas e particulares de cada caso. Daí a artificialidade da escolha paternalista: presume-se que o Estado sabe o que é melhor para o indivíduo e que isso vale para todos, a despeito das peculiaridades de cada cenário.

É exatamente este o panorama do que os autores descrevem como *hard paternalism* (paternalismo duro, forte, radical), em contraste com o *soft paternalism* (paternalismo leve, suave ou fraco).

O paternalismo rígido (*hard paternalism*) aceitará, como justificativa da legislação penal, a necessidade de proteger adultos competentes, contra sua vontade, das consequências prejudiciais, ainda que derivem de suas escolhas e compromissos totalmente voluntários. Como acabamos de ver, o princípio justifica a invalidação do consentimento livre e esclarecido nos casos que envolvem duas partes e anula as escolhas individuais totalmente voluntárias nos casos que envolvem uma única parte. Pelo fato de impor seus próprios valores e julgamentos às pessoas “para seu próprio bem”, parece adequada a nomenclatura “paternalismo”³¹⁵ [tradução nossa].

No chamado *soft paternalism*, o Estado protege o cidadão apenas de condutas não voluntárias, ou quando a voluntariedade está sendo discutida. Por esta razão, Feinberg afirma que o *soft paternalism* se aproxima muito mais do espírito liberal do que do *hard paternalism*, e que talvez nem possa ser concebido como um princípio paternalista³¹⁶.

315 Texto no idioma original: “Hard paternalism will accept as a reason for criminal legislation that it is necessary to protect competent adults, against their will, from the harmful consequences even of their fully voluntary choices and undertakings. As we have just seen, the principle justifies overruling free and informed consent in the two-party case, and it overrules fully voluntary individual choices in the single-party case. Since it imposes its own values and judgements on people ‘for their own good’, it seems well named by the label ‘paternalism’”. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 12.

316 Estamos de acordo com o autor em excluir o paternalismo *soft* da crítica que aqui se faz ao paternalismo. Desde que a voluntariedade da escolha seja garantida, a decisão tomada pelo indivíduo deve ser respeitada quando não constituir lesão ou perigo de lesão efetivo a terceiros.

O paternalismo moderado (*soft paternalism*) sustenta que o Estado tem o direito de impedir a conduta do indivíduo que seja prejudicial a ele próprio (até este ponto a definição parece 'paternalista') quando e somente quando essa conduta for substancialmente involuntária ou quando for necessária uma análise para estabelecer se é voluntária ou não. Nos casos que envolvem duas partes, o paternalismo moderado permitiria que B concordasse com um acordo com A que fosse perigoso ou prejudicial aos interesses de B, se e apenas se o consentimento de B fosse voluntário. Na medida em que o consentimento de B não fosse totalmente voluntário, a lei poderia em intervir "para o bem dele"³¹⁷ [tradução nossa].

Em última instância, o que se protege não é o indivíduo contra o dano que poderá advir da conduta praticada por ele mesmo por terceiro, e sim sua liberdade de escolha. Em outras palavras, protege-se o indivíduo para que uma vontade eventualmente viciada – por coação, erro, drogas, etc. – não surta efeitos, uma vez que esta não constituiria sua genuína vontade, mas algo estranho a ela.

Por outro lado, o paternalismo rígido (*hard paternalism*) aceita como justificativa da legislação penal a necessidade de proteger adultos competentes (contra sua vontade) de eventuais consequências prejudiciais, ainda que derivem de suas escolhas e compromissos totalmente voluntários. Em consonância com o supramencionado, o princípio justifica a invalidação do consentimento livre e esclarecido nos casos que envolvem duas partes e anula escolhas individuais totalmente voluntárias nas situações que envolvem uma única parte. Pelo fato de impor seus próprios valores e julgamentos às pessoas "para seu próprio bem", parece adequada a nomenclatura "paternalismo".

Na perspectiva da eutanásia, portanto, se esta advém de uma solicitação livre, consciente e não viciada daquele que deseja morrer, não haveria legitimidade na punição do terceiro que provoca a morte. No entanto, poder-se-ia intervir para evitar a morte do indivíduo que expressou sua vontade sob o efeito de drogas, por exemplo. Não pela ilegalidade da eutanásia em si ou pela gravidade do resultado "morte", mas em razão da invalidez da vontade viciada.

317 Texto no idioma original: "Soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct (só far it *looks* 'paternalistic') *when and only when* that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not. In the two-party case, soft paternalism would permit B to agree to an arrangement with A that is dangerous or harmful to B's interests, *if but only if* B's consent to it is voluntary. To the extent that B's consent is not fully voluntary, the law is justified in intervening 'for his sake'. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 12.

O problema, portanto, não é o carácter paternalista em si, mas as normas que expressam o *hard paternalism* em âmbito penal. Poder-se-ia alegar que a eutanásia e o suicídio assistido provocam um mal que, embora objetivamente se encerre na pessoa que pediu para ser morta ou se matou, extrapola a esfera individual e causa um dano – ainda que meramente simbólico – em toda a sociedade, por representar uma expressão de desvalorização da vida³¹⁸.

Mas é justamente aí que se encerra o problema: em um Estado liberal, é legítimo que a norma penal desempenhe o papel de (re)afirmação de valores de terceiros, quando o único dano efetivo adveio da própria manifestação da vontade do indivíduo, “contra” si mesmo?

Outro ponto que merece advertência é o fato de que muitas proibições – inclusive por meio da coerção da norma penal – são construídas não em razão da máxima paternalista de proteger o indivíduo “para o seu próprio bem”, mas por pura rejeição de valores contrários àqueles que a “moral dominante” pretende fazer prevalecer. No caso da eutanásia e do suicídio assistido, não nos parece honesto pressupor que os que militam contrariamente às respectivas legalizações estejam de fato preocupados com cada vida que se encerra por vontade de seu próprio titular. Acreditamos, ao contrário, que a militância naquele sentido deriva muito mais de um autoritarismo de ver prevalecer sua defesa supostamente nobre de um valor moral – a defesa da vida – do que de uma real preocupação ou compadecimento por aquele pede para ser morto.

Para citar outro exemplo semelhante, pensemos nas punições – muitas vezes bastante severas – de usuários de drogas. Alega-se que a preocupação maior na criminalização do uso de drogas é proteger a saúde pública, o que nos parece bastante legítimo. Se fosse verdade, todavia, a solução não seria a imposição de pena ao usuário, mas seu encaminhamento a tratamento, ainda que em carácter compulsório³¹⁹.

318 Discutiremos este ponto no Capítulo 7 deste trabalho, por ocasião da apresentação da noção de dignidade como heteronomia, assim como já fizemos no presente capítulo, quando da discussão sobre a cláusula dos bons costumes.

319 A imposição de tratamento ao usuário de drogas tampouco nos parece justificável numa perspectiva liberal. Mencionamos esta possibilidade apenas para fins de argumentação, por entendermos que se a preocupação fosse realmente com a saúde do usuário, a solução legítima e coerente seria o tratamento, não a imposição da sanção penal. A compulsoriedade apenas ressaltaria o carácter paternalista desta norma hipotética.

O mesmo ocorre com legislações que punem condutas homossexuais, mesmo quando realizadas entre indivíduos maiores, capazes e em ambientes privados. A justificativa real da punição não advém de um suposto caráter educador da norma, que pretenderia “converter” o indivíduo homossexual a um alinhamento heterossexual “para o seu próprio bem”³²⁰ (como se a homossexualidade fosse uma doença), mas sim da intenção de fazer vigorar uma moral dominante. Como bem observa Feinberg:

Neste país, pelo menos (e eu suspeito que na maioria das nações ocidentais), aqueles que desejam usar a lei para prender e punir homossexuais adultos não têm nenhuma preocupação benevolente, ou seja, para o "bem" dos próprios envolvidos. Eles acham a simples ideia do “crime contra a natureza” tão repugnante e/ou ameaçador que consideram isso o suficiente para tornar criminoso um comportamento privado, consensual e desviante (princípio da ofensividade). Ou sustentam que, segundo a Bíblia ou por outros motivos, a homossexualidade é inerentemente pecaminosa, independentemente de suas circunstâncias ou consequências, e que suas maldades e tão somente elas são justificativas suficientes para sua proibição criminal (moralismo legal puro)³²¹ [tradução nossa].

De fato, se uma pessoa pede para ser morta – ou para ser ajudada a se matar – porque está em severo e irreversível sofrimento, não nos parece que a imposição para se manter viva seja efetivada “para o seu próprio bem”, mas apenas em nome de uma moral religiosa que eleva a vida a um caráter supremo sem qualquer questionamento acerca de suas condições e qualidade.

O que criticamos, portanto, não são as normas em si protetivas, mas aquelas realmente paternalistas, aqui entendidas como as que limitam a vontade do indivíduo sem justificativa na proteção efetiva de outras pessoas. A nosso ver, as normas que

320 Não somos, em nenhuma medida, favoráveis a algum tipo de intervenção “curativa” a ser imposta a homossexuais, até porque não se trata de doença ou desvio que deva ser “consertado”. A hipótese é aqui apresentada apenas para fins argumentativos.

321 Texto no idioma original: “In this country, at least (and I suspect in most Western nations), those who wish to use the law to harass and punish adult homosexuals have no benevolent concern whatever for “the good” of the parties themselves. They find the bare thought of the “crime against nature” so repugnant and/or threatening that they take that to be reason enough for making even private, consensual, deviant conduct criminal (the offense principle). Or they hold on biblical or other grounds that homosexuality is inherently sinful regardless of its circumstances or consequences, and that its wickedness alone is sufficient warrant for its criminal prohibition (pure legal moralism)”. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 17.

criminalizam a eutanásia e o suicídio assistido são expressões de um paternalismo *hard* e, por isso, ilegítimas em um Estado liberal e democrático.

De outro lado, consideramos legítimas as normas derivadas de um paternalismo suave, tendo em vista que seu objetivo, em última instância, é preservar a autonomia individual. Tais normas visam a proteger o indivíduo das consequências de vontades manifestadas em situações de incapacidade ou vício porque, nesses casos, a vontade real do sujeito está comprometida.

6.6 O “absurdo” do pedido como presunção absoluta da incapacidade do agente

Outro argumento que sempre vem à tona nas discussões sobre eutanásia e suicídio assistido (e também no tocante ao suicídio propriamente dito) é que a pessoa só manifesta o desejo de morrer porque não mais goza de sua plena higidez mental. Em outras palavras, não seria natural alguém pedir para morrer de forma que, se o faz, é apenas por estar privado de discernimento, ainda que momentaneamente. Como expõe Maria Elisa Villas-Bôas:

É de se ponderar, sem dúvida, que, em grande número de situações, o suicídio, assim como a solicitação de eutanásia, é motivado por um quadro de depressão, causada ou piorada pelo estigma de doentes sem prognóstico ou terminais. Nessas condições, é possível a ilação de que o paciente em tal condição tornar-se ia particularmente vulnerável a sugestões claras ou veladas de que sua vida já não vale ser vivida, de que sua existência representa um ônus para os que o cercam, de maneira que decisões aparentemente conscientes não seriam, de fato, autônomas³²².

A generalização desta presunção deslegitima a decisão do paciente, estigmatizando-o e abrindo portas ao paternalismo rígido. Não há dúvidas de que o impulso maior do ser humano é o de se conservar vivo. Ainda que sob as maiores adversidades, lutamos para viver, e este parece ser o instinto de todo animal. No entanto, como ser racional e relacional que é, o homem não pode ser reduzido a seu aspecto biológico: há situações que colocam o indivíduo diante de ponderações extremamente complexas e sofisticadas do ponto de vista existencial. São decisões que

322 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 173.

dependem de abstrações e de conjecturas que, inclusive, servem para diferenciar os humanos dos outros animais.

Sob este prisma, é legítima a decisão individual de preferir morrer a viver em determinadas condições e cenários. Esta conclusão não valerá para todas as pessoas, mas não se pode concluir que sempre que alguém opta pela morte, está necessariamente privado de suas faculdades mentais.

Como frisa Roxin, nem todo suicida está privado de capacidade³²³. O autor destaca o famoso caso Wittig, julgado em 1984: uma senhora de 76 anos de idade, já doente e desmotivada desde a morte de seu marido, decidiu praticar suicídio com uma *overdose* de morfina e sedativos³²⁴. Além de vários textos com o mesmo teor, ela deixou um bilhete em que declarava que desejava morrer³²⁵. O médico chegou a tempo de encontrá-la ainda viva, mas inconsciente. Em razão do conteúdo da carta, não a internou. O BGH, ao final do julgamento, absolveu Wittig, mas não em razão da vontade da paciente, e sim por entender que, se sobrevivesse, ela ficaria grave e irreversivelmente lesada. Questionando o fundamento da decisão, Roxin pondera:

[...] foram largamente repudiados pela literatura, e isso com acerto. O BGH aduz que os suicidas frequentemente não agem em condições de plena responsabilidade, sendo comum, em caso de salvamento, arrependem-se de suas ações quando voltarem a seu normal estado de espírito. E realmente, se a perturbação psíquica for reconhecível, ter-se-á de afirmar a existência de um dever de salvamento e tratamento. Não sendo este o caso ou estando ele seguramente excluído, como na hipótese da nossa sentença, inexistente motivo racional para desrespeitar a decisão autônoma do paciente também no suicídio. A desaprovação moral, na maior parte decorrente de motivos religiosos, da qual o BGH derivava originariamente a irrelevância de qualquer decisão de suicídio, não pode ter tal relevância numa ordem jurídica que acolhe a liberdade de religião e de consciência³²⁶.

323 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 14.

324 O Caso Wittig já foi exposto por nós no capítulo 4 deste trabalho, por ocasião da análise da figura da coação empregada para impedir suicídio.

325 No bilhete a paciente escreveu: “No pleno uso de minhas faculdades, peço a meu médico que não me interne em um hospital, em um lar de tratamento ou em uma unidade intensiva, assim como não quero que sejam utilizados medicamentos capazes de prolongar minha vida. Desejo morrer uma morte digna”. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 14.

326 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 14.

Em outra passagem, discorrendo sobre o auxílio ao suicídio de pessoas gravemente doentes, o autor reforça que “[...] quando tal pessoa deseja morrer, não age ela em estado de inimputabilidade, mas dispendo de total juízo da situação, e tendo feito uma ponderação cuidadosa de todas as circunstâncias decisivas”³²⁷.

Jakobs também compactua deste entendimento. Conforme menciona Roxin, em apresentação na Academia Bávara das Ciências em 1998, aquele defendeu que o tipo penal de homicídio deveria ser interpretado restritivamente, de modo a só abranger os praticados contra a vontade da vítima. “Se o desejo de morrer do interessado for, porém, racional, neste caso seu direito à autodeterminação deve ser respeitado exatamente como na eutanásia indireta ou passiva”³²⁸.

O caso do espanhol Ramón Sampedro, exposto no Capítulo 5 deste trabalho, também é exemplo de uma vontade mantida ao longo de anos – portanto, sem a influência do desespero que poderia dominá-lo nos meses seguintes ao acidente – e manifestada de forma lúcida e firme.

De fato, não há razões para fazer uma relação necessária entre o desejo de morrer e a incapacidade psíquica³²⁹. Se for realmente caso de incapacidade psíquica, estaremos diante da ausência de um dos requisitos do consentimento, que o torna, portanto, inválido. Esta expressão do paternalismo suave nos parece correta como forma de garantir que a manifestação do indivíduo corresponda à sua vontade real, livre de vícios (como poderia advir da perturbação mental). Mas se o sujeito é capaz e opta por ser morto, o respeito à sua autonomia impõe o respeito à sua decisão, por mais irracional que pareça levando em conta uma avaliação externa; afinal, ponderar a autonomia com critérios heterônomos equivale a negá-la³³⁰.

Como se pode notar, vários e respeitáveis são os argumentos opostos à eutanásia e ao suicídio assistido. Todos, porém, em que pese sua robustez, são

327 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 19.

328 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 21.

329 No Capítulo 9, teceremos maiores considerações à capacidade como requisito do consentimento válido, abordando em especial a questão dos doentes mentais, dos deprimidos e dos menores.

330 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 405.

rebatíveis, especialmente se adotada uma leitura constitucional consentânea com o respeito à dignidade da pessoa humana e à autonomia da vontade.

Toda a fundamentação jurídica das práticas que aqui analisamos depende da interpretação que se dê aos ditames constitucionais, conforme buscaremos defender no próximo capítulo.

7 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O objetivo anunciado do presente trabalho é precipuamente dogmático. Assim, faz-se mister demonstrar a viabilidade dos institutos estudados sob o ponto de vista jurídico-penal. Muito antes, entretanto, de propor uma interpretação adequada da eutanásia e do auxílio ao suicídio no âmbito infraconstitucional, é imprescindível que demonstremos, ainda que em linhas gerais, a compatibilidade destas condutas com o Texto Magno.

Os princípios constitucionais devem guiar a interpretação da legislação infraconstitucional e conformá-la, para que toda a pirâmide legislativa seja lida e interpretada de forma a se harmonizar com os valores defendidos no Texto Maior.

O advento do neoconstitucionalismo e a superação do positivismo trouxeram a constitucionalização do Direito, pela irradiação e expansão do seu conteúdo material e axiológico das normas constitucionais, que passaram a condicionar todo o direito infraconstitucional, que deve ser reinterpretado à luz da Constituição. Nessa perspectiva a força irradiante da Constituição, de seus princípios e valores se projeta para dentro de todo o sistema jurídico³³¹.

Demonstramos no Capítulo 5 que vários são os países ocidentais nos quais a eutanásia e o auxílio ao suicídio já são regulamentados. Há outros, ainda, como a Alemanha, onde a figura do auxílio ao suicídio sequer é prevista legalmente como crime. Daí já se suspeita, ainda que indiciariamente, que não deve haver óbice à regulamentação destas práticas no Brasil, vez que os textos constitucionais estrangeiros, de igual modo, também consagram os princípios que norteiam a discussão no âmbito brasileiro, e nem por isso foi impossível a regulamentação naquelas nações.

Decerto, ficará claro, a regulamentação dessas figuras não encontra barreiras reais no texto constitucional. A leitura de seu conteúdo sob a ótica do pluralismo que o informou, bem como do protagonismo do indivíduo com relação ao Estado pós-ditatorial, conduz o intérprete à conclusão que de que tanto a eutanásia quanto o auxílio ao suicídio são práticas compatíveis com a Constituição de 1988.

331 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição* – Direito Constitucional Positivo. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 19.

7.1 A Inviolabilidade do direito à vida

O primeiro aspecto a ser abordado diz respeito à garantia da inviolabilidade do direito à vida, expressamente consagrada no caput do art. 5º da CR/88, que ora transcrevemos: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança, a propriedade, nos termos seguintes [...]” [grifo nosso].

Para muitos autores, o texto constitucional, neste trecho, seria taxativo em afastar qualquer possibilidade de admissão da eutanásia, já que garante a vida como direito inviolável do indivíduo. Preconiza-se, segundo este ponto de vista, que direito à vida não é o mesmo que direito *sobre* a vida, e que do direito à vida não decorre necessariamente um direito à morte.

Ao analisar a virtude e os deveres do indivíduo consigo mesmo, Kant posiciona-se contrariamente ao suicídio, considerando-o um crime por representar um assassinato de si mesmo e uma “violação de nosso dever com outros seres humanos”³³². Para o filósofo, o ser humano “é obrigado a preservar sua vida simplesmente em virtude de sua qualidade de pessoa”³³³. Neste sentido:

Se é possível afirmar que a vida não é um dever, também não poderia se falar em dignidade ou liberdade sem ela, o que significa que, a despeito de não ser um dever, ela é condição sem a qual nenhum outro direito pode ser respeitado. Decidir, em vida, sobre sua própria extinção, equivaleria a abrir mão do tão aclamado direito à dignidade dos enfermos em fase de terminalidade. A dignidade a ser respeitada se refere ao processo de terminalidade, não à decisão autônoma do indivíduo de decidir o momento de sua morte³³⁴.

A leitura apressada do dispositivo constitucional, dissociada de uma hermenêutica sistêmica e consentânea com a distinção entre direito e dever, de fato leva à conclusão de que não haveria como conciliar o direito à eutanásia com o Texto

332 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003, p. 264.

333 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003, p. 264. Na visão kantiana, o “manter-se vivo” não representa uma instrumentalização do indivíduo por terceiros, mas o cumprimento de um dever para consigo mesmo. Cf.: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 82.

334 CARDOSO, Juraciara Vieira. *Eutanásia, distanásia e ortotanásia: o tempo certo da morte digna*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010, p. 248.

Magno. Dessa perspectiva, sequer haveria como falar em emenda constitucional apta a reformar o trecho mencionado, vez que o art. 60, §4º, inciso IV, do mesmo diploma legal é expresso em elencar, entre as chamadas cláusulas pétreas, os direitos e garantias individuais, insuscetíveis, pois, de restrição.

Autores mais conservadores e contrários à admissibilidade da eutanásia encerram a discussão neste ponto, conferindo à vida o *status* de direito absoluto e inviolável – ainda que diante da anuência do titular para sua abreviação. Maria Helena Diniz defende que uma pessoa não detém direito sobre a própria vida. Em suas palavras: “a disponibilidade da vida não pode ser tolerada como um direito subjetivo, por ser a vida um bem jurídico indisponível”³³⁵. No mesmo sentido, Coan preconiza que o ordenamento não consagra um direito *sobre* a vida, mas *à* vida, “impondo-se pelo respeito que a todos se exige”³³⁶. O direito à vida, portanto, não incluiria um direito à morte.

Por óbvio, esta concepção não prospera diante da constatação que inexistem direitos absolutos no texto constitucional. De fato, a própria Constituição relativiza o direito à vida quando prevê a possibilidade de imposição da pena capital em caso de guerra declarada (Art. 5º, XLVII, “a”, da CR/88). A legislação infraconstitucional também traz outros exemplos de dispositivos recepcionados pela Constituição, como o art. 128 do CP (possibilidade de aborto em caso de gravidez resultante de estupro) e o art. 25 do CP (exercício da legítima defesa).

Ademais, nota-se uma subversão da noção de direito, subjugando o titular do bem jurídico e colocando-o à mercê do objeto material de proteção. Ora, os direitos individuais devem ser consagrados para servirem ao bem-estar e ao desenvolvimento do indivíduo, e não para submetê-lo ou mesmo escravizá-lo. O protagonismo do indivíduo em uma sociedade plural e democrática impõe que aquele direito se submeta a ele, e não o oposto. Toda a história dos direitos fundamentais se desenvolveu no

335 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 424-425.

336 COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito: desafios bioéticos: traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiros Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 259.

sentido de ampliá-los como forma de garantir ao indivíduo melhores condições de desenvolver suas potencialidades e implementar seus projetos de vida.

De pronto, cabe ressaltar que o texto constitucional prevê a proteção não da *vida* em si, mas do *direito* a ela. Parecem noções semelhantes, mas não são. Se o dispositivo consagrasse a “inviolabilidade da vida”, este caráter taxativo e o posicionamento da *vida* como objeto da sentença constituiriam obstáculos bem maiores à admissibilidade da eutanásia; ou ao menos exigiriam uma maior argumentação sobre a semântica do termo.

O constituinte, no entanto, optou por proteger o *direito* à vida, e não a *vida* em si. Disso se depreende que inviolável é o *direito* à vida, no sentido de que ao indivíduo são garantidas, contra ataques de terceiros ou do Estado, todas as ferramentas para usar, gozar e fruir deste bem, como também a possibilidade de dispor dele. Só assim é possível admitir a titularidade plena de um direito. A eutanásia e o auxílio ao suicídio são, neste contexto, condutas aptas a possibilitar ao titular do bem jurídico o exercício de seu direito. Em suma, a extinção do objeto material do direito (o corpo humano) não se confunde com a extinção do direito em si, mas com seu próprio exercício, ainda que pela última vez.

Note-se que o mesmo dispositivo que estabelece a inviolabilidade do direito à vida também o faz em relação aos direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No entanto, não há quem diga que tais direitos sejam indisponíveis. A *inviolabilidade* conferida pelo texto constitucional não deve ser interpretada no sentido de *indisponibilidade*, mas no sentido de impedir vedações externas à prática de todas as ações necessárias ao exercício daquele direito (usar, gozar, fruir e dispor, sendo este último o âmbito que interessa a este trabalho).

Ressalte-se que o texto constitucional não faz qualquer ressalva especial ao direito à vida, elencando-o sem nenhuma diferenciação em relação ao demais direitos listados. Ainda que seja arguido que ele é o primeiro dos direitos listados, pode-se ponderar que: a) a vida é o pressuposto lógico e natural para o exercício dos demais direitos; todos os demais direitos dependem da vida para que possam ser exercidos³³⁷ e por esta razão a vida é o primeiro da lista constitucional; b) a listagem não consiste

337 DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 117.

necessariamente em uma hierarquia, até porque não haveria como citar todos os direitos simultaneamente.

Ademais, a própria análise do significado da palavra “inviolabilidade”, cunhada no texto constitucional, leva a tal conclusão, senão vejamos:

Inviolabilidade: f. Qualidade de inviolável.

Inviolável: adj. Que se não pode violar; que não deve ser violado. Que não está sujeito à justiça comum; privilegiado.

Violar: v. t. Ofender violentamente. Transgredir: violar as leis. Forçar. Poluir. Atentar contra o pudor de. Profanar. Devassar ou divulgar abusivamente: violar segredos³³⁸.

Percebe-se que a semântica do verbo *violar* encerra a noção de algo feito à força, a despeito da resistência ou contrariedade de outrem. Partindo desta ideia, podemos afirmar que o direito à vida é um direito inviolável no sentido de ser oponível aos demais indivíduos, ou seja, um indivíduo não pode atentar contra a vida de outro *contra a vontade deste*. *A contrario sensu*, ninguém pode ser mantido vivo contra sua vontade. Não há que se falar, portanto, em um *dever de viver*.

O texto constitucional atribui ao direito à vida o status de inviolável no sentido de que a ninguém é permitido atentar contra a vida de outrem sem a permissão deste – até porque, se houver anuência, sequer haveria uma “violação” propriamente dita. O que se pretende é que a pessoa possa viver sem que ninguém, contra a vontade dela, atente contra sua vida; e não que o indivíduo fique à mercê do próprio direito. Esta submissão, a propósito, caracterizaria verdadeiro contrassenso jurídico, uma vez que os direitos são consagrados e protegidos em função do desenvolvimento e bem-estar de seu titular, e não o contrário. Entender que o indivíduo tem o *dever* de viver caracteriza uma subversão da relação sujeito/objeto, que instrumentaliza o ser humano sem qualquer benefício concreto e justificável para a sociedade.

Ser titular de um direito implica não apenas na faculdade de gozar e fruir do mesmo, mas também na de dispor e de renunciar a ele. O que importa não é a manutenção do objeto (no caso, o corpo humano), mas em que medida seu usufruto ou

338 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/houaiss/>. Acesso em: out/2020.

mesmo sua renúncia servem aos interesses do titular para seu desenvolvimento e para a concretização de seus objetivos lícitos. Como observa Novais:

[...] a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito³³⁹.

7.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

Definir o conceito de dignidade para fins de delimitação do respectivo princípio e de seu âmbito de proteção constitui tarefa árdua para o hermeneuta. Preceituam, nessa lógica, Eduardo Cambi e Elisângela Padilha que:

Se é correto dizer que a dignidade é uma qualidade intrínseca do ser humano e, assim, guarda íntima relação com as intrincadas e imensuráveis manifestações da personalidade, percebe-se o quão difícil se torna compreender e atribuí-la definição jurídica³⁴⁰.

Esta dificuldade decorre, no mínimo, do fato de tratamos de conceito cujos elementos são “vagos e imprecisos”³⁴¹, “caracterizado por sua ‘ambiguidade e porosidade’ assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”³⁴². A noção de

339 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 235.

340 CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. Reflexões sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, 2016, p. 338. Conforme afirma Sarlet, apesar do esforço que a doutrina e a jurisprudência envidaram com o fim de estabelecer os elementos essenciais do conceito de forma a definir seu conteúdo, há um ceticismo por parte de alguns quanto à real possibilidade de se definir um conceito jurídico de dignidade. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

341 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18.

342 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto

dignidade apresenta conteúdo essencialmente afeto à ética, com raízes religiosas, filosóficas e históricas³⁴³, dependendo também da formação cultural de determinada sociedade.

Nem por isso se nega o caráter real deste atributo inato a todas as pessoas, pois decorrente unicamente da sua condição humana³⁴⁴. Embora não seja possível elencar todas as pautas que demandam o recurso à noção de dignidade, não é difícil visualizá-la no sentido negativo, ou seja, pela identificação das circunstâncias e situações em que ela é “espezinhada e agredida”³⁴⁵.

Segundo as teorias teológicas, também chamadas de “teorias do valor” ou “da dádiva”, a dignidade seria um atributo concedido por Deus à criatura humana por ter sido criada à sua imagem e semelhança³⁴⁶. Por outro lado, as teorias procedimentais ou “teorias da prestação” enxergam na dignidade um caráter precipuamente relacional, porque dependeria de um reconhecimento construído socialmente³⁴⁷.

Por constituírem uma tentativa de definição abstrata e generalizante do conceito da dignidade, as teorias mencionadas são insuficientes, e acabam por conduzir a um conceito inflacionado de dignidade, que serve a quaisquer argumentos, mesmo quando conflitantes entre si.

Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18

343 KLOEPFER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 150-151.

344 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 76.

345 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18.

346 Neste ponto, é clara a problemática de se transferir esta noção para a legislação laica. “Se considerarmos, como ponto de partida, uma compreensão cristã da dignidade humana, que conceitua o ser humano como imagem de Deus, poderíamos questionar se esse aspecto passa a ser inserido nas Constituições como uma reivindicação de caráter decididamente secular, ou pelo menos neutro, quanto à religião e à cosmovisão”. Cf.: KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 185.

347 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 73.

Do ponto de vista ético-filosófico, as lições de Kant para alcance do conceito de dignidade permanecem adequadas:

Segundo ele, todos os seres humanos têm uma natureza empírica e uma natureza racional. Por causa da causalidade natural contínua, apenas como ser racional o ser humano tem a capacidade – ou deve ser concebido como tendo a capacidade – de sujeitar a sua ação aos imperativos de normas éticas. Se fizer isso, ele age em conformidade com os outros seres humanos, sendo, então, livre. A liberdade significa, portanto, autonomia: significa agir com base na compreensão dos deveres que as leis morais impõem. Essa capacidade de ação autodeterminada, orientada pela razão, é o privilégio de todos os seres humanos; logo, esse é o seu traço distintivo em relação a todos os outros seres que carecem dessa capacidade. A dignidade do ser humano é, portanto, resultado de sua autonomia³⁴⁸.

Mesmo a tentativa de definir o conceito dogmático de dignidade encontra obstáculos. Existe algum consenso no sentido de que esta definição deve se dar a partir da noção de lesão, compreendendo-se a abrangência da esfera de proteção ao mesmo tempo como limite da violação³⁴⁹. Mas esta definição, de todo modo, só alcança fatos passados, porque já pressupõe o resultado lesivo, sendo insuficiente como critério de definição do âmbito do agir estatal na liberdade individual.

Apesar do conteúdo diverso, sob o ponto de vista jurídico, pode-se conceber a dignidade como uma qualidade intrínseca ao ser humano, da qual decorrem os seguintes direitos: a) de não ser submetido a tratamento degradante de sua condição humana (dimensão defensiva); b) de ter acesso aos recursos para uma vida saudável (dimensão prestacional); c) de ser protagonista da construção de seu destino (autonomia) e de participar do destino dos demais seres humanos (cidadania)³⁵⁰.

348 KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 185. No entanto, a clareza do conceito kantiano parte da premissa da racionalidade – o que, de todo modo, é um pressuposto falseável.

349 KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: STARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 152.

350 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.36.

Embora nos pareça claro que o princípio da dignidade da pessoa humana está apto a nortear a fundamentação da admissibilidade da eutanásia e do suicídio assistido, especialmente em sua dimensão ligada à autonomia, esta ideia comporta objeções. De fato, de forma recorrente a argumentação baseada neste princípio é utilizada para rechaçar a hipótese de regulamentação daquelas práticas, pois, segundo tal ponto de vista, causar ou contribuir para a morte de alguém em um momento anterior ao que seria “natural” constituiria, por si só, uma ofensa à dignidade do indivíduo e também a um senso geral de dignidade da Humanidade.

Como bem salienta Neumann³⁵¹, a “utilização inflacionária” de arguições baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana acaba por esvaziá-lo porque, ao assumir uma noção tão vaga, o princípio se presta a justificar posições completamente antagônicas, como ocorre neste ponto do debate.

A ideia de uma dignidade supraindividual que pertenceria à Humanidade e cuja lesão poderia ser causada por um único indivíduo é corrente não só na filosofia, mas também na discussão constitucional. O problema, aqui, não reside em definir se essa dignidade geral realmente existe, e sim em perceber que, partindo do pressuposto de que ela exista, é inadequado que sirva para impor limitações aos direitos e interesses do indivíduo, violando sua autonomia. Em outras palavras, conceder este sentido amplíssimo à noção de dignidade comportaria admitir que o indivíduo deve suportar uma vida indigna em favor de manter-se esta pretensa “dignidade geral”. Uma dignidade individual, portanto, não pode ser suplantada por um sentido abstrato de dignidade geral, sob pena de consagrar-se a própria indignidade.

Parece-nos que o mais adequado é conceber a dignidade, antes de tudo, sob a perspectiva kantiana, que preconiza a limitação da instrumentalização do indivíduo para fins estranhos a ele³⁵². Sob esta perspectiva, manter viva uma pessoa capaz que deseja

351 NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 228. O autor discorre sobre a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como óbice absoluto às intervenções genéticas, especialmente sobre embriões humanos, sob o pressuposto – para ele, falacioso – de que haveria um “patrimônio genético natural” do ser humano a ser preservado para as gerações futuras, de forma que a interferência em tal patrimônio necessariamente constituiria uma violação da dignidade humana.

352 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003, p. 83.

morrer, sob o argumento de que antecipar sua morte seria indigno à Humanidade, subverte o indivíduo, que passa de sujeito a objeto de uma vontade alheia, abstrata e difusa.

Outro problema constante no debate que envolve o argumento da dignidade é o da falácia naturalista. De fato, é comum que se considere “digno” o que é “natural”, ou seja, que o parâmetro para definição do que é digno ou indigno seja a forma como as coisas se apresentam na natureza. O bom, portanto, é o natural; e tudo que é antinatural é ruim do ponto de vista moral. No tocante à eutanásia e ao suicídio assistido, tais condutas seriam ruins porque antecipariam algo que, “pela natureza” só ocorreria mais tarde. Assim, o *natural* eleva-se à categoria de critério moralmente vinculante, promovendo-se uma inadequada normatização de contextos biológicos³⁵³.

O fato de a natureza promover a morte de um indivíduo em um momento “X” não é suficiente para deduzir, necessariamente, que promover a morte em um momento “Y” (anterior a “X”) é errado ou ruim. O fato de algo *ser* da forma que é não implica na dedução de que *deva ser* daquela forma, e muito menos deve servir de padrão normativo para limitações da liberdade individual.

Por isso, a intervenção no bem jurídico “vida” não implica, necessariamente, uma lesão à dignidade do homem. Também neste ponto, a hipertrofia (biológica) do princípio da dignidade humana tende a levar a uma atrofia dos direitos de liberdade e interesses do indivíduo. Isso se evidencia no debate em torno da admissibilidade da eutanásia ativa nos casos de uma morte repleta de sofrimento. Aqui, em uma estranha inversão do argumento, via de regra não se deduz a aceitação da eutanásia ativa de um direito a uma morte humana digna, mas se utiliza a dignidade humana como *obstáculo* ao direito à morte humana digna³⁵⁴.

353 NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 231. O autor discorre sobre as intervenções genéticas em embriões, e critica a postura do Tribunal Constitucional Federal alemão ao proibir tais práticas por considera-las ofensivas à dignidade humana. Denunciando a falácia naturalista, o autor pondera que torna-se vítima dela “[...] quem pretende deduzir, do simples fato de uma determinada constituição genética do homem, a respectiva inviolabilidade ética ou jurídica”.

354 NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 232.

7.3 Inviolabilidade do direito à vida *versus* dignidade da pessoa humana. Colisão de princípios?

A distinção entre princípios e regras proposta por Alexy é útil na defesa da ideia de que o conflito entre princípios não pode ser resolvido no plano abstrato, nem seguindo a lógica do “tudo ou nada”, como ocorre nos conflitos entre regras. Considerados normas jurídicas, assim como as regras, os princípios também se formulam por expressões deônticas fundamentais, sendo neste caso *mandados* ou *mandamentos de otimização*³⁵⁵. Em outras palavras, as normas jurídicas do tipo regras são determinações definitivas, no plano fático e diante do que é juridicamente possível, devendo ser aplicadas ou abandonadas e substituídas por outras que melhor se subsumam ao caso concreto; enquanto que os princípios se realizam na maior medida possível, podendo, inclusive, ser aplicados em graus distintos a depender da situação real³⁵⁶.

Enquanto o conflito de regras pode ser resolvido no plano abstrato, a partir da aplicação de critérios que imporão o afastamento de uma ou várias das regras em análise, sob a lógica do “tudo ou nada”, o mesmo não ocorre com os princípios, cujo eventual conflito só pode ser avaliado no caso concreto. Os princípios não se apresentam apenas sob a dimensão da validade, mas também do peso³⁵⁷, daí que não há como falar em conflito entre princípios no plano abstrato.

Diante desse cenário, em uma situação concreta referente à possibilidade de eutanásia, caso esteja presente o pedido do paciente que sofre de sofrimentos intensos e irreversíveis, o direito à vida, enquanto garantia constitucional, cederia espaço ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este prevaleceria, portanto, permitindo a eutanásia. A questão poderia ser resumida, assim, em um conflito vida *versus* dignidade da pessoa humana, o qual apenas pode ser resolvido na concretude do caso. Em circunstâncias em que a doença ou a debilidade retirarem do paciente a dignidade,

355 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86

356 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

357 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 89.

o sacrifício da vida poderia ser considerado legítimo, sob pena de condenação do indivíduo a uma vida indigna.

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 onerosos 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 ponderação³⁵⁸.

Figueiredo Dias expõe a questão com propriedade:

Todo o problema radica em que tais princípios *conflituam*, ao menos parcialmente, uns com os outros, por tal modo e em tal medida que não permitem, em muitas hipóteses, a sua plena realização e exigem que se aceite, porventura nem sempre da mesma forma nem com igual extensão, a prevalência de uns perante os outros. Existe aqui, na verdade, duas vertentes que importa considerar. A) Numa das vertentes ergue-se antes de tudo o princípio segundo o qual toda a pessoa, também a mais gravemente enferma e irremediavelmente condenada – suposta a sua capacidade de determinação –, *tem o indeclinável direito de dar à sua vida o destino que quiser, como e quando quiser*. É o princípio da afirmação e defesa da *autonomia pessoal* e do conseqüente *direito de autodeterminação* que cabe a qualquer pessoa como pessoa. É, numa palavra, a mais pura e direta decorrência da *eminente dignidade da pessoa humana*, cuja defesa irrestrita constitui o princípio axiológico mais fundamental da ordem jurídica de qualquer Estado Democrático; [...]. B) Numa outra vertente da problemática deve começar por se acentuar que a *vida humana* (de pessoa já nascida) constitui o mais alto bem jurídico que ao direito penal cabe proteger. As declarações jurídico-constitucionais a propósito (por exemplo, art. 24.º -1 da CRP: “a vida humana é inviolável”; ou art. 5.º, proêmio, da CF/1988: “garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida”) não significam porém que a vida humana conforme um bem jurídico *absoluto*, constitutivo de um direito fundamental que não possa, em situações excepcionais, ser limitado nos termos gerais; seja pela via da colisão ou conflito de direitos fundamentais, seja, de forma mais específica, pela dos *limites imanentes dos direitos fundamentais*³⁵⁹.

358 DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*, p. 212.

359 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 22-23.

A despeito de ser bastante sedutor e de conduzir à mesma conclusão a que chegaremos, ousamos discordar do argumento da colisão porque, a nosso ver, encerra um problema semântico. Para defendermos tal construção, precisaríamos partir do pressuposto de que, ao cunhar o direito à vida na Constituição, o constituinte referira-se à vida puramente biológica. A interpretação correta, de nosso ponto de vista, é que o conceito de vida para o constituinte é o de vida digna, e não puramente clínica. Por isso, não há que se falar em conflito entre princípios e, conseqüentemente, na necessidade de ponderação entre vida e dignidade no caso concreto.

O que ocorre é que a noção de dignidade³⁶⁰ esclarece o conceito do vocábulo *vida* empregado pelo constituinte. O que se protege na norma constitucional é o direito à vida digna – e, conforme exporemos adiante, a noção de dignidade só pode ser firmada pelo próprio titular do direito.

Uma pessoa pode padecer de doença terminal e, ainda assim, segundo seus valores e visão de mundo, entender que vive uma vida digna. Nesta hipótese, o direito

360 A definição do conceito ou do conteúdo da dignidade é tarefa hermenêutica que extrapola os fins deste trabalho. Embora em várias passagens destes escritos busquemos alcançar este sentido, não temos aqui a pretensão de esgotar seu conceito. Ressalta Neumann: “A objeção natural de que o âmbito de proteção do princípio normativo da dignidade humana só se deixaria determinar no momento em que se soubesse o que é a dignidade humana tem apenas uma plausibilidade *prima facie*. Isso porque dignidade é aquilo que é protegido pelo princípio da dignidade humana. As proibições e os mandamentos concretos associados a esse princípio são, em amplíssima medida, definições passíveis de consenso ou, de toda forma, passíveis de fundamentação na condição de definições generalizantes da dignidade humana”. Cf.: NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 239-240. Assim, a despeito de não delimitarmos de forma estanque o conceito de dignidade humana, não estamos impossibilitados, enquanto sociedade, de obtermos um consenso sobre o que é digno ou sobre o que é indigno ou humilhante. De toda forma, essa é uma conclusão que deve partir de uma noção empírica, e não metafísica da dignidade. Se adotarmos um conceito metafísico de dignidade, que em muito se assemelha a um modelo teológico, partiríamos do pressuposto de que a dignidade é ontológica, inerente à natureza humana, e, portanto, intangível. Significaria dizer que a dignidade é uma característica intrínseca ao ser humano pelo simples fato de ser um ser humano, e por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Tal noção, por elevar a dignidade a uma categoria metafísica, importaria na aniquilação de sua proteção, pelo simples fato de não poder ser violada. Ora, se a dignidade é uma característica intrínseca e intangível do indivíduo, ainda que este fosse humilhado e submetido a uma situação indigna em determinado contexto fático, conservaria intacta sua dignidade. Admitir tal hipótese significaria esvaziar qualquer sentido de proteção ao princípio, tornando-o inócuo. Defendemos aqui, portanto, uma noção relacional e tangível da dignidade, de forma que, no caso concreto, seja possível avaliar se ela está sendo protegida ou violada.

dessa pessoa à conservação de sua vida é inviolável, sendo protegida contra o ataque de terceiros pelo texto constitucional e pela legislação penal. De outro lado, se outro doente terminal entende que seu estado de saúde lhe tira definitivamente a dignidade, e, em razão disso, requer a eutanásia, não há que se falar em violação do direito à vida, uma vez que, neste caso, não há vida digna a ser protegida, sob o ponto de vista daquele a quem cabe fazer tal valoração.³⁶¹ Mais que isso, sequer há violação propriamente dita, visto que o ato decorreria da vontade do próprio sujeito passivo.

Por esta razão, a melhor hermenêutica recomenda que o direito à vida seja interpretado em comunhão com o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que este informa o conteúdo daquele quando pertencentes a um mesmo titular. Não cabe, portanto, menção a um conflito e conseqüente ponderação entre princípios³⁶², mas sim à integração, de forma que a noção de dignidade, que é sempre individual, informa o conteúdo da vida enquanto bem jurídico.

O argumento topográfico, embora não seja absoluto, reforça tal entendimento. O direito à vida, conforme visto, é gravado no art. 5º da Constituição. A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é cunhada logo no art. 1º, como *fundamento* da própria República. A propósito, grifamos:

TÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como *fundamentos*:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a *dignidade da pessoa humana*;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político” [grifo nosso].

A dignidade “[...] é o princípio unificador e o alicerce das demais garantias e direitos fundamentais, colocando o indivíduo, destarte, numa posição de centralidade

361 A avaliação da dignidade da vida é sem dúvida subjetiva e variável, conforme mencionamos. É, também, intransferível, exceto nos casos de incapacidade, mas ainda assim buscar-se-á, na medida do possível, perscrutar qual seria a avaliação do próprio titular, caso estivesse apto a emanar sua vontade.

362 A noção de conflito entre princípios parece mais adequada às situações em que os bens jurídicos sob análise pertencem a titulares diferentes. Pertencendo a um mesmo titular, conforme visto, entendemos que não há que se falar em conflito, vez que deverão repercutir simultaneamente, no sentido de reforço semântico.

no nosso ordenamento jurídico³⁶³. Vê-se que todos os direitos que serão consagrados e protegidos no art. 5º e seguintes devem ser lidos tendo em vista a dignidade da pessoa humana, sob pena de negar legitimidade à própria República.

7.4 Dignidade como autonomia

Conforme afirmamos linhas acima, o alcance da ideia de dignidade é assaz amplo, abstrato e polissêmico. “No plano abstrato, a dignidade traz em si grande força moral e jurídica, capaz de seduzir o espírito e angariar adesão quase unânime”³⁶⁴. No entanto, por sua fluidez, pode assumir significados variáveis, de acordo com as projeções individuais do intérprete. Assim, o argumento da dignidade pode servir tanto para defender quanto para rechaçar a legitimidade da eutanásia e do auxílio ao suicídio. Se tal ambivalência não deve servir – como proposto por alguns – para descartar o conceito, por outro lado é necessária uma definição mínima de seu alcance, com vistas a fornecer “maior densidade jurídica, objetividade e precisão”³⁶⁵, descartando a ideia de que seria um conceito inútil, reduzido a um mero slogan em discursos e documentos.

É inegável, de toda forma, que o conceito de dignidade encerra a noção kantiana de que o indivíduo é um fim em si mesmo e que não deve ser objetificado para atender a demandas coletivas. Ninguém deve existir com a função de atender a finalidades externas ou para servir a objetivos coletivos determinados pelos demais indivíduos³⁶⁶. Admitindo-se, pois, que no plano dos direitos e garantias individuais cada pessoa tem o direito de se autodeterminar para satisfazer a seus projetos e aspirações, o sentido da dignidade se expressa na autonomia da vontade, que deve ser respeitada em qualquer decisão que não viole direitos alheios.

363 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 765-766.

364 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 75.

365 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 76.

366 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 76.

Embora não tenha sido expressamente mencionado no texto constitucional, o direito à autonomia pode ser deduzido da garantia fundamental à liberdade geral de ação, especialmente no tocante ao livre desenvolvimento da personalidade, elemento indissociável da dignidade³⁶⁷. Exsurge daí que privar um indivíduo capaz de sua autonomia equivale a despi-lo de sua dignidade.

A dignidade como autonomia traduz as demandas pela manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação³⁶⁸.

Assim, criminalizar a eutanásia e o auxílio ao suicídio transforma a autonomia em mera retórica, porque impraticável no plano fático. Se a pessoa que padece de sofrimento irreversível deseja ser morta e isso não é permitido, é inegável que sua vida está sendo mantida para satisfazer interesses alheios, sejam eles quais forem. Suprime-se, pois, a autonomia da vontade e, por consequência, a dignidade daquele paciente.

Frise-se que, por óbvio, consagrar a dignidade como autonomia não significa impor a eutanásia como solução obrigatória para os casos de sofrimentos irreversíveis. É justamente a autonomia que possibilita que um doente, apesar de padecer de sofrimento intenso e incurável, ainda assim opte por não abreviar seu tempo de vida ou mesmo decida por seu prolongamento máximo, ainda que artificial. É a autonomia que permite que, diante de situações limítrofes, a pessoa tenha liberdade para escolher de acordo com seus valores, sua moral e seus ideais de vida.

A tendência do debate, inegavelmente, é centrar as atenções no paciente e em sua liberdade de escolha. Não podemos nos olvidar, entretanto, de que a opção por legitimar a eutanásia passa por uma decisão autônoma de quem a pratica, especialmente os médicos. Aqui também a melhor solução é interpretar a dignidade como autonomia.

Não há dúvidas de que se pode falar em dignidade no exercício de uma profissão ou ofício. E, da mesma forma que pode parecer indigno a um médico abreviar

367 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 75.

368 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 76.

a vida de um paciente, pode também parecer-lhe indigno manter uma sobrevivência de sofrimentos quando é sabido que não há solução, no estado atual da ciência, para a causa daquele padecimento.

Também em relação aos profissionais de saúde, a dignidade como autonomia é o melhor critério: assegura-lhes o direito de não realizar procedimentos que não considerem adequados, permite que atendam à vontade do paciente de não lhe causar sofrimento inútil, sem excluir a possibilidade de objeção de consciência por parte do médico, caso não esteja de acordo com as escolhas manifestadas³⁶⁹.

Ainda que a eutanásia e o suicídio assistido fossem legalizados, tais práticas certamente não constituiriam atividades banais para o médico. Não há razões para pressupor que o profissional da medicina não assumiria nenhuma responsabilidade, ainda que meramente ética ou moral, quando da ação de pôr termo à vida do paciente. Conforme explica o Dr. Yves de Locht – médico belga que frequentemente realiza eutanásia, a pedido dos pacientes –, a eutanásia “é um ato importante e difícil que tem um grande impacto emocional”³⁷⁰. Em razão da carga psicológica da ação, o médico optou por realizar apenas um procedimento por mês. Essa opção – assim como a do médico que se negasse a realizar a eutanásia, ainda que legalizada – também é fruto do exercício da autonomia.

7.5 Dignidade como heteronomia

Não obstante todo o exposto, não há como ignorar o sentido de dignidade como heteronomia, muito defendido e utilizado para justificar julgados em que a dignidade é posta como limitadora da liberdade individual. A dignidade como heteronomia dirige seu

369 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 82.

370 A VIDA de um médico especialista em eutanásia: ‘Não sinto que estou matando o paciente’. *BBC News*, São Paulo, 24 de junho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/06/24/a-vida-de-um-medico-especialista-em-eutanasia-nao-sinto-que-estou-matando-o-paciente.ghtml>. Acesso em: nov/2019. O texto deixa claro que praticar a eutanásia não é uma conduta banalizada pelo médico. Ainda que na Bélgica a conduta seja legalizada, o médico ainda assim recusa pedidos, por considerar que os requisitos não estão preenchidos, e também por razões emocionais: “Por razões afetivas, de nenhuma forma eu praticaria a eutanásia a pessoas que conheço muito bem ou a membros da família”, declarou o Dr. De Locht.

foco à proteção de determinados valores sociais e ao próprio bem do indivíduo, aferido por critérios externos a ele”³⁷¹.

Vista como heteronomia, a dignidade assume um viés coletivo, em que a liberdade individual é condicionada à satisfação de concepções de vida compartilhadas. “Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público, moralidade ou a busca do bem do próprio indivíduo”³⁷². Historicamente, esta concepção norteou decisões importantes, em que a autonomia individual cedeu lugar a uma moral coletiva em virtude da compreensão de que há limites para que alguém disponha de sua dignidade.

Um dos casos mais conhecidos foi o do “lançamento de anões” na região metropolitana de Paris. Tratava-se a prática de uma espécie de entretenimento, importada dos EUA e da Austrália na década de 1980, que se popularizou na capital francesa e arredores. Comum em bares e discotecas, consistia em um show no qual homens grandes e fortes arremessavam anões de um lado a outro do salão, como um verdadeiro projétil humano.

O prefeito da cidade de Mursang-sur-Orge proibiu a atividade por considerá-la ofensiva. A casa noturna, em litisconsórcio com o anão, recorreu ao tribunal, que anulou o ato administrativo por “excesso de poder”. No entanto, o Conselho de Estado restabeleceu a proibição³⁷³. “A liberdade de trabalho e a liberdade empresarial não foram consideradas obstáculos ao entendimento que prevaleceu, justamente por haver ele se fundado na defesa da dignidade da pessoa humana”³⁷⁴.

Entendendo a dignidade como a vedação da instrumentalização do indivíduo, que deve ser um fim em si mesmo e não meio para a satisfação de propósitos alheios,

371 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 80.

372 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 78.

373 ONU mantém proibição francesa a “lançamento de anões”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 de setembro de 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/foha/reuters/ult112u22081.shtml>. Acesso em: nov/2019. O Comitê de Direitos Humanos da ONU declarou estar satisfeito com a manutenção da proibição do espetáculo, como forma de proteger a ordem pública e a dignidade humana. Outros casos em que prevaleceu a concepção da dignidade como heteronomia também ganharam destaque, como a vedação de relações sexuais sadomasoquistas consentidas na Bélgica e no Reino Unido.

374 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 78.

há autores que defendem que tal princípio não pode ser colocada em risco pelo exercício da liberdade.

A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim. Esta a razão pela qual, do ponto de vista da liberdade, não há grande dificuldade em se aceitar um contrato de prestação de serviços degradantes. Se o anão decidiu, à margem de qualquer coerção, submeter-se a um tratamento humilhante em troca de remuneração, qual o problema? De fato, da perspectiva da liberdade não há problema algum. A questão é se podemos, em nome de nossa liberdade, colocar em risco nossa dignidade. Colocada em termos clássicos, seria válido o contrato em que permito a minha escravidão? Da perspectiva da dignidade, certamente não³⁷⁵.

Parece-nos um contrassenso, no entanto, considerar que a vontade do anão fere sua dignidade, quando é, ao mesmo tempo, expressão da sua autonomia. Se o anão, livre de qualquer coação, opta por desempenhar aquela atividade, não deveria ser impedido por um senso de dignidade estranho à sua própria concepção. Pode ser que o anão queira ser lançado pelo salão por achar aquilo divertidíssimo e prazeroso, ou mesmo para satisfazer um desejo exibicionista. Pode ser que naquela situação ele não se sinta objetificado, mas sim protagonista do espetáculo. Mas se é impedido de realizar a atividade em razão de uma moral estranha a ele, aí sim está sendo instrumentalizado para a satisfação de interesses alheios.

Se as demais pessoas acham a atividade bizarra e degradante, o mais adequado seria optarem por não frequentar o espaço, ao invés de promoverem uma limitação na liberdade individual do anão, que, em última instância, é a expressão de sua dignidade.

Sob o viés interpretativo da dignidade como heteronomia, o indivíduo, ainda que solicitasse a eutanásia de forma livre e consciente, não poderia ser morto, tendo em vista que o sentido de dignidade coletiva, externa a ele, limitaria sua autonomia, sobrepondo-se à escolha individual.

Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*. Como intuitivo, o conceito de 'dignidade como heteronomia'

375 VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la³⁷⁶.

O indivíduo, portanto, não teria liberdade para dispor de sua dignidade. A dignidade assume um sentido objetivo e supraindividual. Ainda que livre e capaz, o exercício de sua autonomia não poderia conduzir a situações que a sociedade considera indignas, ainda que o único prejudicado seja o indivíduo.

Por óbvio, rechaçamos esta concepção heterônoma da dignidade, exatamente por representar uma submissão do indivíduo a interesses alheios. Esta visão dignidade possui viés paternalista³⁷⁷, instrumentalizando o indivíduo para a satisfação de interesses estranhos a ele, pois mais que estes se revistam de nobreza.

Como expressão de sua autonomia, cabe ao indivíduo a prerrogativa de hierarquizar seus valores e de conduzir sua vida segundo os interesses que ele julgue válidos. O conceito de dignidade deve ser preenchido por cada pessoa em cada caso concreto, e não por valorações externas pré-concebidas. Seguindo essa lógica, cabe somente ao indivíduo a ponderação sobre o que ele considera digno ou não.

Com relação especificamente à eutanásia e ao suicídio assistido, a avaliação da qualidade de vida do indivíduo assume especial importância. Uma vida desprovida de qualidade pode ser considerada uma vida indigna e, portanto, disponível. “No entanto, com isso não estamos afirmando que a manutenção da vida depende sempre de ‘um certo nível de qualidade’, mas sim que quem determina o que é uma vida digna de ser vivida é o próprio sujeito autônomo”³⁷⁸.

Não se pode, pois, admitir que noções heterônomas determinem o destino do indivíduo, seja no sentido de manter, seja no sentido de eliminar sua vida. O direito à dignidade pressupõe a garantia da autonomia para que o indivíduo possa valorar sua condição, seus valores, suas perspectivas, sua história; enfim, para que possa ser o senhor de sua vida – e também de sua morte. Nesta lógica, é razoável conceber a

376 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, 2010, p. 78.

377 Conforme vimos no capítulo 6, o paternalismo legal inclui a noção de uma decisão imposta ao indivíduo “para o seu próprio bem”, ainda que contrária à vontade individual. A nosso ver, decisões paternalistas (ao menos no sentido do paternalismo “duro”) são ilegítimas por constituírem limitação à autonomia individual.

378 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 81.

autonomia como um “meta-valor” situado num plano diferente dos demais: a autonomia dá ao indivíduo justamente o direito de ponderar os seus valores e direitos³⁷⁹ e hierarquizá-los subjetivamente.

Uma sociedade que consagra o pluralismo e o direito à autodeterminação não pode pretender impor a seus membros padrões estanques sobre o que se considera uma vida com qualidade ou não. Tal noção é variável não apenas entre os indivíduos, mas para um mesmo indivíduo ao longo de sua vida.

Poder construir a personalidade pelo pelo exercício da liberdade com o outro e contra o outro implica assumir a existência de uma sociedade pluralista, que não determina e impõe um projeto de ‘vida-boia’, mas que reconhece na possibilidade de construção das personalidades a existência de variados projetos de ‘vidas-boas’³⁸⁰.

7.6 Autonomia da vontade e a liberdade para a tomada de decisões “ruins”

Aspecto importante quando se discute a possibilidade ou não da eutanásia e do suicídio assistido diz respeito à liberdade do indivíduo para tomar decisões tidas como ruins ou irracionais, segundo um pretense padrão coletivo. Não raro nos deparamos com situações em que uma pessoa maior e capaz toma decisões vistas, à luz do senso comum, como desarrazoadas ou equivocadas. Também frequente nesses casos é que pessoas no entorno do indivíduo, e muitas vezes o próprio estado, sub-roguem-se no direito de lhe determinar a melhor decisão, tentando dissuadi-la ou mesmo impondo que a escolha seja outra.

Conforme defendemos neste trabalho, o princípio da dignidade abarca a autonomia da vontade como manifestação básica e fundamental do caráter distintivo do ser humano. Muito se debate, entretanto, sobre se a autonomia alcançaria a possibilidade de tomada decisões tidas como ruins para uma maioria das pessoas ou que afetem uma moralidade mais ou menos consensual entre os indivíduos de uma mesma comunidade, como já tivemos oportunidade de discutir quando da análise da cláusula dos bons costumes.

379 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 81-82.

380 MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 28.

O respeito às decisões alheias consideradas equivocadas deve prevalecer não apenas porque a experiência nos orienta a isso, mas principalmente porque só se prestigia a autonomia da vontade se não forem admitidas exceções para os casos de tomada de decisões supostamente ruins. Do contrário, o princípio da autonomia não será respeitado, mas apenas o de que “todos podem tomar uma decisão se esta for aprovada após meu crivo” ou “todos podem tomar uma decisão, desde que considerada boa por mim”. Não seria, pois, autonomia, mas subjugação do indivíduo a critérios heterônomos e paternalistas.

Devemos respeitar as decisões que as pessoas tomam por si próprias, cada pessoa sabe melhor que ninguém o que faz de seus interesses fundamentais. Apesar de acreditarmos que alguém cometeu um erro ao avaliar quais são seus interesses, a experiência nos ensina que, na maioria dos casos, nós é quem erramos ao pensar assim. A longo prazo, portanto, é melhor reconhecer o direito geral à autonomia e respeitá-lo sempre, em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que aceitarmos que tenham cometido um erro³⁸¹.

Em caso de interferência na decisão do indivíduo, não se pode falar em escolha ou em autonomia da vontade, pois ganham lugar determinações paternalistas que se pretendem mais adequadas ou “melhores” do que a decisão construída pelo próprio indivíduo em seu processo subjetivo de ponderação de princípios, crenças, valores e experiências. Em outras palavras, ou se consagra a autonomia, a despeito de eventuais decisões que desagradem, ou simplesmente não se tem autonomia e, em última instância, dignidade.

O reconhecimento de um direito individual de autonomia torna possível a autocriação. Permite que cada um de nós seja responsável pela configuração de nossas vidas de acordo com nossa personalidade – coerente ou não, mas de qualquer modo distintiva³⁸².

A título ilustrativo, examinemos o caso de Peter Noll, professor de Direito Penal em Zurique. Portador de um câncer mortal, ele recusou até o fim, em 1982, ser

381 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 315.

382 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 319.

internado ou se submeter a cirurgia, abordagens indicadas pela equipe médica para prolongar sua vida. Conforme leciona Figueiredo Dias:

Neste caso decide a vontade do enfermo que deve, em qualquer caso, ser respeitada por todos, incluídos os médicos encarregados e os familiares, ainda quando, segundo um juízo objetivo, aquela vontade surja como desrazoável ou mesmo irresponsável. O médico não pode deixar de obedecer à vontade do paciente, sob pena, inclusivamente, de eventual cometimento do crime de tratamento médico arbitrário³⁸³.

Assim como a noção de dignidade é precipuamente pessoal e variável, a avaliação sobre o que é bom ou ruim, razoável ou indevido, cabe tão somente ao paciente, pois depende de toda uma avaliação de valores pessoais que só ele pode fazer. Nesse sentido, muitos consideram que a recusa de um tratamento viável ou mesmo o pedido para morrer são, em si, decisões ruins no sentido da razoabilidade de seu conteúdo, ainda que, neste último caso, a consequência de permanecer vivo seja sofrer ininterruptamente. Pedir para morrer seria, em qualquer caso, um pedido descabido. Muito dessa ideia vem do fato de que a morte é irreversível em suas consequências: não há possibilidade de arrependimento e reversão do resultado. Sozinho, porém, este argumento não tem força para deslegitimar a vontade de alguém que deseja dar cabo à própria vida.

Várias decisões da vida cotidiana também são irreversíveis (no sentido de gerarem consequências definitivas) ou, ainda que reversíveis, impactam definitivamente a vida do indivíduo. A decisão de casar ou divorciar. De ter um filho. De iniciar um negócio. De investir todas as economias na compra de um imóvel. De aceitar um emprego ou pedir demissão. De mudar para outra cidade ou país. De se submeter a uma cirurgia de risco. Estes são exemplos de decisões que causam profundo impacto na qualidade da vida das pessoas e determinam seus futuros em alguma medida. Por óbvio, elas não são tomadas apenas levando em conta fatores racionais. Há sempre

³⁸³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013, p. 20. O autor português refere-se ao art. 156 do Código Penal Português, que ora transcrevemos: “Intervenções e tratamento médico-cirúrgicos arbitrários: 1. As pessoas indicadas no at. 150.º [médico ou outra pessoa legalmente autorizada] que, em vista das finalidades nele apontadas [de diagnóstico e tratamento], realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com prisão até 3 anos ou com pena de multa”. Note-se que, para fins da lei, “tratamento arbitrário” equivale a tratamento contra a vontade do paciente, ainda que a medida imposta acarrete melhora na saúde do mesmo.

um grau de irracionalidade, ainda que mínimo, nas decisões cotidianas de cada indivíduo, inclusive de pacientes em fim de vida ou em situação de sofrimento irreversível.

[...] certo é que todo paciente é influenciado por diferentes fatores no momento de decidir e a existência de determinadas instâncias de irracionalidade, na verdade, é ínsito à grande maioria dos processos decisórios, uma vez que é característico da própria natureza humana. Portanto, esse argumento, isoladamente considerado, não é suficiente para afastar a autonomia³⁸⁴.

“Autonomia não é só um direito, como também um ônus; ela não significa apenas liberdade, como também responsabilidade”³⁸⁵. Apenas o indivíduo tem a possibilidade de julgar se uma decisão é acertada (e colocá-la em prática) ou ruim (e não levá-la a cabo), assumindo as consequências sobre quaisquer das escolhas. Voltando à noção da dignidade como heteronomia, no tocante à eutanásia ou ao suicídio assistido, especialmente, é absurdo impor que a decisão seja tomada com base em uma moral coletiva ou no julgamento de terceiros, visto que o único afetado – de forma irreversível – é o indivíduo que pede para ser morto.

Ademais, não importa que a decisão seja boa ou ruim do ponto de vista coletivo, e sim que seja a escolha do sujeito específico, o que necessariamente a tornará boa, sob a perspectiva da autonomia. Citando o caso fictício de um personagem paraplégico, Feinberg argumenta:

Sejam quais forem as razões do Sr. Harrison, elas são boas o suficiente, pelo fato de serem as razões *dele*. O paternalista moderado, se puder ser convencido de que a escolha foi voluntária o suficiente através de crivos razoáveis, estará firmemente comprometido com uma política de não interferência em sua decisão, pois a vida em jogo é a vida do Sr. Harrison, e não a nossa. A pessoa com o controle soberano sobre isso é exatamente ele³⁸⁶ [tradução nossa].

384 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

385 GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico In: COSTA, José de Faria et. al. (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* – Volume 1. Coimbra: Studia Jurídica, 2017, p. 653.

386 Texto no idioma original: “Whatever Mr. Harrison’s reasons are, they are good enough, provided only they are *his reasons*. The soft paternalista, if he can be convinced that the choice is voluntary enough by reasonable tests, is firmly committed to a policy of non-interference with its implementation, for the life at stake is Mr. Harrison’s life not ours. The person in sovereign

Recobrando a noção de dignidade como heteronomia, poder-se-ia arguir que, apesar de a vida pertencer apenas ao Sr. Harrison, sua extinção prejudicaria toda a sociedade, de forma que ele jamais poderia consentir para um ato que causará danos a terceiros. Em outras palavras, não estaria em discussão um interesse individual, mas sim um interesse coletivo, de forma que não seria permitido ao indivíduo dispor unilateralmente de sua vida.

De fato, o interesse público está sempre envolvido, pelo menos até certo ponto, quando as pessoas se autolesionam. A sociedade é privada dos serviços de quem se lesionou e também deve arcar com os custos sociais mais diretos de limpeza, resgate, recuperação ou reparação. Se cinquenta mil pessoas se matam todos os anos por sua própria escolha ou por descuido com a própria segurança, então milhões de dólares em impostos não são pagos ao tesouro, milhões de dólares são gastos em previdência social e pensões por morte, milhões mais são gastos em equipes policiais, ambulâncias e hospitais. Até mesmo os trabalhadores da limpeza urbana que varrem os escombros e lavam o sangue das estradas são pagos com fundos públicos. Mortes e ferimentos auto-causados, em conjunto, são um inconveniente público considerável, no mínimo³⁸⁷ [tradução nossa].

O argumento não prospera por duas razões distintas. A primeira é que instrumentaliza o indivíduo com o propósito de garantir rendimentos materiais para o Estado ou, ao menos, de não gerar gastos públicos. Esta visão economicista favorece práticas eugênicas na medida em que leva à conclusão de que haveria vidas que merecem ser vividas – e que, por isso, não podem ser extintas – e vidas imprestáveis, cuja extinção representaria um benefício social.

control over it is precisely he". FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 354.

387 Texto no idioma original: "Indeed, the public interest is always involved, at least to some small extent, when persons harm themselves. Society is deprived of the services of the injured party, and must also bear the more direct social costs of cleaning up, rescuing, retrieving, or repairing. If fifty thousand persons kill themselves every year by their own choice or through reckless disregard of their own safety, then millions of dollars of tax money are not paid to the treasury, millions of dollars are paid out in social security and death benefits, millions more are spent on police teams, ambulances, and hospitals. Even the sanitation workers who sweep the debris and wash the blood off the roads are paid from public funds. Self-caused deaths and injuries, in the aggregate, are a considerable public inconvenience, at the very least". FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 22.

Pensemos na situação hipotética de um rico empresário que paga altos impostos e gera muitos empregos em contraposição a um sujeito desempregado, viciado em drogas e praticante de pequenos delitos. Sob ponto de vista exposto, a vida do primeiro jamais deveria ser extinta, ainda que esta fosse sua vontade, porque haveria um interesse social (ou seja, que transcenderia a mera vontade individual) em sua manutenção. Por outro lado, a vida do indivíduo desempregado poderia ser eliminada porque, em última instância, ele se tornou um fardo social – não recolhe impostos, não contribui para a previdência e causa prejuízo com os crimes que pratica.

O segundo argumento capaz de rechaçar a tese do interesse coletivo é que, ainda que prevaleça a tese economicista, em razão do princípio da solidariedade, seria preferível exigir do Estado e dos demais indivíduos que suportassem de forma coletiva (e, portanto, mitigada) o “prejuízo” advindo da morte de uma pessoa que desejou morrer do que obrigá-la a viver para satisfazer uma coletividade abstrata.

De toda forma, voltando à questão da avaliação do caráter bom ou ruim da decisão, a suposta irracionalidade da decisão só é legítima para levantar questionamentos baseados no paternalismo suave, com o fim de averiguar se há algum déficit de capacidade do sujeito. Tratando-se, no entanto, de indivíduo plenamente capaz, não são cabíveis quaisquer avaliações sobre a qualidade da decisão tomada, vez que a autonomia compreende também o direito de tomar decisões equivocadas³⁸⁸.

388 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 404.

8 O CONSENTIMENTO NO DIREITO PENAL

Apresentadas as considerações que demonstram a admissibilidade da eutanásia e do suicídio assistido no plano constitucional, cumpre estabelecer, no âmbito da dogmática penal e da teoria delito, os efeitos que tais condutas exercem nas categorias do conceito tripartido, de forma a fundamentar a ausência de punição, que aqui defendemos.

Definir se o consentimento exclui a tipicidade ou a ilicitude penal (ou outra categoria, conforme veremos) não é questão de mera firula dogmática. Trata-se, na verdade, de optar (i) por um Estado mais liberal no que se refere ao respeito à autonomia individual e à gestão do indivíduo sobre os próprios interesses; ou (ii) por um modelo de Estado mais interventor e paternalista. O cerne da controvérsia é definir se a vontade integra ou não o conteúdo dos bens jurídicos individuais, e esta definição reflete na determinação dos efeitos penais da conduta realizada sob consentimento³⁸⁹.

A palavra *consentimento* deriva do latim *consentire* e pressupõe a concordância entre as partes ou congruência de opinião. Desde Ulpiano, justifica-se a não punibilidade da conduta delituosa praticada em razão do consentimento, traduzida na máxima *volenti non fit injuria*³⁹⁰.

A manifestação da vontade é um gesto natural e corriqueiro, porém de consequências tão relevantes que não poderia passar despercebido pelo Direito. A prerrogativa que o ser humano dispõe de, pela expressão de sua vontade, regular a própria vida e suas relações com os demais é tão intuitiva e original que seria impossível passar à margem de qualquer codificação. Em razão disso, desenvolveu-se, no direito privado, toda uma detalhada doutrina acerca da manifestação da vontade, seus requisitos e condições, que redundam em uma das mais antigas categorias jurídicas: o direito das obrigações e, em especial, o direito contratual.

No entanto, mesmo nos institutos regidos pelo direito público – em que o interesse coletivo, ao menos em princípio, sobrepõe-se por meio de uma normatização essencialmente coercitiva –, a manifestação da vontade adquire especiais contornos.

389 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 175.

390 PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

Assim sendo, em que pese a natureza impositiva e sancionadora do Direito Penal, também neste âmbito a manifestação da vontade do indivíduo tem relevância. Isso porque a finalidade deste ramo jurídico, modernamente firmada, é a de proteção de bens jurídicos, de forma que a relação do titular com o bem protegido assume destaque. O indivíduo valora subjetivamente os bens jurídicos, devendo tal valoração ser reconhecida como expressão da liberdade pessoal, valor caro a um Estado de Direito liberal³⁹¹.

Neste capítulo, pretendemos contrapor o tradicional entendimento sobre a função que o consentimento do ofendido desempenha na teoria do delito, justificando a concepção de que o instituto deve funcionar como excludente da tipicidade penal.

Desde já, cumpre ressaltar que a expressão “consentimento do ofendido” merece críticas. Em princípio, porque o ofendido e o titular do bem jurídico nem sempre coincidem. De fato, o sujeito passivo da ação e o sujeito passivo do crime nem sempre serão a mesma pessoa: o último é titular do bem jurídico tutelado penalmente, enquanto que o sujeito passivo da ação é o objeto material, ou seja, a pessoa (ou a coisa) sobre a qual incide a ação típica³⁹². Por esta razão, alguns autores preferem a

391 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5 ed. Granada: Comares, 1996, p. 405.

392 VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 91-92. A respeito da terminologia, Alfonso Reyes Echandía pondera: “Embora a doutrina se refira a este fenômeno com os nomes de ‘consentimento do ofendido’, ‘consentimento da vítima’, ‘consentimento do titular do direito’ ou ‘consentimento do paciente’, preferimos o de ‘consentimento do sujeito passivo’, por ser mais preciso. Na verdade, as expressões ‘ofendido’ e ‘vítima’ não têm conteúdo estritamente jurídico-criminal. Em vez disso, aponta para a pessoa que sofreu um delito, dano ou lesão pelo crime cometido e, em tal situação, não é apenas o sujeito passivo, mas qualquer outra pessoa próxima a ele. Quanto à palavra ‘vítima’, é mais apropriada no domínio da criminologia, da qual hoje constitui um importante capítulo sob o nome de ‘vitimologia’. ‘Titular de direito’ é aquele que tem o direito de que eventualmente pode dispor, mas como tal expressão deve ser atribuída ao titular de um direito criminalmente protegido, deve-se concordar que esse significado corresponde exatamente ao do contribuinte; a palavra ‘paciente’ tem significado e alcance médicos; é por isso que é usado no estudo desse fenômeno do consentimento no exercício dessa profissão; conseqüentemente, é muito estreito. Por outro lado, o significado de ‘sujeito passivo’ diz o que realmente significa, pois sendo este o titular do bem jurídico ou o direito que o Estado quis proteger criminalmente e referindo-se ao consentimento aqui estudado a esse titular, é lógico concluir que a expressão mais adequada para designar esse fenômeno é a de ‘consentimento do sujeito passivo’”. Texto no original: “Aunque la doctrina se refiere a este fenómeno con los nombres de ‘consentimiento del ofendido’, ‘consentimiento de la víctima’, ‘consentimiento del derecho-habiente’, o ‘consentimiento del paciente’, nosotros preferimos la de ‘*consentimiento del sujeto pasivo*’, por ser más precisa. En efecto, las expresiones ‘ofendido’ y ‘víctima’ no son de contenido estrictamente jurídico-penal; aquella apunta más bien hacia la persona que ha sufrido ofensa,

rubrica “consentimento do titular do bem jurídico” ou “consentimento do sujeito passivo” em prol de maior exatidão técnica.

A nosso ver, no entanto, o problema maior da expressão “ofendido” é que, conforme exporemos, o consentimento válido emanado do titular do bem jurídico faz com que qualquer afetação do bem de sua titularidade perca o caráter de *ofensa* propriamente dita, já que o resultado ocorrerá em razão de sua vontade. Assim, parece-nos inadequado considerar como “ofendido” alguém que teve o objeto material de seu direito afetado em razão de sua própria vontade, através do livre exercício de seu direito.

De toda forma, para o desenvolvimento das linhas seguintes, optaremos pela clássica rubrica “consentimento do ofendido” em razão de sua ampla aceitação na doutrina e na jurisprudência.

8.1 O Direito Penal como instrumento de tutela de bens jurídicos

Hodiernamente, a noção de bem jurídico assume posição central na análise do Direito Penal. Compreende-se que não há como se admitir um sistema penal cujo referencial de punição esteja desvinculado da proteção de um bem jurídico³⁹³. Um desapego nesse sentido é típico de sistemas autoritários, nos quais a punição tem um valor em si mesma, não voltado aos interesses da coletividade, mas tão-somente à manutenção do poder e à vontade do soberano.

daño o agravio por el delito cometido y en tal situación se encuentra no solo el sujeto pasivo sino cualquiera otra persona allegada a él; en cuanto a la palabra ‘víctima’, es más apropiada en el ámbito de la criminología, de la cual constituye hoy importante capítulo con el nombre ‘*victimología*’. ‘Derecho-habiente’ es quien tiene el derecho del cual puede eventualmente disponer, pero como quiera que tal expresión ha de predicarse del titular de un derecho penalmente tutelado, debe convenirse que esta significación corresponde exactamente a la de sujeto pasivo; la palabra ‘paciente’ tiene sentido y alcance médicos; por eso se la usa al estudiar este fenómeno del consentimiento en el ejercicio de aquella profesión; en consecuencia es demasiado estrecha. En cambio la acepción ‘sujeto pasivo’ dice lo que realmente se quiere significar, porque siendo este el titular del interés jurídico o del derecho que el Estado ha querido tutelar penalmente y refiriéndose el consentimiento que aquí se estudia a ese titular, resulta lógico concluir que la expresión más adecuada para designar dicho fenómeno es la de ‘consentimiento del sujeto pasivo’”. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *La Antijuridicidad*. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 317.

393 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 402.

Ao longo da história, podem ser citados momentos em que a teoria do bem jurídico foi esvaziada e, com isso, perdeu sua função de garantia. Com a Escola de Kiel, de índole nacional-socialista, por exemplo, o núcleo do fato punível passou a ser a “violação do dever de fidelidade ao Estado ético, personalizado no *Führer*”³⁹⁴. Esta opção autoritária não ficou adstrita ao nazifascismo, mas serviu a variadas ideologias. O direito penal marxista também procedeu a anulação do conceito para fins manifestamente políticos:

O crime passa a ser definido como um fato anti-social, perigoso para os interesses classistas (do proletariado), isto é, do Estado socialista. Objeto da tutela penal é a potencialidade lesiva do fato perigoso contra a edificação do Estado socialista. A indagação sobre o crime cinge-se a verificar se a conduta do agente foi ou não fiel ao interesse social³⁹⁵.

Hoje, porém, compreende-se que os tipos penais devem ser orientados para a proteção de um ou mais bens jurídicos, sendo negada a possibilidade de existirem disposições penais dissociadas dessa necessidade de proteção³⁹⁶.

De fato, a análise da conduta típica só tem sentido sob o critério do bem jurídico e da necessidade de sua tutela. O delito é maior do que a mera lesão a um bem jurídico, mas esta lesão será sempre seu pressuposto. “Sem o bem jurídico, não há um ‘para quê?’ do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura ‘jurisprudência de conceitos’”³⁹⁷.

A eleição de determinado bem como bem jurídico penalmente tutelável é, sem dúvidas, resultado de uma reflexão axiológica feita pelo legislador em razão dos interesses da comunidade³⁹⁸. Esta característica valorativa, no entanto, não desnatura sua função de garantia: é exatamente tal valoração que constitui o parâmetro para eleger os bens que merecem a tutela penal (com a consequente imposição de uma

394 SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 120.

395 SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 276.

396 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5 ed. Granada: Comares, 1996, p. 276.

397 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 398-399.

398 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5 ed. Granada: Comares, 1996, p. 275.

pena para a hipótese de sua lesão) e para determinar o que se considera “lesão” ou “dano” merecedor de resposta penal em determinado momento histórico. Todas essas noções são evidentemente valorativas e é justamente esta valoração que justifica a necessidade de tutela penal e a imposição da pena³⁹⁹.

Este caráter axiológico do bem jurídico dá lugar a definições mais autoritárias ou mais garantistas, a depender do perfil político adotado na elaboração de cada ordenamento jurídico-penal. Por isso, historicamente, a noção de bem jurídico assumiu contornos bastante diversos, já que sua definição é externa ao direito, independente dele⁴⁰⁰, assumindo conceitos sempre variados dependendo da ótica do legislador.

A ascensão de uma cultura penal mais liberal e democrática após a II Guerra Mundial fez renascer o caráter garantista do conceito de bem jurídico, de forma que este assume função limitadora ao poder estatal⁴⁰¹. Assim, perde o sentido qualquer interferência estatal na vida dos indivíduos por intermédio do direito penal, exceto se tal interferência for justificada pela lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico, aqui concebido no âmbito relacional do indivíduo com os demais membros da sociedade.

A lesão do objeto material do bem jurídico não se confunde com a lesão do direito do titular daquele bem. Conforme visto, muitas vezes a disposição do objeto e até mesmo sua destruição é fruto da vontade do titular do bem jurídico no pleno exercício de seu direito. Em razão disso, não há que se falar em necessidade de tutela penal às lesões causadas em razão da vontade do titular do bem.

A anuência do titular do bem jurídico no sentido da destruição do objeto material do bem nada mais é do que o exercício da prerrogativa de dispor do bem. Assim, qualquer lesão ou ameaça de lesão amparada pelo consentimento perde a relevância penal no sentido da necessidade de tutela. A tutela penal nestes casos, sendo válido o consentimento, é desnecessária e abusiva; expressão de um paternalismo duro que submete o indivíduo à satisfação de interesses estranhos a ele.

399 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 428.

400 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 430.

401 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 431.

O sujeito que dispõe de seu bem jurídico “vida”, por questões lógicas, ficará irreversivelmente desprovido da condição básica do exercício dos demais direitos. Este fato, porém, não retira a legitimidade da disposição do bem como expressão do exercício daquele direito, ainda que pela última vez.

8.2 Precedente: o consentimento como ato ou negócio jurídico

Para melhor compreensão do tema, cumpre retomar um debate precedente que gira em torno da definição da natureza jurídica do consentimento como ato ou negócio jurídico. Tradicionalmente, no âmbito do direito privado, o consentimento manifestado pelo titular do bem jurídico era tratado como negócio jurídico. Sob esta ótica, o consentimento não traduziria uma simples manifestação da vontade, mas verdadeiro negócio jurídico que desencadeia uma “desordem no ordenamento jurídico com uma finalidade prática de reconhecer autoridade, faculdade, licença, autorização ao destinatário para que cumpra aquilo se estabeleceu”⁴⁰².

Pela teoria do negócio jurídico, situada no âmbito privado do direito das obrigações, o consentimento firmaria para o titular do bem jurídico a obrigação de suportar sua perda ou deterioração. Segundo Jescheck e Weingend, o consentimento caracterizaria um negócio jurídico que concede ao autor um direito revogável de lesão ao bem jurídico. Assim, implicaria, para seu destinatário, na aquisição da faculdade de praticar a ação ou omissão consentida, que acarretaria a lesão do bem ou sua exposição a perigo. Considerando que o exercício de um direito não pode ser considerado antijurídico, o consentimento atuaria como uma causa de justificação⁴⁰³.

Em que pese o mérito de tentar demonstrar uma suposta unidade do ordenamento jurídico com a adaptação de institutos do direito civil para o âmbito penal, tal posicionamento falha na medida em que a essência do instituto não deve fugir aos limites da ciência do direito penal⁴⁰⁴. Por esta razão, ressalta Figueiredo Dias:

402 PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 76

403 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5 ed. Granada: Comares, 1996, p. 404.

404 REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004, p. 19.

Pelo menos nesta forma “pura”, porém, pode dizer-se que esta teoria não encontra hoje mais defensores, filha como é de uma já ultrapassada fase de desenvolvimento do pensamento da autonomia (e da “libertação”) do direito e do ilícito penais face ao direito e ao ilícito civis⁴⁰⁵.

Na doutrina italiana, por exemplo, a teoria do negócio jurídico é amplamente rechaçada. Entende-se, hoje, que o consentimento não tem natureza de negócio jurídico, nem de direito privado, nem de direito público, devendo ser qualificado como um ato jurídico simples que concede ao destinatário um poder de agir, mas que não cria nenhuma restrição obrigatória ao titular do bem, tampouco transfere qualquer direito ao agente, vez que sempre revogável⁴⁰⁶. Assim, o consentimento se caracteriza como mero ato jurídico, uma permissão que dá a seu destinatário o poder de agir, sem, no entanto, criar qualquer relação de direito/obrigação⁴⁰⁷.

No mesmo sentido, para Ramacci, o efeito do consentimento não é a transferência a outro sujeito do direito disponível por parte de seu titular, mas simplesmente a renúncia ao exercício daquele direito (ato jurídico abdicativo)⁴⁰⁸.

O consentimento é considerado, portanto, mero ato jurídico que atribui a seu destinatário um poder de agir, sendo sempre revogável.

De fato, não há como admitir, para o consentimento dado no âmbito do Direito Penal, o tratamento concedido pelo Direito Civil aos negócios jurídicos, visto não haver a criação de obrigações mútuas para as partes. O que ocorre, em verdade, é a renúncia do titular do bem jurídico à sua tutela, a qual pode ser revogada a qualquer tempo. De outro lado, não é criada, para o destinatário do consentimento, uma obrigação de agir em conformidade com a permissão e lesionar o bem. Há apenas uma faculdade

405 DIAS, Jorge de Figueredo. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 471.

406 FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale: Parte Generale*. 3 ed. Bologna: Zanichelli, 1985, p. 124.

407 MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. 4 ed. Padova: CEDAM, 2001, p. 262.

408 RAMACCI, Fabrizio. *Corso di Diritto Penale*. 3 ed. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 302.

precária para tanto, nos limites da manifestação exarada pelo titular do bem jurídico enquanto não for revogada⁴⁰⁹.

8.3 O consentimento do ofendido na teoria do delito

Afora a discussão preliminar sobre a natureza de ato ou negócio jurídico – que, conforme delimitado, encontra-se superada –, importa mais ao direito penal definir a natureza que o consentimento do ofendido assume na teoria do delito. Neste tocante, as doutrinas pátria e estrangeira se dividem em duas correntes principais: dualista ou unitária; embora existam propostas minoritárias de alocação do consentimento em categorias além da tipicidade ou da ilicitude.

8.3.1 A teoria dualista e a distinção entre consentimento e acordo

Como é sabido, o direito brasileiro admite como causas legais de exclusão da ilicitude a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito (art. 23 do CP). Configuradas tais hipóteses, restará afastada a ilicitude da conduta, apesar de configurada a tipicidade penal. Em paralelo, a doutrina admite o consentimento do ofendido como causa supralegal ou extralegal de exclusão da ilicitude penal, uma vez que não prevista expressamente pelo legislador.

Em outros países, entretanto, o consentimento é textualmente fixado na legislação e atua como causa legal de exclusão da antijuridicidade, desde que presentes seus requisitos⁴¹⁰. Segundo Bettiol e Mantovani, o consentimento constitui

409 STARLING, Sheyla Cristina da Silva. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 35.

410 Conforme tivemos a oportunidade de expor em nossa dissertação de mestrado, o legislador português previu expressamente a figura do consentimento no artigo 31º do Código Penal lusitano, ao lado das demais causas de justificação. Além disso, no artigo 38º do mesmo diploma, traçou expressamente seus requisitos. O mesmo fez o legislador italiano, no artigo 50 do seu diploma penal, e o mexicano (art. 15). O legislador alemão, por sua vez, previu a figura na parte especial do Código, inserindo o §228 nos crimes contra a integridade corporal. Cf.: STARLING, Sheyla Cristina da Silva. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 24-32.

uma causa de justificação em razão do princípio de que não há conduta antijurídica se não houver um interesse a ser tutelado⁴¹¹.

Assim, via de regra, o consentimento daquele que pode validamente dispor do bem jurídico atuaria como causa de justificação. Há hipóteses, no entanto, em que o consentimento teria o condão de excluir a própria tipicidade, em virtude da essência do tipo penal sob análise, que exigiria, para sua caracterização, a discordância daquele que poderia consentir. Esta discordância pode ser deduzida textualmente da redação do tipo penal ou pode estar implícita, a ser descoberta pelo sentido advindo do verbo típico.

Exemplo clássico em que o dissenso é elemento essencial do tipo penal se encontra no art. 150 do Código Penal brasileiro, que prevê a figura da violação de domicílio nos seguintes termos: “entrar ou permanecer, *clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito*, em casa alheia ou em suas dependências” (grifo nosso). Vê-se que o legislador incluiu o dissenso na própria redação do tipo, de forma que, se houver anuência do sujeito passivo, não mais haverá conduta típica. Podemos citar outros exemplos semelhantes na legislação penal pátria, como o crime de violação de direito autoral (art. 184, §§ 1º e 3º do CP) e o de invasão de dispositivo informático (art. 154-A do CP)⁴¹². Nestes casos, a ausência de consentimento faz parte da estrutura típica, constituindo uma *característica negativa do tipo*⁴¹³.

Por outro lado, há casos em que o consentimento exclui a tipicidade não porque o dissenso faz parte expressamente da redação do tipo penal, mas porque o sentido do verbo típico implica em uma conduta praticada sem a anuência da vítima. Nestas

411 BETTIOL, Giuseppe; MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diritto Penale: Parte Generale*. 12 ed. Padova: CEDAM, 1986, p. 401. Esta é a razão essencial pela qual defendemos que o consentimento deve excluir a própria tipicidade penal. Para nós, não há interesse (e nem legitimidade) na proteção de um bem jurídico contra a própria vontade de disposição de seu titular, por absoluta falta de interesse deste.

412 Os §§ 1º e 3º do art. 184 do Código Penal apresentam em sua redação a expressão “sem autorização expressa do autor”, enquanto que o art. 154-A do mesmo diploma inclui a expressão “sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo”, o que não deixa dúvidas de que a anuência do titular do bem exclui a tipicidade, nesses casos, por absoluta falta de subsunção do fato à norma.

413 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 306-307.

hipóteses, o legislador aponta no próprio tipo o elemento de violência, fraude ou abuso de confiança que constituem a razão de ser da vedação legal⁴¹⁴.

É o que ocorre nos casos de estupro (art. 213 do CP), furto (art. 155 do CP) e violação de correspondência (art. 151 do CP). Nestes casos, a lei penal descreve a conduta por meio de um verbo – e.g. “constranger”, “subtrair”, “devassar” – cujo significado contém a ideia de uma ação praticada contra a vontade da vítima.

Diante deste cenário é que a doutrina distingue o “acordo” – capaz de excluir a tipicidade penal – do “consentimento” propriamente dito – este sim, excludente de ilicitude, firmando a chamada doutrina dualista. Como explica Roxin:

A opinião hoje dominante distingue, segundo Geerds, entre acordo e consentimento. Conforme essa doutrina, o acordo age excluindo a tipicidade. Isso ocorre nos tipos em que a ação típica já pressupõe conceitualmente um ato praticado contra ou sem a vontade da parte lesada (*invito laeso*, de acordo com a formulação latina). Aqui entram sobretudo os crimes de coação. [...] Pelo contrário, o consentimento em sentido estrito, quando é dado pelo titular do bem jurídico, teria apenas o efeito de justificação, mas não o de excluir a tipicidade. O tipo de dano e de lesões corporais são os exemplos clássicos⁴¹⁵ [tradução nossa].

Segundo os adeptos da teoria dualista, o consentimento não desnatura a lesão corporal ou o dano ao patrimônio, mas a conduta resta justificada, com a exclusão da ilicitude, por configurar uma renúncia à tutela penal do bem jurídico. Isto porque, nestes casos, o bem jurídico tutelado pertence ao indivíduo e não ao Estado ou à coletividade, e o que se protege é o bem em si considerado, e não a liberdade de dele dispor⁴¹⁶.

Seguindo esta linha, a doutrina tenta dar ao consentimento o mesmo traço essencial das demais causas de exclusão da ilicitude: a ponderação de interesses. Assim, na ponderação entre o valor do bem jurídico e a liberdade de dispor do bem,

414 VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. 3 ed. México: Porrúa, 1975, p. 353.

415 Texto no idioma original: “La opinión hoy dominante distingue, a raíz de Geerds, entre acuerdo y consentimiento. Según esta doctrina, el acuerdo actúa excluyendo la tipicidad. Ello entra en consideración en los tipos en que la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado (*invito laesio*, según la formulación latina). Aquí pertenecen sobre todo los delitos de coacción. [...] Por el contrario, el consentimiento em sentido estricto, cuando es prestado por el portador del bien jurídico, sólo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo. Los ejemplos fundamentales los proporcionan los tipos de daños y lesiones”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 512.

416 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimiento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 178.

prevaleceria a última. Por conseguinte, o consentimento excluiria a ilicitude do fato. Conforme Roxin, o desvalor do dano ao bem jurídico seria ponderado com a liberdade de disposição do indivíduo, com a consequência de que o consentimento prevaleceria nos casos em que se valorizasse mais a liberdade de disposição⁴¹⁷.

Manuel Cavaleiro de Ferreira explica que:

[...] o consentimento como causa de justificação não é elemento essencial do facto ilícito e antes fundamento da justificação do facto. A terminologia alemã usa, aliás, diferentes vocábulos para designar os dois conceitos jurídicos do consentimento do ofendido (“Einwilligung” - para a causa de exclusão da ilicitude, e “Einverstanden” - para os casos em que é elemento constitutivo do facto ilícito), que já foram traduzidos nesta matéria para línguas latinas como consentimento e acordo, e talvez melhor como consentimento e assentimento ou anuência⁴¹⁸.

Ao apresentar os conceitos de acordo e consentimento, Roxin, apesar de discordar da doutrina dualista, elenca seis diferenças que resultariam “da natureza mais fática do acordo em comparação ao caráter jurídico do consentimento”⁴¹⁹: (i) o acordo se basta com a vontade interna daquele que consente, enquanto que o consentimento exige que esta vontade seja exteriorizada, de alguma forma; (ii) para o acordo, não seria exigível discernimento ou capacidade de consentir por parte da vítima, ao contrário do que ocorre no consentimento propriamente dito; (iii) os vícios da vontade (erro, fraude ou coação) seriam irrelevantes para o acordo, porém excluiriam a eficácia do consentimento; (iv) para a doutrina dominante, a contrariedade aos bons costumes excluiria a validade do consentimento, mas não teria interferência no efeito de atipicidade do acordo; (v) nos casos em que o autor desconhece a aprovação do titular do bem jurídico para sua lesão, os casos de acordo equivaleriam ao da tentativa inidônea por estar presente o dolo delitivo, mas sem a realização do tipo objetivo; nos casos de consentimento, porém, o crime estaria consumado⁴²⁰; (vi) por fim, o acordo

417 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 513.

418 FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: A Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. Lisboa: Verbo, 1985, p. 140.

419 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 513-515.

420 Neste ponto, Roxin salienta que a maioria dos autores que consideram o consentimento como causa de justificação quer empregar diretamente ou por analogia as regras da tentativa, chegando assim ao mesmo resultado que no desconhecimento do acordo. Roxin pondera que isto requereria uma fundamentação adicional, que não é necessária no acordo.

putativo excluiria o dolo da conduta, mas, no consentimento, equivaleria, segundo a doutrina dominante, ao erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, abrindo a discussão sobre se se trataria de erro de tipo permissivo ou erro de proibição, com consequências obviamente distintas.

Como veremos adiante, estas distinções perdem o sentido – ou, pelo menos, se relativizam – para aqueles que rechaçam a distinção entre acordo e consentimento trazida pela doutrina dualista.

8.3.2 A teoria unitária e o consentimento como causa de exclusão da tipicidade

A partir da década de 70 do século XX, o modelo dualista passou a ser questionado, especialmente na Alemanha. As críticas se baseiam em uma concepção unitária que considera toda aquiescência do titular do bem jurídico como causa de exclusão da tipicidade da conduta⁴²¹, ainda que o dissenso não faça parte da redação do tipo penal. Jescheck e Weigend explicam:

Enquanto a doutrina dominante ainda interpreta o consentimento como uma causa de justificação, uma minoria significativa o vê como uma circunstância que exclui o tipo. De certa forma, essa concepção entende o consentimento como um elemento negativo do tipo e, em decorrência disso, sua concomitância nos crimes em que o direito é deixado à disponibilidade de seu titular o configura como uma circunstância que desde o princípio priva o evento de relevância criminal⁴²² [tradução nossa].

Tal posicionamento, da perspectiva de Roxin, resulta da adoção de uma teoria liberal que destaca o caráter utilitário dos bens jurídicos. Assim, “não pode haver prejuízo ao bem jurídico quando a ação se baseia em uma disposição do titular daquele bem que não prejudica o seu desenvolvimento, mas, ao contrário, constitui a sua

421 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 184.

422 Texto no idioma original: “Mientras que la doctrina dominante todavía interpreta el consentimiento como una causa de justificación, una importante minoría ve en el mismo una circunstancia que excluye el tipo. En cierto modo, esta concepción entiende el consentimiento como un elemento negativo del tipo y, de acuerdo con ello, su concurrencia en aquellos delitos en los que el bien jurídico se abandona a la disponibilidad de su titular lo configura como una circunstancia que desde un principio priva de relevancia penal al suceso”. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5 ed. Granada: Comares, 1996, p. 402.

expressão⁴²³ [tradução nossa]. O autor alemão defende que as lesões causadas sob o consentimento do indivíduo afetado representam nada mais que o exercício de liberdade do titular de fruir e gozar de seus bens jurídicos individuais⁴²⁴.

Segundo salienta Damásio Evangelista de Jesus:

Verifica-se hoje, na doutrina da imputação objetiva, tendência de conceder ao consenso da vítima maior relevância no terreno da tipicidade e não da antijuridicidade, i. e., os penalistas estão começando a considerar que a contribuição do ofendido na prática do fato, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não menciona o dissentimento, deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a, e não no da ilicitude⁴²⁵.

A doutrina que sustenta a exclusão da tipicidade para todos os casos de consentimento válido preconiza que os bens jurídicos não devem ser entendidos como valiosos em si, mas somente em função do proveito e desenvolvimento de seu titular. Se ele – como fruto de uma decisão livre – concorda com ou mesmo solicita a destruição do bem, não há que se falar em lesão, mas sim em cooperação. Tratar-se-ia, então, de exercício livremente tolerado⁴²⁶. De fato, dispor de um bem não é sinônimo de destruí-lo, mas de possibilitar seu uso e aproveitamento⁴²⁷ em prol de satisfazer a vontade de seu titular, embora a destruição do objeto material do bem seja igualmente legítima. “Essa compreensão encontra seu fundamento na liberdade geral de ação, constitucionalmente salvaguardada, bem como na função do direito penal e na própria influência da teoria do bem jurídico para a compreensão das categorias dogmáticas”⁴²⁸.

Tivemos a oportunidade de expor que a legitimidade da tutela penal dos bens jurídicos individuais reside unicamente na necessidade de garantir o desenvolvimento

423 Texto no idioma original: “no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa em una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 517.

424 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 517.

425 JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55. Discordamos, no entanto, que a exclusão da tipicidade se dê por aplicação da teoria da imputação objetiva, conforme ainda teremos oportunidade de expor.

426 JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57.

427 BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 183.

428 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 186.

peçoal de seu titular. Qualquer intervenção para além disso – como, no caso, para vedar a possibilidade de livre disposição do bem – constitui intervenção paternalista do Estado na vida privada do sujeito. A propósito, Roxin aponta que a visão oposta confunde o objeto material do delito com o bem jurídico⁴²⁹. Jescheck e Weingend afirmam:

Esta visão fundamenta-se no fato de que nas disposições penais que protegem os bens jurídicos disponíveis, o verdadeiro bem jurídico não é a integridade do objeto, mas sim o domínio autônomo do proprietário sobre os bens jurídicos a ele subordinados. Porém, com isso, ocorre uma subjetivação do conceito de bem jurídico que não condiz com o sentido de que todo bem jurídico individual também tem como valor comunitário⁴³⁰.

“Os autores filiados à teoria unitária privilegiaram o conceito de *interesse* para dar expressão a um objeto do crime de estrutura fundamentalmente subjectivista-relacional concebido como uma relação concretizada de vontade”⁴³¹. Roxin preceitua que a propriedade, enquanto direito, só pode ser exercida por intermédio da vontade do proprietário, sem a qual o conceito perde o sentido. A liberdade de movimento, por sua vez, pressupõe a vontade, ao menos latente, de quem quer se mover. O corpo é objeto da tutela penal não como um amontoado de carne e ossos, mas em conjunção com o espírito que ali vive e o domina⁴³².

Interessa mencionar o posicionamento de Rönnau, para quem o valor do objeto protegido pela norma se funda exatamente na possibilidade de ser livremente fruído por seu titular, inclusive através de atos de disposição⁴³³. “Para Rönnau, a proteção de um

429 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 517.

430 Texto no idioma original: “Esta visión se fundamenta en el hecho de que en las disposiciones penales que protegen bienes jurídicos disponibles, el verdadero bien jurídico no es la integridad del objeto sino el dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos a él subordinados. Sin embargo, con ello tiene lugar una subjetivización del concepto de bien jurídico que no concuerda con el significado que también posee todo bien jurídico individual como valor comunitario”. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5 ed. Granada: Comares, 1996, p. 402.

431 COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 177.

432 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 518.

433 RÖNNAU, Thomas Willensmängel bei der. *Einwilligung im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. Apud: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 186.

bem jurídico individual depende da ausência de consentimento, que, assim, passa a integrar o tipo penal como uma característica negativa”⁴³⁴.

Em resumo, para os doutrinadores partidários da teoria unitária – em que acordo e consentimento sempre excluem a tipicidade penal –, a ofensa a bens jurídicos amparada por um consentimento válido de seu titular descaracteriza o desvalor do resultado, tornando a conduta um indiferente penal⁴³⁵.

8.3.3 Nossa posição: o consentimento como causa que exclui a tipicidade penal

O conteúdo da tipicidade, enquanto categoria dogmática, muito variou com a evolução da teoria do delito. Sabe-se que a tipicidade penal no modelo causalista apresentava conteúdo exclusivamente objetivo, já que que toda a valoração da conduta, incluindo seus elementos subjetivos, deveria ser objeto de análise posterior. A tipicidade estava afastada de qualquer indagação relativa à finalidade da conduta e o tipo consistia em mera descrição avaliativa das reações causadas no mundo exterior⁴³⁶.

Decerto, os elementos subjetivos da conduta – dolo e culpa – só seriam analisados na culpabilidade; e a contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico era objeto de estudo da antijuridicidade, de forma que, na tipicidade – categoria inicial da análise – só caberia o estudo de elementos essencialmente objetivos.

Na concepção naturalista, o tipo constituía o ponto neutro de referência para os exames valorativos da ilicitude e culpabilidade. A conduta proibida compreendia apenas o movimento corpóreo consciente e voluntário, cujos elementos seriam um querer, uma atuação e uma relação de causalidade entre a conduta e o resultado naturalístico por ela produzido. Ao considerar um *querer* na estrutura típica, não se pretendeu examinar o conteúdo da vontade, mas apenas a sua

434 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 186-187.

435 Não ignoramos, neste ponto, a existência de propostas alternativas às teorias dualista e unitária. Trata-se de posição minoritária da doutrina, que não será abordada neste trabalho em razão da pouca repercussão que, ao menos hoje, alcança, e por não contribuir para as conclusões deste trabalho. Não obstante, remetemos o leitor para a obra de Flávia Siqueira, que trata das nuances do que a autora chama de modelos “tripartidos” ou “diferenciadores”, esposados por Jakobs e Luzóns Peña. Cf.: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 188-191.

436 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 206.

existência ôntica, de modo que, mesmo nas condutas culposas, foi identificada a finalidade inerente a toda conduta humana. O conteúdo da vontade, por sua vez, deveria ser examinado somente na culpabilidade⁴³⁷.

Com a evolução e as adaptações que sobrevieram à teoria – antes mesmo das conclusões que culminaram na elaboração do modelo finalista – já era possível perceber que não fazia sentido conceber o conteúdo da tipicidade como meramente objetivo, conforme originalmente proposto por Beling⁴³⁸. Hoje, portanto, tanto a tipicidade quanto a ilicitude possuem conteúdo axiológico, valorativo.

Se o direito penal é engendrado como ferramenta para coibir lesões ou ameaças de lesões aos bens jurídicos, a análise valorativa da tipicidade, somada ao respeito à autonomia, induz a pensar na lesão não apenas como afetação fática do objeto material do bem jurídico, mas sob o significado daquele resultado para o titular. Exemplo claro é o trazido por Flávia Siqueira e se relaciona às intervenções cirurgias validamente consentidas pelo paciente: a autora considera que, nestes casos, não há como afirmar que o bem jurídico “integridade corporal” do paciente foi violado, “mas sim reforçado, já que, com base no consentimento, a intervenção cirúrgica é a real expressão da liberdade do paciente de autodeterminação em relação ao seu próprio corpo”⁴³⁹.

O sentido de lesão, portanto, sempre abriga a noção de um resultado produzido contra a vontade do titular do bem jurídico. Como afirmou Rönnau, a proteção de um bem jurídico individual sempre depende da discordância do titular do bem no que se refere à sua lesão e, por isso, a ausência de consentimento sempre integra o tipo penal como uma característica negativa⁴⁴⁰. A vontade do titular do bem constitui a chave de leitura dos tipos penais, de forma que, se houver consentimento válido, não haverá lesão (resultado) do ponto de vista normativo. A ausência de lesão, assim concebida, afasta qualquer legitimidade à intervenção paternalista do Estado no sentido de proibir a conduta.

437 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 332.

438 BELING, Ernest. *Esquema de Derecho Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1944.

439 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 192.

440 RÖNNAU, Thomas Willensmängel bei der. *Einwilligung im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. Apud: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 186-187.

Sendo assim, entendemos que o consentimento válido exclui o próprio resultado e, conseqüentemente, a tipicidade penal: só haverá resultado penalmente relevante quando houver uma lesão não autorizada ao bem jurídico.

Em caso de bens jurídicos individuais, o consentimento cabe a seu titular, e não a terceiros ou à sociedade. Entendemos, pois, que a configuração da tipicidade, nestes casos, falha em razão da ausência de resultado, de forma que perde o sentido a discussão sobre imputação objetiva, que dependeria de uma real afetação do bem jurídico.

Alguns doutrinadores filiados à teoria unitária argumentam que a exclusão da tipicidade se dá porque o consentimento exclui a possibilidade da imputação objetiva do resultado lesivo ao agente que lhe deu causa. Critérios como o da adequação social da conduta e o da autocolocação da vítima em risco são apresentados para fundamentar esta posição⁴⁴¹. Há quem defenda, neste contexto, que o consentimento deve atuar como critério normativo que afasta a imputação objetiva, dada a finalidade de proteção da norma⁴⁴².

Entendemos, porém, que a exclusão da tipicidade pelo consentimento não constitui hipótese de aplicação da teoria da imputação objetiva. Isso porque a imputação dos elementos objetivos da tipicidade a alguém depende da existência mesma de tais elementos. Nos casos em que a lesão ao objeto material do bem jurídico decorre da própria vontade de seu titular, sequer existe resultado penalmente relevante, perdendo o sentido atribuí-lo ou não a alguém. Em convergência com o que afirma Roxin, se a vontade daquele que atua não se dirige à produção de um resultado penalmente relevante, falta também o desvalor da ação, e essa neutralidade do comportamento nos faz concluir por sua atipicidade⁴⁴³.

De toda forma, admitindo ou não a aplicabilidade da teoria da imputação objetiva, forçoso é reconhecer a atipicidade das heterolesões consentidas, visto que ocorrem em função do livre desenvolvimento do titular do bem jurídico. Consagra-se,

441 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 188, nota 698.

442 GÁNDARA VALLEJO, Beatriz de la. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. 1994. Tesis (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, p. 107.

443 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 519.

assim, a autonomia da vontade como valor derivado da dignidade humana, limitando o espectro de interferências do poder estatal, que não deve incidir sobre situações que não extrapolam o interesse individual, quando não houver causação ou ameaça de dano a terceiros.

No caso da eutanásia e do auxílio ao suicídio, o resultado material da conduta – isto é, a morte – não deve ser considerado penalmente relevante na medida em que, normativamente analisado, foi produzido em razão de manifestação da vontade válida do titular do bem jurídico, afastando a legitimidade da tutela estatal. Em um Estado que se pretende democrático e pluralista, o indivíduo deve ter reconhecido o direito de livremente dispor de seus bens de modo a satisfazer seus interesses e convicções. Se o sujeito é capaz, não cabe ao Estado realizar um controle da racionalidade ou conveniência da decisão, mas apenas respeitá-la⁴⁴⁴.

Neste ponto, não vemos diferença essencial entre o consentimento que, para os dualistas, exclui a tipicidade (nos casos de acordo) e aquele que exclui a ilicitude da conduta (consentimento propriamente dito). Em ambos os casos, o sentido de *lesão* deve ser cotejado com a vontade do titular do bem, que exercita sua autonomia. Assim, a afetação do objeto material do bem jurídico, incluindo sua destruição, não deve ser interpretada necessariamente como algo negativo do ponto de vista relacional do titular. Sob a ótica de um direito penal liberal e do caráter relacional dos bens jurídicos, a proposta dualista, de fato, esvazia-se de sentido.

Ademais, do ponto de vista dogmático, não parece adequado incluir o consentimento entre as causas de justificação. O enquadramento do consentimento no rol das causas de exclusão da ilicitude, conforme propõe a doutrina tradicional, soa como um equívoco técnico diante da natureza daquelas, em nada semelhante à do consentimento.

As causas legais de exclusão da ilicitude encerram a noção de conflito entre bens jurídicos de titulares diferentes. A ponderação realizada pelo sujeito ativo nas discriminantes pressupõe sempre um cenário de conflito de interesses, em que um bem jurídico será preservado em detrimento de outro, contra a vontade do titular deste, que é pessoa diversa da que realiza a conduta. As excludentes de ilicitude pressupõem

444 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 196.

um conflito entre dois bens jurídicos penalmente protegidos, que deverá ser resolvido após um sopesamento. Dessa forma, admite-se, excepcionalmente, o sacrifício de um deles como única forma de preservação do outro. A afetação de um dos bens, aqui, é meramente tolerada, já que se apresenta como única forma de resolver o conflito posto. Neste contexto, a essência das causas de justificação consiste na diversidade de titularidades dos bens em jogo, ou seja, pressupõe a ponderação entre bens jurídicos de diferentes titulares, estabelecida prévia e objetivamente.

No consentimento, ao revés, os bens jurídicos em jogo pertencem ao mesmo titular, não havendo que se falar propriamente em conflito, mas na expressão da vontade do indivíduo em hierarquizar seus valores e prioridades. A conduta não é meramente tolerada, suportada, mas *desejada* pelo titular do bem. A ponderação é feita pelo titular do bem para permitir a violação de seu respectivo objeto e, assim, satisfazer a sua vontade. Não há, no caso, juízo de valor efetuado por terceiro, pois quem pondera é a mesma pessoa que sofrerá a “agressão”. O terceiro (no caso, o sujeito ativo da conduta) agirá de acordo e em razão do consentimento emanado, de forma que inexistente conflito.

Em respeito à autonomia e à liberdade de autodeterminação, todo indivíduo capaz tem o direito de, considerando o que *para ele* representa uma vida digna, hierarquizar seus valores de modo a estabelecer qual ou quais deles são prioritários. Não existe, portanto, como estabelecer esta hierarquia de um ponto de vista externo: isso sacrificaria a própria autonomia individual.

Assim, compreendemos que no caso das ações praticadas sob o consentimento válido do titular do bem, sequer há lesão ao bem jurídico, de forma que não há adequação do consentimento à noção de *lesão tolerada*, típica das causas de justificação. As excludentes de ilicitude pressupõem a noção de tolerância do sacrifício de um bem para a preservação de outro, ideia esta que não se faz presente nos casos de consentimento. Aqui, a afetação do objeto material do bem jurídico ocorre em razão da vontade de seu titular, como forma de fruição de seu direito, e não em virtude de uma opção feita por terceiro. “Não se trata, assim, de tolerar excepcionalmente uma

conduta em razão de um conflito, senão de reconhecer a vontade do titular do bem jurídico e, com isso, valorar essa conduta *positivamente*⁴⁴⁵.

Em suma, em prestígio à autonomia individual e ao princípio da dignidade humana, firmamos o posicionamento de que o consentimento deve atuar sempre como excludente da tipicidade penal, porque não haveria, nesses casos, razões para a incidência da tutela do Estado sobre o bem jurídico, dada a ausência de lesão. Se a vontade de disposição parte livremente do próprio titular do bem – no caso, a vida –, e presentes os demais requisitos que tão logo exporemos, não nos afigura legítima qualquer intervenção estatal no sentido de limitar ou impedir a consecução da vontade do indivíduo, uma vez que, conforme a noção de bem jurídico aqui defendida, não há resultado penalmente relevante a ser imputado ao sujeito ativo.

Havendo consentimento do paciente que padece de sofrimento inafastável, a conduta eutanásica (ou de auxílio ao suicídio) tem por finalidade última a preservação da dignidade humana e da autonomia do indivíduo, adquirindo, portanto, relevo social positivo.

Embora os argumentos até aqui apresentados pareçam-nos suficientes para justificar a adesão à teoria unitária, a teoria da tipicidade conglobante também nos serve como argumento sob o qual o consentimento deve produzir efeitos na tipicidade, excluindo-a. Eugenio Raúl Zaffaroni desenvolveu a referida teoria para explicar por que o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, previstos expressamente pela lei como excludentes de ilicitude, devem ser interpretados como excludentes da tipicidade penal. Partindo do pressuposto de o ordenamento jurídico ser uno e, por isso, composto de elementos coerentes entre si, argumenta que não há lógica no fato de um mesmo sistema jurídico considerar penalmente típica uma conduta que é fomentada ou mesmo imposta pela lei.

De fato, se existe um direito cujo exercício é fomentado pela lei, não é coerente considerar que seu exercício caracterize infração a um tipo penal incriminador. Com mais razão ainda, se há um dever imposto pela lei, é ilógico pensar que o cumprimento deste dever constitua um fato típico. Conclui-se, pois, que, embora formalmente adequada a um tipo legal, uma conduta não pode ser típica quando outra norma proíbe

445 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p 198.

a omissão daquela mesma conduta⁴⁴⁶. Em outras palavras, a racionalidade de um sistema jurídico impede que uma norma condene uma ação que é permitida ou mesmo fomentada por outra⁴⁴⁷. Tal punição, colocada a pretexto de proteger determinado bem jurídico, acabaria mesmo por impedir o exercício do direito de seu titular.

Em conformidade com o exposto anteriormente, entendemos que a conduta praticada em razão do consentimento emanado pelo titular do bem jurídico representa a satisfação de seus interesses e, em última instância, o exercício desse mesmo direito; o que é fundamental em um ordenamento que consagra a autonomia da vontade como expressão da dignidade humana. Portanto, em um Estado que protege o direito de autodeterminação do indivíduo para conduzir sua própria vida, não há congruência em considerar típicas condutas que afetem bem jurídicos individuais em razão da própria vontade de seu titular.

446 PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 45. Conforme os autores, embora formalmente subsumidas a determinado tipo legal, as condutas não podem ser consideradas típicas quando: a) são ordenadas por outras normas; b) são favorecidas ou fomentadas por outras normas; c) ficam fora do poder repressivo do Estado; d) constituem ofensas insignificantes (idem, p. 47).

447 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 371. Os autores ponderam que a norma proibitiva que forma o tipo penal não se encontra isolada, porque o ordenamento jurídico não pode ser concebido como um amontoado de leis superpostas de maneira arbitrária. Ao contrário, a norma que informa o tipo penal coexiste com outras normas também proibitivas que formam uma ordem normativa, e esta se pretende harmônica e coerente. Por isso, “a tipicidade penal importa na tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante” (idem, p. 403). Discordamos apenas em relação ao conteúdo desta última frase porque, conforme exposto, consideramos que o consentimento exclui a própria tipicidade legal da conduta, por ausência de resultado. Ao nosso ver, não é necessária esta “correção” proposta, através da teoria da tipicidade conglobante. A teoria, no entanto, é útil como argumento no sentido de alocar o consentimento no âmbito da tipicidade penal.

9 REQUISITOS DE VALIDADE DO CONSENTIMENTO

Firmamos em passagens anteriores que, para a doutrina tradicional, o consentimento assume, em geral, a qualidade de excludente supralegal de ilicitude. Apenas em casos específicos, quando o dissenso da vítima fizer parte (explícita ou implicitamente) da descrição contida no preceito primário do tipo penal incriminador é que o consentimento teria o condão de elidir a tipicidade penal. Não obstante, apresentamos, no capítulo anterior, os argumentos em razão dos quais entendemos que o consentimento sempre deve exercer a função de excludente de tipicidade penal.

De toda forma, independentemente do posicionamento adotado, inegável que o que exclui o crime – seja na tipicidade, seja na ilicitude – é o consentimento *válido*. Para ser dotado de validade, o consentimento deve ser emanado em um determinado contexto fático e temporal, cujas características são interpretadas como requisitos de validade do consentimento.

O primeiro requisito apresentado pela doutrina – que muitas vezes serve para rechaçar de pronto a possibilidade de validar o consentimento emanado – é o da disponibilidade do bem jurídico. A doutrina amplamente majoritária considera a vida um bem jurídico indisponível, recusando de antemão qualquer discussão acerca da possibilidade de admissão da eutanásia e do auxílio ao suicídio.

Nos capítulos anteriores, buscamos demonstrar os motivos pelas quais a vida – e qualquer outro bem jurídico individual – é plenamente disponível, em respeito à dignidade humana e à liberdade de autodeterminação. Conforme concluímos, qualquer limite à disposição de um bem jurídico individual por seu titular só pode derivar da comprovada afetação a direitos de terceiros ou de razões baseadas no paternalismo suave. Fora destas hipóteses, as pretendidas restrições possuem caráter heterônomo, incompatível com o respeito à autonomia da vontade em uma ordem democrática que proteja o pluralismo e os diversos projetos de “vida boa” possíveis.

Admitindo, pois, que a vida é bem jurídico disponível e renunciável⁴⁴⁸ – razão pela qual a eutanásia e o auxílio ao suicídio podem ser admitidos em nossa legislação sem afronta ao texto constitucional, conforme demonstrado no capítulo 7 –, faz-se necessário estabelecer os demais requisitos a serem observados para que o consentimento direcionado à eutanásia ou ao auxílio ao suicídio possa ser considerado válido. Aqui devem vigorar, basicamente, os requisitos tradicionalmente estabelecidos pela doutrina como necessários à validade do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, não obstante defendamos a natureza jurídica de causa de exclusão da tipicidade.

Observados os requisitos adiante explanados, restará claro que aquele que mata o paciente ou o auxilia no suicídio pratica ação completamente indiferente ao direito penal. Não negamos que pode ser considerada uma ação simbolicamente forte, com consequências profundas e definitivas, mas ela se encerra no âmbito social e moral, não demandando qualquer intervenção da lei penal.

Superada, pois, a questão da disponibilidade do bem jurídico em tela, passemos à análise dos demais requisitos que tornarão válido o pedido do paciente, e que consistem, em última instância, nos critérios que diferenciam o crime de homicídio da prática eutanásica. A eventual regulamentação das práticas aqui defendidas, portanto, deve partir da delimitação expressa destes requisitos como forma de garantir segurança jurídica aos envolvidos.

A existência destes requisitos, de toda forma, não elide a afirmativa de que todos os bens jurídicos individuais são disponíveis. A disponibilidade é inegável, mas há requisitos que precisam ser observados para conferir validade ao ato de disposição⁴⁴⁹.

448 Embora esta seja a postura ainda minoritária no Brasil, pelos motivos expostos nos capítulos anteriores, entendemos que não há que se falar em bens jurídicos individuais indisponíveis. No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6 ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 262. MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal*. São Paulo: Liberars, 2018, p. 85. BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 183. A doutrina majoritária, que mantém a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis, não consegue traçar argumentos que expliquem a essência desta distinção sem recorrer a critérios como a sacralidade da vida ou baseados em um paternalismo duro.

449 BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 210.

9.1 A vontade livre e esclarecida

O primeiro elemento a ser analisado para admitir o valor excludente do consentimento é a própria vontade do titular do bem jurídico. Para que dê ensejo à excludente, a vontade manifestada, por óbvio, deve ser livre, tanto do ponto de vista físico quanto do psicológico. Isso não implica, entretanto, que o paciente deva estar isolado de qualquer opinião ou influências externas na formação de sua vontade.

Tivemos a oportunidade de mencionar que o ser humano é um ser relacional e, naturalmente, toma suas decisões levando em conta seu entorno, o que inclui o comportamento dos demais indivíduos. O que se busca vedar, aqui, são situações de vícios de vontade que possam macular a decisão, como ocorre nos casos de erro, engano ou coação⁴⁵⁰.

O consentimento deve consistir em uma “vontade séria, livre e esclarecida” do ofendido, e por conseguinte consiste num acto de vontade racional e livre. Estas qualificações implicam a relevância dos vícios da vontade que afectam a vontade séria, livre e esclarecida: erro sobre o facto e seu significado, engano ou coacção. Não se exige, porém, qualquer forma particular de expressão do consentimento (nº 2 do art. 38º)⁴⁵¹.

O consentimento não é válido quando manifestado em virtude de coação (física ou moral), de fraude ou de erro. Estas circunstâncias fazem com que o indivíduo manifeste uma vontade viciada, ou seja, não correspondente à sua vontade real. É indispensável que o consentimento seja emanado em razão de uma correta

450 O *erro* se configura quando o próprio paciente se equivoca sobre algum elemento da situação e manifesta sua vontade ignorando fatores que seriam relevantes para a tomada de decisão. O dever de esclarecimento do médico é um requisito para o consentimento válido justamente porque auxilia na tomada de decisão sem equívocos. O *engano* ou fraude, por sua vez, se verifica quando um terceiro – incluindo aqui o sujeito ativo – provoca o erro do paciente. E nos casos de *coaçoão*, o consentimento é obtido através de violência ou ameaça.

451 FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: A Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. Lisboa: Verbo, 1985, p. 142. Acerca da exigência de racionalidade da decisão, entendemos que a manifestação da vontade deve ser racional do ponto de vista do sujeito, e não segundo critérios objetivos. Nada impede que a formação da vontade tenha sido influenciada por fatores emocionais, como ocorre rotineiramente nas escolhas individuais de pessoas plenamente capazes. O respeito à autonomia da vontade importa em que decisões consideradas irracionais de um ponto de vista objetivo também sejam devidamente respeitadas, por representarem a vontade genuína do titular do bem.

representação da realidade⁴⁵², o que não se observa nas hipóteses de erro ou engano (fraude). No caso da coação, o indivíduo conhece a realidade, mas manifesta vontade diferente da real em virtude de temor advindo de violência ou ameaça empregada para a obtenção do consentimento.

A doutrina é acorde em frisar que:

Para ser eficaz, obviamente, o consentimento deve ter sido dado livremente: um "consentimento" dado como resultado de ameaça ou violência obviamente não é um consentimento verdadeiro. Mas o consentimento também deve estar livre de erros; ou seja, não deve ter sido provido em decorrência de engano, perpetrado pelo autor do fato ou por terceiros; nem deve, igualmente, ser viciado por um erro da pessoa que dá o consentimento⁴⁵³.

Neste ponto, assume relevo o dever do médico de informar o paciente sobre seu real estado de saúde, sobre o diagnóstico e o prognóstico da doença. Apenas assim o enfermo terá consciência de sua situação e das perspectivas de tratamento disponíveis. Por óbvio, o dever de informação deve levar em conta o nível de compreensão do paciente; de forma que de nada adianta a utilização de termos técnicos e/ou de linguagem rebuscada para comunicação com um sujeito de baixo grau de escolaridade, por exemplo. É imprescindível que o médico se faça compreender e transmita ao paciente a informação mais completa possível quanto ao seu estado de saúde, diagnóstico e prognóstico, bem como a existência ou não de tratamentos viáveis.

Caso o doente se incline a solicitar a eutanásia ou o auxílio ao suicídio, o dever de informação se robustece em razão da irreversibilidade do resultado destas condutas e de seu significado social. Assim, cabe ao profissional da saúde oferecer mais detalhes ao paciente, inclusive no tocante ao fornecimento de cuidados paliativos. Neste extremo, importa também o encaminhamento do paciente a outros profissionais –

452 REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004, p. 71.

453 Texto no idioma original: “Per essere efficace, ovviamente, il consenso deve essere stato prestato liberamente: un “consenso” prestato per effetto di minaccia o violenza non è, evidentemente, un vero consenso. Ma il consenso deve altresì esse immune da errore; non deve, cioè, essere stato prestato per effetto di un inganno, perpetrato dall'autore del fatto o da terzi; nè deve, comunque, essere viziato da un errore di chi presta il consenso”. FIORE, Carlo. *Diritto Penale: Parte Generale* – II. Torino: UTET, 1997, p. 311-312.

psicólogos, assistentes sociais e mesmo outros médicos – como forma de assegurar que sua vontade se forme a partir de um cenário multidisciplinar e polissêmico.

O dever de informar é hoje admitido como requisito essencial de qualquer intervenção médica. Para garantir o efetivo respeito à autonomia, o paciente não pode decidir na ignorância, porque, ao menos em princípio, a vontade formada neste estado não corresponderia à vontade real, formada após a obtenção de todos os esclarecimentos por parte do médico. Existe, de fato, uma vinculação do dever de informação do médico com o direito de informação do paciente, para que assim seja garantida a liberdade de autodeterminação que caracteriza a dignidade humana⁴⁵⁴.

O chamado “privilégio terapêutico” – situação em que o médico deixa de informar ao paciente sobre a gravidade de sua condição como forma de poupá-lo de um mal maior advindo da informação –, além de configurar prática paternalista, parece-nos inadequado nos casos graves que possam ensejar o pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio. O paciente só pode formar sua vontade quando plenamente ciente do seu estado de saúde e de suas implicações⁴⁵⁵.

454 OJER, Leticia Jericó. Tratamiento médico, consentimiento y derecho penal. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (org.). *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*. Lince: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, p. 299.

455 Em sentido contrário, entendendo que a proteção da saúde do paciente, em razão do princípio da beneficência, se sobrepõe ao princípio da autonomia. Ver: OJER, Leticia Jericó. Tratamiento médico, consentimiento y derecho penal. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (org.). *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*. Lince: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, p. 300. O Conselho Federal de Medicina, em seu Código de Ética Médica (art. 34), estabelece que é vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”. Sobre esta prerrogativa do médico, Luís Greco e Flávia Siqueira afirmam que “o fato de que o paciente, ao ser informado do diagnóstico, pode se desesperar e, irracionalmente, negar o tratamento não seria um fundamento válido para deixar de revelá-lo. No entanto, nas situações em que o abalo emocional do paciente pudesse prejudicar a cura, ou que a revelação do diagnóstico pudesse causar concretamente algum dano psicológico, seria possível deixar de cumprir o dever de esclarecimento em relação ao diagnóstico”. Cf.: GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico In: COSTA, José de Faria et. al. (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade – Volume 1*. Coimbra: Studia Jurídica, 2017, p. 659. A nosso ver, esta última hipótese mencionada seria a única a admitir o privilégio terapêutico. Isto porque, naqueles casos em que uma notícia ruim possa *diretamente* acarretar em uma alteração fisiológica lesiva ao paciente, em razão de uma patologia específica que traga esta condição, o médico estaria impedido de fornecer a informação sobre pena de, com isso, praticar o crime de

Somente a par de todas as informações relativas a seu estado de saúde, tratamentos possíveis e prognóstico da doença é que o enfermo terá condições de hierarquizar seus valores segundo seus próprios critérios⁴⁵⁶ e de tomar uma decisão baseada na concepção individual do que ele considera uma vida boa⁴⁵⁷.

O cumprimento do dever de esclarecimento do médico não se esgota na formalidade de um mero “sim”, mas de um “sim a isso”⁴⁵⁸, o que apenas será possível diante da transmissão detalhada do conhecimento ao paciente e do esclarecimento de todas as dúvidas daí decorrentes. O dever de informar do médico implica que a informação deverá ser tanto mais detalhada quanto maior for a complexidade do caso, o que é inegável quando se discute a terminação da vida. Embora haja certa variação no que tange ao conteúdo do dever de informar, é possível afirmar que envolve as informações relativas ao diagnóstico, à evolução da enfermidade e aos riscos do tratamento⁴⁵⁹.

Cabe lembrar que, ainda que existam tratamentos disponíveis para o caso do paciente, é lícito que ele recuse aquele tratamento após realizar exercício de hierarquização de valores, que é precipuamente individual, como expressão de sua autonomia.

9.2 Capacidade para consentir

lesão corporal. Tais casos, no entanto, parecem-nos extremamente raros, de forma que podemos afirmar a ilegitimidade do privilégio terapêutico para a imensa maioria dos casos.

456 GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico In: COSTA, José de Faria et. al. (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* – Volume 1. Coimbra: Studia Jurídica, 2017, p. 649.

457 GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico In: COSTA, José de Faria et. al. (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* – Volume 1. Coimbra: Studia Jurídica, 2017.

458 GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico In: COSTA, José de Faria et. al. (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* – Volume 1. Coimbra: Studia Jurídica, 2017, p. 652.

459 GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico In: COSTA, José de Faria et. al. (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* – Volume 1. Coimbra: Studia Jurídica, 2017, p. 657.

Não há dúvidas de que, para ser considerado válido, o pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio deve partir de pessoa capaz de exercer sua autonomia. Embora a autonomia seja inata ao indivíduo, muitas vezes pode faltar a capacidade para exercê-la. Esta capacidade se reflete na existência de habilidades cognitivas mínimas que possibilitam ao sujeito entender a dimensão e as consequências de sua manifestação de vontade. Não sendo ele dotado desta capacidade, prevalece o interesse na proteção e conservação do bem jurídico⁴⁶⁰, tendo em vista a irreversibilidade do resultado.

Pacientes com doenças neurológicas degenerativas – como Mal de Alzheimer e demência – enfrentam considerável perda cognitiva nas fases mais avançadas da patologia e, não raro, constata-se que não possuem a capacidade exigida para validar um pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio. Daí a importância de registrarem suas diretivas antecipadas de vontade para guiar as decisões médicas quando não mais tiverem condições de exprimir sua vontade com lucidez.

De toda forma, importa ressaltar que não se pode negar a capacidade de um indivíduo pelo simples fato de ser idoso. O passar dos anos afeta de forma diferente as diferentes pessoas, a depender de fatores genéticos e ambientais, e não se pode presumir que todos os idosos estão desprovidos de sua capacidade. A senescência⁴⁶¹, por si só, não afeta a capacidade; a senilidade, por sua vez, envolve uma série de patologias, não necessariamente neurológicas, de forma que um indivíduo senil pode ser plenamente capaz no que diz respeito à formulação de um pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio. A avaliação deve ser feita caso a caso, apartada de preconceitos e estigmas que infelizmente são atribuídos à “melhor idade.”

460 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 228. Trata-se de uma limitação a nosso ver legítima, derivada de um paternalismo suave.

461 “Todos que chegam à velhice experimentam as alterações fisiológicas (normais) desse processo, o que denominamos SENESCÊNCIA. Por exemplo, temos a leve perda auditiva (presbiacusia), diminuição da visão (presbiopia), leve alteração da memória, entre outras mudanças que não caracterizam doenças. Diferentemente da SENESCÊNCIA, o termo SENILIDADE abrange processos patológicos (doenças) ‘típicos da velhice’ que podem acometer alguns indivíduos, como doença do coração, câncer, demências (por exemplo, a Doença de Alzheimer), depressão etc”. Cf.: MELO, Gisele Mendes de Souza e. Senescência x Senilidade. *Saúde Naval*, Salvador. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/saudenaval/content/senesc%C3%Aancia-x-senilidade>. Acesso em: out/2020.

Com relação a estados transitórios de consciência que possam redundar em perda de capacidade – como a embriaguez, a drogadição e rompantes emocionais –, a solução baseada no paternalismo suave parece ser a mais acertada. Qualquer pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio feitos sob aqueles estados serão inválidos, haja vista poderem não corresponder à vontade real do indivíduo.

Por outro lado, no que concerne aos menores, não se deve confundir a capacidade em exame com a imputabilidade penal. A noção de imputabilidade, que orbita a esfera da culpabilidade penal, diz respeito à capacidade de entender o caráter ilícito das ações ou omissões praticadas, sendo pressuposto para a responsabilização penal. Em outras palavras, o parâmetro da imputabilidade serve para determinar quem deve ou não responder pela prática de um injusto. Não se confunde, portanto, com a capacidade exigida para dispor da própria vida. O que se discute aqui é a capacidade para ser sujeito passivo, e não sujeito ativo de uma conduta.

Igualmente, também não deve haver confusão com a capacidade civil. Esta implica em capacidade negocial, que não se aplica à hipóteses estudadas. Conforme apontado, o consentimento não se assemelha a um negócio jurídico, pois sua natureza é fática. Tal compreensão permite defender a eventual existência de competência decisional em pacientes civilmente incapazes ou penalmente inimputáveis.

Dispensamos, portanto, a noção de que apenas o indivíduo com 18 anos completos pode figurar como autor do pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio, porque o discernimento que aqui se exige difere do teor da imputabilidade penal ou da capacidade civil. O que se propõe é que o indivíduo que pleiteia a eutanásia ou o auxílio ao suicídio tenha condições psíquicas suficientes para entender a dimensão do pedido e suas consequências. Daí a possibilidade, a depender do caso, de um menor ou de um doente mental serem legalmente capazes para solicitar a eutanásia, visto que, eventualmente, pode-se constatar que aquele indivíduo é dotado dessa “competência-base”⁴⁶².

Não é possível afirmar, de antemão, que um adolescente de 15 anos de idade não tem noção real do que seja a morte. Ao mesmo tempo, não se pode dizer que todo jovem desta idade tenha tal noção. Por óbvio, depende da maturidade psíquica do

462 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 228.

sujeito, que pode ou não estar vinculada a uma idade predeterminada. Embora a tarefa complexa, exames psicológicos, entrevistas e testes podem ser aplicados ao indivíduo por médicos e psicólogos com o fim de estabelecer se ele realmente compreende o alcance e o caráter definitivo de seu pedido.

O que não nos parece correto é fixar uma idade mínima para a capacidade para pleitear a eutanásia ou o suicídio assistido. Não parece razoável que uma pessoa de 16 anos precise aguardar os 18 (na hipótese de adotar-se o mesmo parâmetro legal da maioridade penal ou civil) para que seu pedido seja considerado válido. Existem, de fato, inúmeras pessoas bem mais jovens que, a despeito da tenra idade, possuem maturidade suficiente para alcançar a compreensão do significado da morte.

Uma pessoa, por mais jovem que seja, pode estar acometida por sofrimento atroz, não sendo razoável concluir que, a despeito de ter dimensão da dor, ela seja incapaz de ter a compreensão da morte, simplesmente por sua idade. Esta não é uma consequência necessária, mas também não é impossível. Em outras palavras, uma criança de 10 anos de idade pode ter completa noção da dor, mas não possuir o discernimento e a maturidade psíquica para compreender o significado da morte. Por outro lado, nada impede que, com esta idade, já tenha atingido esta compreensão e possa entender o que significa pedir para morrer, inclusive as consequências irreversíveis do ato.

Afirmção semelhante pode se aplicar aos doentes mentais. A variedade de doenças que afetam o discernimento do indivíduo é enorme, assim como o grau de afetação causado por uma mesma patologia. Assim, eventual diagnóstico de doença mental não significa, necessariamente, incapacidade para consentir em relação à eutanásia e ao auxílio ao suicídio. Assim como no caso dos menores, há que se perscrutar se, apesar da doença, a capacidade de discernimento necessária ao ato está preservada.

9.2.1 A compreensão do significado da morte

A legislação brasileira não elenca os critérios aptos a determinar se um indivíduo, a despeito de sua idade ou capacidade cognitiva, é ou não capaz de emitir

consentimento válido. Mesmo nos países que prevêm expressamente o consentimento em suas legislações, a lei é omissa na definição dos critérios⁴⁶³.

A capacidade para consentir, por óbvio, deve ser mensurada a partir da avaliação sobre o objeto do consentimento, ou seja, *sobre o quê se consente, e para quê se consente*. Isso porque este conteúdo é variável, podendo ser mais ou menos complexo. Consentir para que outrem utilize um bem patrimonial de sua titularidade é diferente de consentir para uma relação sexual; consentir para as lesões praticadas em uma cirurgia estética difere do consentimento para ser morto. Assim, consentir para a eutanásia ou para o auxílio ao suicídio exige, essencialmente, que o sujeito entenda consente para a própria morte e que esteja ciente da irreversibilidade desta consequência.

A psicologia, enquanto ciência, indica que o alcance do significado da morte demanda a compreensão de três aspectos intrínsecos: (i) irreversibilidade – a pessoa, uma vez morta, não volta a viver, não é possível voltar ao estado anterior de vida; (ii) não funcionalidade – todas as funções vitais cessam com a morte, inclusive a capacidade relacional; (iii) universalidade – a morte atinge todo ser que vive: tudo o que é vivo, morre⁴⁶⁴.

Os estudos realizados evidenciam, então, que a criança que vivencia uma situação relacionada à morte, seja a possibilidade de sua própria morte, ou mesmo a perda de pessoas queridas, mantém impressa em seu psiquismo, registros e emoções a esse respeito. A maneira como ela organiza e expressa sua compreensão e seus sentimentos está relacionada ao seu desenvolvimento afetivo e cognitivo⁴⁶⁵.

Não podemos ser taxativos com relação às idades, visto que crianças com exatamente a mesma idade podem apresentar variações de desenvolvimento psíquico e de cognição da realidade. Isso pode ser constatado, inclusive, entre irmãos gêmeos. Por isso a literatura fala em *faixas etárias* para definir o período em que determinada

463 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 229.

464 VENDRUSCOLO, Juliana. Visão da criança sobre a morte. *Revista da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*. Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, 2005, p. 27. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/420/421>. Acesso em: mar/2020.

465 VENDRUSCOLO, Juliana. Visão da criança sobre a morte. *Revista da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*. Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, 2005, p. 27. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/420/421>. Acesso em: mar/2020.

habilidade consutema ser desenvolvida pela criança, considerando o padrão de desenvolvimento apresentado pela maioria.

Crianças de até 3 anos de idade estão na fase de desenvolvimento do seu senso de confiança e individualidade corpórea. Nessa etapa de exploração dos sentidos e movimentos, as sensações ainda são muito primitivas. “Por volta de 1 ano, o lactente já adquire a noção de que os objetos e pessoas são permanentes, existindo mesmo quando não estão no local”⁴⁶⁶. Se a criança experimenta uma perda por volta dos 2 anos, sentirá falta daquele que morreu, mas esse conceito ainda é deveras abstrato. A expectativa é de que a pessoa retorne a qualquer momento, de forma que a demora do regresso gera incômodo e frustração. A criança sente a alteração emocional e do cotidiano dos adultos e busca, através de processo imaginativo (fantasioso), compreender a situação.

No período que vai dos 3 aos 5 anos de idade, a criança já desenvolve novas habilidades, mas o pensamento ainda é ilógico e autocentrado. Desenvolve-se a noção de que a morte acarreta uma imobilidade, contrapondo-se, por isso, à vida, identificada pelo movimento. Por esse motivo, a criança ainda não consegue compreender a diferença entre uma pessoa morta e uma pessoa que está simplesmente dormindo. A criança, ao vivenciar a morte de alguém, procura investigar as causas, muitas vezes atribuindo-a a algum comportamento seu, o que pode gerar o sentimento de culpa. “Ainda há uma associação da morte com separação e sono, porém não de forma definitiva, mantendo-se a noção de reversibilidade”⁴⁶⁷.

Por volta dos 5 ou 6 anos, tem-se o início da vida escolar. A criança ganha mais autonomia e se orgulha de sua maior independência. “A ideia de morte ainda não é universal, ou seja, não acontece a todos. Há uma tendência a personificar a morte e representá-la em figuras (bicho papão, caveira...)”⁴⁶⁸. Nesta fase a criança começa a

466 VENDRUSCOLO, Juliana. Visão da criança sobre a morte. *Revista da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*. Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, 2005, p. 27. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/420/421>. Acesso em: mar/2020.

467 VENDRUSCOLO, Juliana. Visão da criança sobre a morte. *Revista da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*. Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, 2005, p. 27. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/420/421>. Acesso em: mar/2020.

468 VENDRUSCOLO, Juliana. Visão da criança sobre a morte. *Revista da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*. Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, 2005, p. 27. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/420/421>. Acesso em: mar/2020.

compreender que a morte é irreversível e que não pode ser evitada, ou seja, que não depende de sua vontade ou ação.

Entre os 9 e os 10 anos, a criança já não recorre tanto ao pensamento mágico, adquirindo a percepção de que a morte envolve a cessação definitiva das atividades corpóreas, diferentemente do sono. Neste estágio, a criança já se inclui na ideia de morte (entende que ela própria pode morrer), embora atribua o fenômeno à velhice e à doença. É por volta dessa idade, portanto, que a criança completa a compreensão dos três aspectos mencionados anteriormente, em especial do caráter de irreversibilidade da morte, que talvez seja o de maior importância no tocante ao pedido de eutanásia. Crianças com cerca de dez anos, em regra, possuem a maturidade psíquica necessária para entender este significado.

No tocante à deterioração causada pela doença em si própria, a criança também é capaz de percebê-la e, com maior idade, entender que aquela poderá causar-lhe a morte. “[...] as crianças percebem a deterioração que a doença provoca, pois elas estão em contato íntimo com o próprio corpo. Podem chegar até a fazer perguntas, porém, procurando a confirmação de algo que já sabem”⁴⁶⁹.

Diante do exposto, entendemos que não é necessária idade tão avançada – como é o parâmetro dos 18 anos completos para a imputabilidade penal – para que o indivíduo possa expressar validamente seu desejo de ser morto. O que importa é saber se aquela criança ou adolescente já desenvolveu a compreensão do significado e, principalmente, da irreversibilidade da morte. Se já entende que, uma vez morta, não mais voltará a ver seus pais ou seus amiguinhos, que não poderá mais tomar o sorvete mais gostoso ou brincar com o brinquedo favorito.

Por mais que a ideia pareça chocante, estarrece-nos muito mais a insensibilidade de obrigar uma criança doente a viver, mesmo diante de intensos e incuráveis sofrimentos, quando ela já é capaz de elaborar conscientemente o pedido de eutanásia.

Quando os pais concordam com o posicionamento da criança no sentido de autorização da eutanásia, parece não haver maiores dificuldades. O problema surge

469 VENDRUSCOLO, Juliana. Visão da criança sobre a morte. *Revista da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*. Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, 2005, p. 31. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/420/421>. Acesso em: mar/2020.

quando a criança ou adolescente quer ser morta, porém os pais discordam. Nesta circunstância, chocam-se duas capacidades: a capacidade, que aqui defendemos, de o menor poder validamente pleitear a eutanásia; e a capacidade de representantes atribuída legalmente aos pais. Ressalta-se que, na esfera penal, os pais assumem papel de garantes em caso de omissão (o que pode ocorrer na eutanásia), de forma que, pela legislação vigente, respondem pelo resultado. A solução, a nosso ver, aponta na direção de prevalência da vontade do filho sobre a dos pais (ou representantes legais), pelo motivo que a seguir exporemos.

Embora a lei civil estabeleça a maioridade aos 18 anos completos – idade que coincide com o marco da imputabilidade no âmbito penal –, não raro a lei estabelece exceções ou mesmo outros parâmetros, a depender do direito que se queira contemplar ou do bem jurídico que vise a proteger. Como exemplo, pode-se citar o direito ao voto, concedido a partir dos 16 anos. A maioridade civil não se confunde com o exercício deste aspecto da cidadania. Caso semelhante é do menor emancipado, que adquire antecipadamente sua capacidade para exercer os atos da vida civil. No âmbito penal, presume-se que a pessoa com 14 anos completos compreende que significa um ato sexual e suas consequências, de forma que não é considerada vulnerável para fins de figurar como vítima desta espécie de estupro (art. 217-A do Código Penal). Entende-se, pois, que o indivíduo entre 14 e 18 anos, apesar de não ter o desenvolvimento mental completo para responder penalmente (ainda é inimputável, afinal), já é capaz de consentir para o ato sexual.

Estes exemplos deixam claro que os diferentes direitos que se queira exercer dependem de diferentes capacidades de discernimento ou de graus diferentes de maturidade psíquica. Nosso objetivo, com essa explanação, não é a proposição de uma idade mínima para a capacidade de figurar como autor do pedido de eutanásia, mas não podemos discordar que um adolescente ou mesmo uma criança, dependendo do grau de desenvolvimento psíquico, podem já ter alcançado o discernimento necessário e específico no que se refere à eutanásia ou ao suicídio assistido.

O que se propõe, portanto, é que seja reconhecida a capacidade jurídica para o pedido quando comprovado que a pessoa compreende seu significado e suas

consequências. Isso pode ser aferido por uma equipe ou junta médica que conte especialmente com a participação de psicólogos.

Nada obsta que a lei estabeleça parâmetros para a admissão do pedido de eutanásia, como a quantidade e qualidade de exames que devam ser realizados, o número e a qualificação dos membros que deverão compor a banca de análise do pedido, assim por diante. O que não deve ocorrer é a negação de pronto do exercício do direito por uma pessoa que já entende seu significado e suas consequências.

Estabelecer se o indivíduo é ou não competente para decidir é importante para, de um lado, respeitar a autonomia do indivíduos considerados capazes e, de outro, proteger aqueles que possuem algum déficit cognitivo⁴⁷⁰, seja em razão da idade, seja em razão de eventuais doenças mentais.

No que se refere às doenças mentais, há considerável variação no impacto que diferentes condições psíquicas causam na capacidade em exame. “Como o grau de severidade dos diversos diagnósticos varia, nem todo quadro que leva a uma alteração da consciência é necessariamente indicativo de incapacidade”⁴⁷¹.

Via de regra, os testes utilizados para definir a capacidade de consentir em tratamentos médicos envolvem a análise: (i) da habilidade para manifestar uma escolha; (ii) de entender as informações relevantes; (iii) de ponderar sobre as consequências médicas daquela decisão; e (iv) de avaliar as opções de tratamento⁴⁷².

470 APPELBAUM, Paul S. Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment. *The New England Journal of Medicine*, Waltham, v. 357, n. 18, 2007, p. 1834.

471 Texto no idioma original: “However, since a range of severity is associated with most diagnoses, no diagnosis in which consciousness is retained is invariably predictive of incapacity”. APPELBAUM, Paul S. Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment. *The New England Journal of Medicine*, Waltham, v. 357, n. 18, 2007, p. 1835. Para exemplificar sua afirmação, o autor menciona que pacientes com Mal de Alzheimer e demência apresentam maior afetação da capacidade para decisões que envolvem o tratamento. Esta competência é aniquilada em pacientes com quadros severos de demência. Derrames podem afetar a capacidade de tomar decisões, a depender da localização e tamanho da área do cérebro afetada. Ainda segundo o autor, entre as desordens psiquiátricas, a esquizofrenia e o transtorno bipolar apresentam maior relação com a incapacidade que a depressão, que afeta a capacidade em apenas cerca de 20 a 25% dos pacientes hospitalizados. Por outro lado, a depressão leve, que demanda apenas tratamento ambulatorial, não acarreta deficit da capacidade.

472 APPELBAUM, Paul S. Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment. *The New England Journal of Medicine*, Waltham, v. 357, n. 18, 2007, p. 1835. O autor propõe o desenvolvimento de abordagens capazes de avaliar de forma técnica o grau de capacidade de cada paciente, levando em conta a análise destes quatro critérios. Cada um dos critérios é analisado a partir de um parâmetro que constitui a tarefa ou objetivo que o paciente deve

Nada impede – é, inclusive, altamente recomendável – que a avaliação seja feita mais de uma vez ao longo de um período minimamente razoável e por profissionais diferentes, de modo a obter a segurança necessária sobre a capacidade cognitiva do paciente no tocante à essência do pedido de eutanásia e de auxílio ao suicídio. Eventual regulamentação destas práticas pode estabelecer expressamente tais parâmetros.

Nesse tocante, a averiguação da capacidade do paciente deve ser bastante acurada em razão da irreversibilidade das consequências da decisão, embora deva-se partir do pressuposto de respeito à autonomia, até porque a presunção intrínseca a um regime democrático é de que a imensa maioria dos indivíduos são capazes de tomar decisões⁴⁷³. O que se pretende evitar é que determinada idade ou determinado diagnóstico constituam elementos que presumam de forma absoluta a incapacidade do indivíduo.

9.2.2 Depressão e outros estados de ânimo

Um dos pontos mais controversos quando se discute a capacidade de consentimento da pessoa que pede para ser eutanasiada ou auxiliada no suicídio diz respeito ao estado depressivo ou outros estados de ânimo desencadeados pela dor ou pelo próprio diagnóstico. Alega-se que esses estados alterariam a capacidade de discernimento do indivíduo. Muitos autores entendem que o fato de a pessoa estar deprimida, por si só, excluiria a capacidade para consentir, porque o sujeito não estaria em seu estado psíquico “normal” para avaliar a situação e suas consequências. Em outras palavras, julgam que apenas alguém sem discernimento pediria para morrer; e

alcançar. Para avaliar a capacidade segundo o critério de “manifestar uma escolha”, por exemplo, a tarefa do paciente será a de “claramente indicar a opção de tratamento preferida”, para a qual o médico deve perguntá-lo sobre isso utilizando frases com conteúdo específico, inclusive relativas à eventual dificuldade de escolha por parte do paciente. Como resultado, o autor avalia que constantes mudanças de opinião sobre a opção de tratamento podem indicar algum déficit de capacidade. Conforme ainda explica o autor, há outros testes capazes de avaliar a capacidade do indivíduo, como o *MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment* (MacCAT-T), que pode ser aplicado em 20 minutos se o profissional responsável tiver familiaridade com o formato do teste e com seu sistema de pontuação.

473 APPELBAUM, Paul S. Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment. *The New England Journal of Medicine*, Waltham, v. 357, n. 18, 2007, p. 1836.

isso, por si só, invalidaria o pedido por falta de capacidade do agente. A esse propósito, Nelson Hungria já ponderava:

Juridicamente, é imponderável o consentimento de quem sob a coação de uma dor cruciante despede-se do *tenerrimus affectus* da própria conservação. Poderia dizer-se – indaga Morselli – que está na integridade das suas faculdades o enfermo que pede a morte? Não é o suicídio, quase sempre, um motivo para duvidar-se da saúde mental de quem se priva da vida? É preciso reconhecer – continua o escritor de *L'uccisione pietosa* – que muito duvidosa é a consistência jurídica do desejo ou vontade expressos ou concebidos em momentos de dor, quando o espírito está dominado pela emoção e pela angústia, quando pelo estado autotóxico do cérebro podem faltar de todo ou estar muito diminuídas a consciência e a espontaneidade dos próprios atos⁴⁷⁴.

Há uma ideia disseminada no senso comum de que se a pessoa pede para morrer só pode estar louca (ou deprimida, o que daria no mesmo, em termos de exclusão da capacidade de consentimento), uma vez que uma solicitação com este teor escaparia à lógica humana de luta pela sobrevivência.

O indivíduo que autoriza a própria morte não está, não pode estar na integridade de seu entendimento. O apego à vida é um sentimento tão forte que o homem, no seu estado psíquico normal, prefere todas as dores e todos os calvários à mais suave das mortes. [...] Ainda que a vida se transforme numa tortura de cada instante, há uma força imperiosa que nos traz chumbados a ela: é o instintivo medo da morte. Não há religião ou filosofia que faça o homem conciliar-se com a ideia do próprio inevitável exício. [...] A licença para a eutanásia deve ser repelida, principalmente, em nome do direito. Mesmo admitindo-se que o assentimento da vítima pudesse anular a criminalidade do fato, não seria ele jamais o produto de uma vontade consciente ou de uma inteligência íntegra⁴⁷⁵.

A negação automática de capacidade para consentir do indivíduo deprimido leva a uma argumentação tautológica que o deixa sem saída: ele é deprimido, não há meios de alterar esse quadro, sendo seu pedido considerado inválido porque a depressão o torna incapaz. Mas ele só faz o pedido por estar deprimido, e esta é sua realidade e seu prognóstico. Se estivesse feliz, jamais faria o pedido. Nessa linha, conclui-se pela negação da possibilidade do suicídio e da eutanásia em qualquer caso. Em outras

474 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 129-130.

475 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 130-131.

palavras, uma pessoa só pediria para ser morta se fosse louca e, exatamente por ser louca, seu pedido de morte não pode ser atendido, já que a loucura é a razão da incapacidade.

A suposição aparentemente é de que, se uma pessoa deprimida pede para morrer, isso prova que sua depressão prejudica seu julgamento e, portanto, seu pedido é insuficientemente voluntário para ser concedido. Esse argumento sugere que apenas pessoas felizes são capazes de escolher voluntariamente o suicídio e, é claro, são precisamente as que não fariam tal pedido. Assim, se você está infeliz, não pode escolher voluntariamente o suicídio e, se estiver feliz, não cometerá suicídio. A conclusão: sem suicídio⁴⁷⁶ [tradução nossa].

A questão aqui é demonstrar que depressão não é loucura e que a pessoa deprimida não está necessariamente privada de discernimento. Se a pessoa pede auxílio para se suicidar ou requer a eutanásia, parece óbvio que não está feliz, que não está satisfeita com sua qualidade de vida. O fato de não estar feliz – e exatamente por isso, preferir morrer – é exatamente o que a habilita o pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio. Exigir que a pessoa esteja feliz (ou seja, não deprimida) para conceder validade ao pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio consiste em uma simples retórica para negar sempre esta possibilidade.

Não buscamos defender, com isso, que a tristeza seja motivo suficiente e legítimo para fundamentar o pedido de eutanásia. Conforme explanado, um dos elementos essenciais à definição do próprio conceito de eutanásia é o estado de sofrimento irreversível do paciente, e não meros estados de ânimo transitórios. Neste ponto é importante tecermos considerações mais detalhadas sobre a depressão, de forma a demonstrar que o estado depressivo crônico não retira necessariamente a capacidade de cognição, discernimento e decisão do indivíduo.

Em linhas gerais, a depressão clínica é uma doença que pode ser classificada como “endógena” ou “reativa” (exógena), no que diz respeito à etiologia. A depressão reativa é um estado compreensível, uma vez que advém de um episódio pontual na

476 Texto no idioma original: “The assumption apparently is that if a depressed person requests to die that *proves* that his depression impairs judgement, and his request therefore is insufficiently voluntary to be granted. This argument suggests that only persons who are happy are capable of voluntarily choosing suicide, and of course they are precisely the ones who won’t apply. Thus if you are unhappy you *cannot* voluntarily choose suicide, and if you are happy you *will not* commit suicide. The conclusion: no suicide”. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 359-360.

vida do indivíduo que altera seu estado de ânimo. Quando a pessoa enfrenta uma perda considerável – a morte de um ente querido, a perda do emprego, a perda dos movimentos e da autonomia após um acidente que o deixa tetraplégico –, é natural (até esperado) que entre em um estado depressivo, que pode demandar tratamento com fármacos e/ou psicoterapia. Estranho seria se a pessoa que se depara com estas perdas *não ficasse* deprimida, uma vez que a depressão, nesses casos, é uma reação perfeitamente racional a uma situação muito ruim⁴⁷⁷.

Por outro lado, há estados depressivos que acometem o indivíduo que não podem ser atribuídos a qualquer perda ou fator externo. São estados causados por desequilíbrios químicos do cérebro, por lesões do sistema nervoso central ou mesmo por doenças físicas (fatores, portanto, endógenos), mas que geram os mesmos sintomas que a depressão reativa (que tem causas exógenas). Em maior ou menor grau, o sujeito pode enfrentar uma pluralidade de sintomas, como sentimento de tristeza ou melancolia, irritabilidade ou agressividade, perda de apetite, perda da capacidade de encontrar prazer em atividades antes consideradas prazerosas (esportes, música, encontros com amigos), distúrbios do sono, fadiga e letargia, baixa de autoestima, sentimento de inutilidade, pessimismo, etc⁴⁷⁸. Não é possível apontar que esses sintomas estejam necessariamente envolvidos com a perda de funções cognitivas ou com distorções da realidade.

Certamente, *alguns* depressivos clínicos também são “psicóticos” (ou seja, loucos), mas a maioria não é. Na verdade, a psicose nem mesmo é essencial para a depressão clínica quando não é ocasionada por uma perda objetiva ou causa compreensível, e menos de 15% dos pacientes deprimidos são psicóticos em sentido estrito.⁴⁷⁹

477 FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 355.

478 FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 355-356. O autor esclarece que a depressão exógena e a depressão endógena são espécies do gênero “depressão clínica”, por apresentarem um conjunto de sintomas que permitem seu diagnóstico. Por outro lado, a depressão clínica se difere da “não clínica” porque nesta o indivíduo, embora apresente alterações do humor, não apresenta a sintomatologia típica da depressão clínica, ou os sintomas se apresentam de forma menos severa.

479 Texto no idioma original: “To be sure, *some* clinical depressives are also “psychotic” (i. e., crazy), but most are not. Indeed, psychosis is not even essential to clinical depression when it is not occasioned by objective loss or understandable cause, and fewer than 15% of depressed patients are psychotic in a strict sense”. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 355.

Embora a depressão de fato traga ao indivíduo uma perspectiva mais pessimista e desesperançosa da vida, ela não acarreta necessariamente um “descolamento” da realidade, como ocorre na psicose. O psicótico lida com elementos irrealis (imagens, sons, situações) e, portanto, com uma compreensão equivocada da realidade (do ponto de vista cognitivo), e não apenas com uma interpretação negativa dela. A depressão “não psicótica”, por assim dizer, que representa a maior parte dos casos depressivos, não gera afetação da racionalidade do paciente. Sendo assim, não deve ser excluída *a priori* a voluntariedade das decisões tomadas sob o estado depressivo.

Não duvidamos que dores ou estados depressivos agudos possam, no momento em que aplacam a pessoa, causar um desespero tal que ela prefira morrer a continuar padecendo daquela crise. Em geral, tais estados são superados com a administração de fármacos – analgésicos e/ou antidepressivos – capazes de tirá-la da crise. Obviamente, se há recursos que eliminam a dor ou curam a depressão, estes deverão ser intentados com o objetivo que o indivíduo não mais clame pela morte. O que se discute aqui não são crises agudas de dor ou a depressão curável: quanto a esses estados, parece-nos não haver dúvidas de que a eutanásia ou o suicídio assistido seriam inadmissíveis. O mais provável é que o próprio paciente, sabedor da reversibilidade de seu estado, reivindique a medicação em lugar de preferir a morte.

A questão reside nos estados de dor implacáveis pelos analgésicos hoje disponíveis (ao menos em doses não letais⁴⁸⁰), bem como nos estados depressivos crônicos e incuráveis. Por mais que a ciência farmacêutica se desenvolva em ritmo acelerado, ainda há dores que não cessam pelo uso de analgésicos. Da mesma forma, há estados depressivos crônicos que não cedem com a uso de antidepressivos em altas doses, mesmo quando conciliados com psicoterapia.

No caso da depressão exógena, a causa pode ser um trauma de tal monta que, mesmo com o acesso do paciente a todos os recursos médicos e psicológicos disponíveis, sua tristeza é irreversível, perdendo definitivamente o gosto pela vida.

480 Neste ponto, remetemos o leitor para a discussão do conceito de eutanásia de duplo efeito, que consta no Capítulo 3 deste trabalho. De fato, muitas vezes as dores que acometem o paciente são tão fortes que apenas doses letais de analgésicos seriam suficientes para aplacá-las.

Nestas hipóteses, configura-se um estado de sofrimento psíquico irreversível que, do nosso ponto de vista, autoriza o pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio.

Caso emblemático e ilustrativo é o da holandesa de 17 anos Noa Pothoven que, após sofrer estupro e abuso sexual na infância, desenvolveu depressão, estresse pós-traumático e anorexia. Ela foi internada várias vezes, tentou suicídio e desenvolveu distúrbios alimentares em razão do trauma. A despeito da possibilidade de eutanásia no ordenamento holandês, o pedido feito por ela foi negado por uma clínica credenciada. Segundo Noa:

Acham que sou muito jovem. Acreditam que devo terminar o tratamento psicológico e esperar até que meu cérebro esteja totalmente desenvolvido. Isso não vai acontecer até eu completar 21 anos. Estou devastada porque não posso esperar tanto tempo. Revivo o medo e a dor diariamente. Sinto que meu corpo ainda está sujo⁴⁸¹.

Divulgou-se que Noa morreu por inanição: após anos de sofrimento incessante, deixou de comer e beber. A família concordou com a vontade da jovem e suspendeu a alimentação artificial que a mantinha viva.

Em seu livro autobiográfico intitulado *Winnen of leren* ("Ganhar ou aprender", em tradução livre), publicado em novembro de 2018, Noa narrou sua história de luta e os sucessivos tratamentos para a superação do seu trauma. Em mensagem deixada a seus mais de 10 mil seguidores na rede social Instagram, Noa registrou:

Não vou fazer rodeios: vou estar morta no máximo em dez dias. Após anos de batalha, minha luta acabou. Finalmente vou me libertar do meu sofrimento, que é insuportável. Não tentem me convencer de que isso não é bom. É uma decisão bem ponderada e definitiva. [...] Na verdade, faz tempo que eu não vivo, eu sobrevivo, e até isso mal faço. Eu respiro, sim, mas já não vivo mais.⁴⁸².

O caso despertou atenção porque, apesar de anos e anos de diversas tentativas de tratamento, o estado depressivo de Noa não arrefeceu. Infelizmente, nem todos os traumas são superáveis, nem todas as dores psíquicas são suportáveis sem que a vida perca a qualidade de modo irreversível. O livro de Noa foi escrito ao longo de anos;

481 NOA Pothoven: adolescente vítima de abuso desiste de viver e morre ao lado dos pais. *BBC News*, São Paulo, 5 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48524674>. Acesso em: set/2019.

482 NOA Pothoven: adolescente vítima de abuso desiste de viver e morre ao lado dos pais. *BBC News*, São Paulo, 5 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48524674>. Acesso em: set/2019.

visto que após os episódios de abuso a garota iniciou um diário na tentativa de superar a dor. Não há, naquelas linhas, indícios de psicose, loucura ou falta de cognição da realidade que poderiam levar à conclusão que seu desejo de morrer fosse irracional.

A depressão grave, qualquer que seja a causa, pode distrair a pessoa que sofre e desviar sua atenção do problema em questão. [...] Além disso, em casos normais, quando o episódio depressivo não produz desarranjo cognitivo, o julgamento do paciente, na medida em que pode ser libertado da distração, não é radicalmente distorcido por sua dor; ele não tem nenhuma tendência a fazer algum gesto espetacularmente irracional, a doar sua riqueza, incendiar sua casa ou permitir-se ser grosseiramente enganado. [...] Em casos extremos, a depressão clínica reativa pode distorcer e distrair. Uma dor meramente psicológica pode, de fato, ser enlouquecedora. "Pode ser" é o termo-chave. Pode ser enlouquecedor, mas não necessariamente⁴⁸³.

O que se aplica à depressão, no entanto, não pode ser estendido a estados de ânimo transitórios. O pedido de eutanásia deve ser sério, consciente e fruto de uma vontade constante, permanente. Emoções transitórias, portanto, não devem servir para validar o consentimento, principalmente em razão da imutabilidade das consequências da eutanásia ou do suicídio assistido.

O que vimos no caso de Noa, assim como no de Ramón Sampedro e outros mencionados neste trabalho, é que o indivíduo manteve seu propósito por anos a fio (não que seja exigível tempo tão longo), muitas vezes enfrentando batalhas judiciais demoradas e impetrando recursos a instâncias superiores diante da negativa da anterior. Isso demonstra que a vontade era permanente, firme, e não fruto de emoções efêmeras e inconstantes.

O episódio de Noa, além de levantar a questão sobre estados depressivos incuráveis, também suscita reflexão sobre em que medida uma pessoa deve ser obrigada a esperar pelo avanço da ciência e o possível surgimento de uma cura para

483 Texto no idioma original: "Severe depression, whatever its cause, can *distract* the suffering person, and deflect his attention from the problem at hand. [...] Moreover, in normal cases, when the depressive episode does not produce cognitive derangement, the griever's judgment insofar as it can be freed from distraction is not radically distorted by his pain; he has no tendency to make some spectacularly irrational gesture, to give his wealth away, burn his house down, or allow himself to be grossly cheated. [...] In extreme cases, reactive clinical depression *can* distort as well as distract. A merely psychological pain can, in effect, be maddening. 'Can be' is the key term. It *can be* maddening, but it *need not be so*". FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 358.

sua doença, seja ela física ou psíquica. Por óbvio, o direito não pode compelir alguém a ter fé, esperança ou expectativa em algo. Por mais desenvolvida que se encontre a Medicina, inclusive a psiquiatria, é inegável que ainda há dores incontornáveis, daí a realidade da eutanásia de duplo efeito, por exemplo.

A legitimidade da eutanásia e do suicídio assistido deve ser interpretada, no contexto médico atual, sob a realidade do paciente, principalmente quando está em discussão o eventual surgimento de tratamentos ainda não disponíveis. Ninguém pode ser obrigado a ter fé e esperança. Não nos parece lícito – muito antes, chega a ser quase um exercício de sadismo – obrigar alguém a tolerar dor e sofrimento aguardando surgir um possível tratamento para sua doença. Este pode nem ser desenvolvido ou não ser eficaz para aquele paciente específico; pior: pode não estar disponível se ele não possuir capacidade financeira para bancá-lo. Se a recusa a tratamentos já existentes e disponíveis – ainda que pudessem ser eficazes para o paciente – é lícita, o que dizer de um tratamento que sequer faz parte da realidade médica?

Conforme posicionamento firmado no capítulo referente à ortotanásia, nem sempre os cuidados paliativos serão suficientes a fazer cessar o estado de sofrimento e agonia do enfermo. Em muitos casos, ainda que ele seja devidamente assistido física e psicologicamente e que sejam empregados todos os meios disponíveis, ainda subsiste sua vontade de morrer, que é legítima. De fato, “[...] ainda hoje não é possível dominar de modo suficiente todos os estados de sofrimento; e a existência real de casos em que há um pedido urgente e compreensível de morrer é suficientemente demonstrada pelos exemplos da jurisprudência”⁴⁸⁴.

O que defendemos, nestas linhas, é que o paciente (ou o representante legal, que irá perscrutar sua vontade presumida), ao tomar sua decisão, tem o direito de levar em conta o estado atual da medicina, não sendo obrigado a manter uma esperança no desenvolvimento de fármacos ou técnicas que ainda não estejam disponíveis, mesmo que se mostrem viáveis em perspectiva. Ninguém pode ser obrigado a tolerar um sofrimento atual em nome de um futuro incerto de cura.

484 ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, 2000, p. 230.

9.2.3 Consentimento por representação.

A ausência de capacidade do paciente, por quaisquer dos motivos acima expostos, dá ensejo à possibilidade de um consentimento por representação, emanado do representante legal do doente.

O direito de consentir, especialmente em relação a um bem jurídico robusto como a vida, pertence apenas à pessoa afetada, em regra. Diante da impossibilidade de reconhecer a validade de seu consentimento em razão de incapacidade do sujeito, porém, coteja-se o cabimento de que ele seja representado.

De pronto, cumpre pontuar que o reconhecimento da figura do representante legal não implica na mudança de titularidade do bem jurídico: o titular continua sendo o paciente incapaz e, por essa razão, todas as decisões tomadas pelo representante devem levar em conta os interesses daquele, e não dele próprio.

A ambos os pais cabe a representação dos menores incapazes⁴⁸⁵. Se o menor for capaz, de acordo com as ponderações sobre capacidade apresentadas linhas acima, não há que se falar em representação, mas em validade do consentimento do próprio agente, que deve ser respeitado pelos pais.

No caso dos doentes mentais, cabe tecer alguns comentários relativos à Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A índole da lei é anti-capacitista, motivo pelo qual busca conferir o máximo de autonomia possível à pessoa com deficiência.

O art. 85 do Estatuto é expresso em definir que “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”. Afasta, assim, a possibilidade de nomeação de curador para atos de índole existencial, como são as decisões de fim de vida. Por sua vez, o art. 12 da legislação determina que “o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica”.

485 O art. 1631 do Código Civil brasileiro dispõe que: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”. Em casos excepcionais, a representação do menor será exercida pelo tutor, conforme prevê o art. 1728 e seguintes, do Código Civil.

Sinaliza-se, então, para a coerência de nossos argumentos quando defendemos que a pessoa com deficiência não é necessariamente incapaz de consentir validamente.

No entanto, o art. 13 do Estatuto determina que “a pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis”. Diante da ausência de previsão de curatela para atos existenciais, porém, resta a indagação sobre quem seria o representante legal da pessoa com deficiência nos casos em que a doença mental lhe retirar o discernimento necessário para consentir.

Por fim, na circunstância de incapacidade para consentir de pacientes adultos (por exemplo, nos casos de coma e estado vegetativo persistente), não havendo representante legal designado, a decisão deverá considerar o consentimento presumido do paciente, e não o entendimento do familiar mais próximo, como se costuma acreditar⁴⁸⁶.

9.3 Momento da manifestação da vontade e revogabilidade do consentimento

Para que seja válido, o pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio deve ocorrer antes da prática do ato. O sujeito ativo deve agir em razão do pedido, observados os demais requisitos de validade deste, não sendo admitida qualquer hipótese de convalidação posterior.

O médico cometerá crime de homicídio se praticar a eutanásia sem o pedido do paciente, ainda que, em momento posterior à morte, descubra-se que esta era a vontade daquele que foi morto. A anterioridade do consentimento também é exigida porque, conforme exposto, a validade do pedido está condicionada ao dever de esclarecimento do médico.

Por esse motivo, a hipótese de consentimento concomitante à ação de antecipar a morte do paciente parece-nos esvaziada, pois o dever de esclarecimento impõe uma abordagem por equipe multidisciplinar. Sendo assim, dificilmente, no caso concreto,

⁴⁸⁶ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 241.

poderíamos ver satisfeito este requisito com uma ação concomitante no sentido de matar o paciente.

No entanto, se caracterizada a hipótese excepcional do paciente já ter sido devidamente esclarecido, mas ainda não ter manifestado sua vontade; se ele fizer o pedido em concomitância com a ação do médico, poderá haver responsabilização por tentativa de homicídio, “já que, apesar de a execução ter se iniciado, o resultado e tudo aquilo que ocorrer após o consentimento do paciente estará por ele acobertado”⁴⁸⁷.

Não há dúvidas de que o consentimento pode ser revogado a qualquer momento, mesmo após iniciada a ação. Em consonância com o explicado anteriormente, o consentimento não tem natureza negocial, de forma que não concede ao sujeito ativo um direito irrevogável de agir. Assim, toda ação do médico só será válida enquanto amparada pelo consentimento atual do paciente. Salienta-se, nesse particular, que a mera vontade íntima ou reserva mental do paciente não podem valer como revogação do consentimento. Deve haver, para tanto, uma exteriorização, ainda que mínima, que sinalize a mudança de vontade do paciente.

O consentimento deve estar presente no momento da ação do médico, não necessariamente no momento da morte do paciente. Pode ser que o sujeito revogue seu consentimento após já concluída a ação do médico, nos momentos que antecedem o óbito (por exemplo, quando o médico administra substância apta a provocar uma parada cardiorrespiratória, mas cujo efeito leva alguns minutos para se verificar). Nestes casos, se houver recursos ou antídotos para impedir o resultado, o médico deverá empregá-los, mas não poderá ser responsabilizado caso não consiga reverter o processo de morte.

Ainda com relação à revogação do consentimento, os casos mais difíceis e polêmicos são aqueles em que a revogação se dá quando o paciente já está desprovido de capacidade. Na Holanda, uma médica foi acusada de praticar indevidamente a eutanásia em uma idosa de 74 anos de idade, portadora do Mal de Alzheimer. Apesar de a prática ser regulamentada no país, a acusação se baseou na alegação de que a idosa, já incapacitada pela doença, teria mudado de ideia no que tange ao pedido de incapacidade feito por escrito um ano antes, quando seu

487 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 227.

discernimento ainda não estava afetado pela doença. O caso ocorreu em 2016, e a médica foi absolvida⁴⁸⁸.

A problemática gira em torno de compreender se um paciente incapaz pode validamente revogar uma declaração de vontade feita quando estava em pleno gozo de sua capacidade de discernimento. Em outras palavras, o ato de revogação também deve observar os requisitos de validade para surtir efeitos? Parece-nos que sim, embora seja recomendado que tais requisitos possam ser analisados com uma maior flexibilidade, em razão da irreversibilidade do resultado do pedido.

9.4 Forma de manifestação do consentimento

Para que seja válido, o consentimento deve ser exteriorizado por aquele que consente. Por isso, a doutrina majoritária rechaça a chamada “teoria da direção da vontade”, para a qual:

O consentimento consiste no puro processo mental de renúncia à vontade de proteção legal. Consequentemente, basta a aprovação interna, sem que ela precise se manifestar no exterior. Sem dúvida, o consentimento expressa a vontade interna do portador do bem jurídico; mas um pensamento não manifestado não é uma expressão da vontade e, por falta de verificabilidade, não é adequado para vincular a ela consequências jurídicas⁴⁸⁹ [tradução nossa].

No tocante especificamente à eutanásia e ao auxílio ao suicídio, seria incoerente admitir a validade do consentimento sem manifestação no mundo exterior. Isso em virtude da própria natureza dos demais requisitos necessários à validade deste mesmo consentimento, como o esclarecimento por parte do médico e a necessidade de verificação da capacidade por equipe multidisciplinar.

488 RICO, Carolina. Médica acusada de eutanásia a idosa com demência ilibada em tribunal. *TSF Rádio Notícias*, Lisboa, 11 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.tsf.pt/mundo/medica-acusada-de-eutanasia-a-idosa-com-demencia-ilibada-em-tribunal-11289790.html>. Acesso em: out/2020.

489 Texto no idioma original: “el consentimiento consiste en el puro proceso anímico de la renuncia a la voluntad de protección jurídica. Es suficiente, en consecuencia, con la aprobación interna, sin que necesite manifestarse al exterior. Sin duda que em el consentimiento se expresa la voluntad interna del portador del bien jurídico; pero un pensamiento no manifestado no es expresión de la voluntad y, por falta de comprobabilidad, no es adecuado para vincular consecuencias jurídicas al mismo”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 533.

A expressividade do bem jurídico em jogo e a irreversibilidade do resultado pretendido recomendam que a vontade do paciente seja manifestada de forma clara, expressa e inequívoca e que se mantenha por tempo minimamente razoável. Tendo isso em vista, entendemos ser também incabível a aceitação de um consentimento tácito para os fins da prática de eutanásia ou de auxílio ao suicídio.

Pela obviedade da exigência, dispensável mencionar que, para ser válido, o consentimento deve ser emitido de forma séria, correspondente à real vontade daquele que consente, e não em caráter jocoso ou leviano.

Embora seja recomendável, o consentimento não precisa ser escrito. Até porque, muitas vezes o estado de saúde do paciente o impedirá de firmar um documento. O importante é que a vontade inequívoca seja registrada e testemunhada, o que pode se dar, inclusive, por som e vídeo.

9.4.1 Diretivas antecipadas da vontade

Da mesma forma que uma pessoa elabora um testamento para definir a destinação de seu patrimônio *post mortem*, é possível deixar registradas suas diretivas antecipadas de vontade, nas quais constarão suas vontades relativas às decisões médicas (não necessariamente de fim de vida). Elas servirão de parâmetro ao médico na hipótese de o indivíduo se tornar incapaz de manifestar sua vontade.

É certo que a projeção de uma autonomia para o futuro pressupõe um ato jurídico capaz de antecipar a vontade individual, a fim de que seus efeitos possam ser verificados quando o paciente não mais puder expressar sua vontade. As diretivas antecipadas de vontade constituem gênero que comporta como espécies o testamento vital e o mandato duradouro. Luciana Dadalto explica que:

Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder, livre e conscientemente, se expressar – ainda que por uma situação transitória –, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situações de terminalidade⁴⁹⁰.

490 DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88.

Por intermédio do chamado mandato duradouro⁴⁹¹, o paciente nomeia uma ou mais pessoas que serão seus “procuradores de saúde”. Elas deverão ser consultadas pelo médico na eventualidade de uma incapacidade definitiva ou transitória. O procurador deverá, então, decidir pelo paciente, sempre levando em consideração o interesse deste, ainda que destoante do seu próprio. Mencionando a legislação do estado norteamericano da Califórnia, Jorge Luis Manzini adverte:

As decisões do paciente serão sub-rogadas – tomadas em seu nome – pelo mandatário, com base no seu conhecimento do paciente e de suas preferências; quer dizer, o mandatário não deve indicar o que melhor lhe parece e sim o que crê que o paciente elegeria para essa circunstância particular⁴⁹².

O testamento vital, por sua vez, é documento através do qual uma pessoa capaz deixa registrados seus desejos relativos à hipótese de suspensão de tratamentos para que, na eventualidade de sua incapacidade, possa nortear as decisões médicas. O testamento vital é útil nos casos em que o outorgante se encontra em estado terminal, estado vegetativo persistente ou padeça de doença crônica incurável⁴⁹³.

A legislação brasileira atual não permite que o testamento vital veicule um pedido de eutanásia ou de auxílio ao suicídio, haja vista serem tais práticas consideradas crimes. Qualquer disposição neste sentido é considerada inválida por representar objeto ilícito. Daí sua limitação, na atualidade, às hipóteses de suspensão de tratamento. Nada obsta, no entanto, que eventual regulamentação legislativa futura possibilite que o documento passe a contemplar as situações que, se acometerem o paciente, ensejarão a autorização daquelas condutas.

491 “O mandato duradouro é denominado *durable power of attorney* (EUA), procuradores de cuidados de saúde (Portugal) e *poder para el cuidado de salud/mandato de asistencia sanitaria* (Espanha) e, em países como EUA e Espanha, é visto como parte integrante do testamento vital, o que constitui verdadeira DAV”. Cf.: DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015 p 92.

492 Texto no idioma original: Las decisiones del paciente son sub-rogadas – tomadas em su nombre – por el apoderado, em base a su conocimiento del paciente y de sus preferencias; es decir, el apoderado no debe indicar lo que mejor le parece a él sino lo que cree que el paciente hubiera elegido para esa circunstancia particular”. MANZINI, Jorge Luis. Las directivas anticipadas para tratamientos médicos. In: KIELSTEIN, Rita et. al. *Directivas anticipadas: La historia clínica orientada a valores y la aplicación del método narrativo em bioética*. Münster: Lit Verlag, 2002, p. 1-10.

493 DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97,

A popularização dos testamentos vitais seria de fundamental valia, pois mitigaria os riscos e dificuldades advindas da necessidade de perscrutar o consentimento presumido do paciente em caso de incapacidade. De fato, estas diretivas constituiriam a principal manifestação de vontade do paciente. A presunção de que corresponderiam à vontade atual da pessoa seria bastante robusta. Da mesma forma, a nomeação de um procurador de saúde poupa discussões acerca de quem seria indicado a decidir pelo paciente quando ele está incapaz de se manifestar.

Alguns autores mencionam a equiparação destas diretivas a um “testamento”, visto que se assemelham nas características de unilateralidade, gratuidade, revogabilidade e por seu caráter personalíssimo. O testamento, no entanto, visa a produzir efeitos *post mortem*, enquanto que as diretivas perdem o objeto e o sentido se o paciente não está mais vivo. Além disso, há distinções no aspecto da solenidade, bastante relativizada no caso das diretivas antecipadas.

Adotamos diretivas antecipadas, que têm pelo menos quatro alternativas para se materializar: escritura pública em cartório; declaração escrita em documento particular, de preferência com firma reconhecida; declaração feita a seu médico assistente, registrada em seu prontuário, com sua assinatura. Em qualquer situação, poderá haver a nomeação de um procurador para tomar decisões não incluídas nas diretivas. A quarta alternativa se refere ao paciente que não elaborou diretivas antecipadas, mas que declarou, a amigos e/ou familiares, sua rejeição ao esforço terapêutico, em casos de estado vegetativo permanente ou de doença terminal. Trata-se, portanto, de uma justificação testemunhal dessa vontade⁴⁹⁴.

9.4.2 Consentimento presumido

Questão importante diz respeito aos casos em que o paciente não tem condições de manifestar sua vontade, como aqueles que se encontram em estado vegetativo ou em coma irreversível. Nessas circunstâncias, assim como em todas aquelas em que o paciente perdeu de forma irremediável a consciência, importa indagar qual seria sua vontade se pudesse expressá-la diante daquela situação.

494 RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia e consentimento informado. In: RIBEIRO, Diaulas Costa (org.). *A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, p. 218.

Se a perda de consciência for temporária, o indicado é aguardar a recuperação do paciente para que ele possa se manifestar. No entanto, se o prejuízo é irreversível, a decisão deverá ser tomada por um terceiro com base no consentimento presumido do paciente, já que a pessoa perdeu definitivamente a capacidade para exercer sua autonomia⁴⁹⁵. Isso também ocorre com menores em tenra idade – quando é indubitável que não há maturidade suficiente para fazer o pedido por si próprio – e com doentes mentais igualmente afetados.

Nestes casos, caberá ao representante legal do paciente emitir um consentimento por representação. O consentimento por representação terá lugar, portanto, nas hipóteses em que o sujeito afetado não for capaz de tomar decisões (como é o caso, por exemplo, de menores e doentes mentais incapazes) ou em situações em que seu estado físico ou psíquico não lhe permita manifestar sua vontade⁴⁹⁶.

O direito penal brasileiro não prevê a figura do consentimento presumido. Esta, no entanto, é reconhecida expressamente, por exemplo, pela lei penal portuguesa⁴⁹⁷. Nesta espécie de consentimento, a conduta é realizada (ou não) levando em conta elementos que façam presumir que aquela seria a vontade da pessoa.

O papel do representante legal nos casos em que o paciente não puder exprimir sua vontade é perscrutar qual seria a vontade daquele, independentemente da sua (do representante). Não cabe ao representante indagar sobre os impactos da decisão em sua própria vida ou mesmo o que desejaria para si caso estivesse naquela situação. Ele deve tentar alcançar qual seria a vontade do paciente se aquele tivesse condições de expressá-la⁴⁹⁸.

495 COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento em Direito Penal Médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, 2004, p. 117.

496 OJER, Leticia Jericó. Tratamiento médico, consentimiento y derecho penal. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (org.). *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*. Lince: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, p. 303.

497 “Artigo 39º: Consentimento presumido 1 - Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido. 2 - Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”. O Código Penal português está disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080626_10.pdf. Acesso em: out/2020.

De fato, a figura da representação não implica em uma sub-rogação nos direitos do titular do bem jurídico: o representante legal não passa a ser o titular do bem quando o representado não puder se expressar. O que se busca é preservar a autonomia do paciente, e não submetê-la a critérios externos de ponderação.

Neste ponto, a existência de um testamento vital ou de outro documento escrito é de grande valia para aferir a vontade (agora presumida) do paciente, principalmente se aquela foi manifestada de forma reiterada. Porém, diante da ausência de qualquer documento que manifeste as diretivas antecipadas de vontade do paciente, é lícito lançar mão de outros instrumentos menos palpáveis, como “declarações orais, convicções religiosas, representações axiológicas pessoais, esperança de vida em função da idade, capacidade de sofrimento, etc”⁴⁹⁹.

Se o paciente já for conhecido do médico e quando, em razão da relação próxima mantida entre eles, tenha havido a oportunidade para uma conversa desta envergadura, é provável que o profissional de saúde (bem como a família) já tenha elementos suficientes para saber qual seria sua vontade caso se confrontasse com aquele cenário. Há casos, no entanto, em que o paciente adentra uma unidade hospitalar inconsciente – em razão de algum traumatismo que afetou sua capacidade de manifestação, por exemplo – e será atendido por uma equipe médica que não o conhecia. Também é possível que, em razão do tabu que envolve o assunto, o paciente nunca tenha discutido em seu círculo íntimo de familiares e amigos quais seriam seus desejos caso se encontrasse naquelas condições clínicas.

Embora muitos autores advoguem a tese do *in dubio pro vita* ou da “obrigação da manutenção da vida”, seria contraditório adotarmos tal posição, uma vez que o paciente, naquelas condições, está e permanecerá desprovido da capacidade de se comunicar e se relacionar com o mundo exterior. Conforme já expusemos, o conceito de vida considerado para fins deste trabalho não é a vida meramente biológica, mas considerada sob o aspecto relacional do paciente. A nosso ver, se não houver

498 OJER, Leticia Jericó. Tratamiento médico, consentimiento y derecho penal. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (org.). *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*. Lince: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, p. 303.

499 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 15-39, 2013, p. 31.

quaisquer elementos deixados pelo indivíduo quando ainda estava consciente e capaz de expressar sua vontade, parece-nos inadequado manter a vida biológica por uma suposta imposição do dever de conservação da vida.

Obviamente, se o paciente, ainda consciente, manifestou a vontade de ser mantido vivo, ainda que em estado de inconsciência irreversível – seja verbalmente, seja por algum registro escrito ou mesmo por meio de um testamento vital – seu desejo deve ser respeitado. Não são raros os casos em que pessoas nessa situação permanecem clinicamente vivas por meses ou até anos, embora seja certo que não mais recuperarão a consciência.

No entanto, se, a despeito de todos os esforços neste sentido, não houver como obter elementos que façam presumir a vontade do paciente, tudo passa a indicar que a melhor decisão do representante legal caminha no sentido de fazer cessar o aparato artificial que mantém as funções vitais básicas do incapaz ou mesmo de empregar recursos para antecipar o momento da morte. Isso porque pode ser concebida como geral a noção de que ninguém quer sofrer.

[...] corre a opinião daqueles que reputam, neste caso, *jurídico penalmente admissível a interrupção* do tratamento médico na falta de razões para presumir que seria outra a vontade do enfermo. Seja porque se afirma que, nesta hipótese, a presunção razoável é sempre a de que o doente não quereria continuar a viver, seja porque se sustenta que o mandamento jurídico-constitucional de tutela da vida não pode valer para uma concepção puramente *biológica* da vida e, conseqüentemente, para preservação de um *corpo* completa e irreversivelmente falho de sensações, a que não mais preside um *espírito* pessoal. Donde que não seria a interrupção do tratamento de estados vegetativos permanentes, mas a sua *continuação* que exigiria um consentimento presumido: se uma vontade de continuação do tratamento não pode ser presumida, também dela se não pode nem deve partir⁵⁰⁰.

Portanto, nos casos em que não há qualquer elemento capaz de indicar a vontade presumida do paciente, defendemos que a decisão deve ser sempre no sentido da preservação da *vida digna*, com um mínimo de perspectiva de qualidade; e não da vida puramente biológica. Devem ser levados em conta, para tanto, os recursos médicos disponíveis atualmente, e não eventuais e duvidosas perspectivas de cura

500 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 15-39, 2013, p. 29.

futura. Não obstante tenhamos defendido neste trabalho que a questão da qualidade de vida é precipuamente individual, há casos extremos que nos parecem consensuais.

Do ponto de vista dogmático, ao contrário do que apontamos com relação ao consentimento real – que sempre será apto a excluir a tipicidade penal da conduta –, no consentimento presumido temos verdadeira causa de justificação, pois a hipótese representa a “superação normativa de uma situação de conflitualidade, ao menos potencial”⁵⁰¹.

Segundo Roxin, o consentimento presumido se situa entre o consentimento (real) e o estado de necessidade justificante, representando categoria autônoma em relação a estes⁵⁰². O consentimento presumido é uma construção normativa e depende da valoração e do sopesamento realizados por um terceiro; enquanto que o consentimento propriamente dito é uma manifestação da vontade do próprio do titular do bem jurídico.

Ao contrário do consentimento, que já exclui o tipo, o consentimento presumido é causa de justificação. Na verdade, embora o consentimento seja uma expressão da liberdade de ação do titular do bem jurídico e, portanto, quem age com consentimento não prejudica os direitos daquele, quem invoca um consentimento presumido interfere sem autorização e, portanto, realizando o tipo delitivo contra o bem jurídico de outro, e só pode ser justificado pelo fato de ser presumido seu consentimento de acordo com um julgamento objetivo. Aqui colidem a vontade presumida pelo agente e a vontade real possivelmente oposta do titular do bem jurídico, e tal colisão é compensada porque o ordenamento jurídico, segundo critérios objetivos e diferenciados, estabelece uma "vontade presumida", que justifica a interferência, ainda que mais tarde se descubra que a vontade real do titular do bem jurídico era distinta⁵⁰³ [tradução nossa].

501 COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento em Direito Penal Médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, 2004, p. 132.

502 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 765.

503 Texto no idioma original: “A diferencia del consentimiento, que excluye ya el tipo el consentimiento presunto es una causa de justificación. En efecto, mientras que el consentimiento es expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico y por tanto el que obra con consentimiento no lesiona los bienes jurídicos de aquél, quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, y sólo puede estar justificado por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo. Aquí coliden la voluntad presumida por el agente y la voluntad real posiblemente opuesta del titular del bien jurídico, y dicha colisión es compensada porque el ordenamiento jurídico, conforme a criterios objetivos y diferenciados, fija una "voluntad presunta", que justifica la ingerencia aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 765.

Roxin ressalta que a figura seria mais apropriadamente denominada “presunção do consentimento”, já que depende de interpretação realizada por terceiro distinto do titular do bem⁵⁰⁴. Esta ponderação, no entanto, não parte de critérios objetivos⁵⁰⁵ – como no estado de necessidade –, mas de elementos indicativos da vontade do paciente, que não pode expressá-la. Tais elementos podem conduzir a uma conclusão acertada sobre qual seria a vontade do paciente, mas não necessariamente corresponderá à expressão de sua autonomia, razão pela qual o consentimento presumido se situa, para a doutrina majoritária, entre as causas de justificação.

Não se trata, entretanto, de uma subespécie de estado de necessidade, conforme pretendeu Hans Welzel⁵⁰⁶. A ponderação realizada no estado de necessidade envolve bens interpessoais e é solucionada a partir de critérios objetivos pré-concebidos, heterônomos. No consentimento presumido, diferentemente, a ponderação é subjetiva, feita a partir da avaliação de quais seriam os interesses do paciente se pudesse manifestar sua vontade naquele momento, em respeito a sua autonomia. O conflito, aqui, é intrapessoal e reside em ponderar se a vontade presumida equivaleria à vontade real. Enquanto que no estado de necessidade há ameaça a algum interesse jurídico alheio, no consentimento presumido se justifica “a lesão a um bem jurídico individual realizada sem o consentimento real, mas para preservar outros interesses do seu próprio titular”⁵⁰⁷, e não de terceiros.

Conforme estabelecido, a existência de uma diretiva antecipada de vontade – no caso, de um testamento vital – auxilia sobremaneira o médico na ponderação dos elementos aptos a formarem sua conclusão sobre qual seria a vontade do paciente naquela situação. No entanto, por mais próxima da real, ainda se trata de uma vontade presumida: não se pode afirmar com segurança que o paciente não tenha mudado de ideia desde o momento em que elaborou suas diretivas. “[...] Ainda que se disponha de

504 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 765

505 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 315.

506 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 12 ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1987, p. 134.

507 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 322.

uma manifestação antecipada de vontade, por exemplo, não há garantias de que o paciente não mudaria de opinião caso estivesse consciente”⁵⁰⁸. Por isso, o conteúdo de eventual testamento vital deverá ser sopesado com outros elementos de convicção a que o representante legal tenha acesso, especialmente aqueles que representem os momentos de vida ativa mais recente do paciente.

Importante ressaltar o caráter subsidiário que o consentimento presumido assume diante do consentimento real, de forma que só será possível lançar mão daquele quando o paciente não puder exprimir sua vontade atual. Assim sendo, se for viável aguardar que a pessoa recobre sua consciência para emitir o consentimento real, não será legítimo lançar mão do presumido.

9.5 Qualidade do sujeito ativo

No capítulo 5 deste trabalho, demonstramos que muitos países que já regulamentaram a eutanásia e o auxílio ao suicídio exigem que o sujeito ativo das condutas seja um médico. Consideramos pertinente tal exigência, principalmente em razão do dever de esclarecimento. Para que o consentimento seja válido, faz-se necessário que seja emitido após o paciente ter sido esclarecido sobre seu diagnóstico, prognóstico, opções de tratamento e orientações sobre cuidados paliativos. Não há como exigir de uma pessoa leiga que adquira o conhecimento necessário para suprir adequadamente estes requisitos. O recomendado, portanto, é que eventual regulamentação da eutanásia e do auxílio ao suicídio preveja esta qualidade do sujeito ativo.

Nada impede, no entanto, que as condutas sejam praticadas não necessariamente pelo médico, mas por alguém devidamente orientado por ele, seja profissional de saúde ou não. Isto porque é legítimo que o doente opte por não morrer em um hospital, preferindo estar em casa na companhia de pessoas íntimas. Da mesma forma, ele pode querer que o ato derradeiro seja praticado por alguma pessoa querida, de forma a humanizar esse “rito de passagem”. Em consonância com posicionamentos expressos, a eutanásia e o suicídio podem adquirir uma perspectiva

508 SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 317.

autobiográfica para o indivíduo, sendo razoável que ele possa ter meios de tornar esse momento o mais adequado possível à sua vontade.

Cabe ao médico o dever de informar o paciente, mas ele poderia também orientar a pessoa eleita pelo doente no sentido da forma e momento de praticar o ato. Apenas o médico tem condições de ensinar sobre a dosagem da substância letal a ser utilizada, por exemplo, e sobre a forma de administrá-la. Mas não precisa ser ele, necessariamente, o responsável pela prática da conduta.

Vale recordar que a eutanásia e o auxílio ao suicídio assistido, para fins deste trabalho, devem ser concebidas como condutas motivadas pelo sofrimento do paciente. Não nos parece lógico, então, que seja empregado um meio doloroso, muito menos agônico para pôr fim à vida do doente. Neste ponto, o médico também será a pessoa indicada para orientar sobre o meio menos doloroso possível para a consumação do intento.

Firmamos, também, entendimento segundo o qual a eutanásia e o auxílio ao suicídio são condutas motivadas pelo sofrimento irreversível do paciente, mas isso não equivale à exigência de compaixão do sujeito ativo. Não há como perscrutar o real sentimento ou estado emocional do indivíduo que executará aquelas condutas, mas é indispensável que ele aja sabendo do quadro irreversível do paciente.

Em suma, partindo do pressuposto de disponibilidade da vida enquanto bem jurídico individual, é razoável propor uma regulamentação da eutanásia e do auxílio ao suicídio no Brasil que leve em conta os requisitos aqui expostos, prestigiando a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana.

10 CONCLUSÕES

1 – A prática da eutanásia e do auxílio ao suicídio encontra registros históricos que remontam à Antiguidade, embora nem sempre estas condutas tenham assumido o significado que hoje apresentam. As experiências eugênicas realizadas na Alemanha nazista por ocasião da II Guerra Mundial contribuíram especialmente para que o tema despertasse rejeição, mas a necessidade de discussão e regulamentação do tema – conforme já ocorre em alguns países – é premente.

2 – Para os fins propostos neste trabalho, consideramos como eutanásia a conduta (ativa ou omissiva) pela qual se antecipa o momento da morte de um indivíduo a seu pedido como forma de livrá-lo de um sofrimento (físico e/ou psíquico) irreversível. O auxílio ao suicídio, por sua vez, é conduta material no sentido de prover ao paciente os recursos necessários para que ele próprio provoque sua morte, naquelas hipóteses de sofrimento.

3 – A discussão sobre eutanásia e suicídio assistido demanda o recurso a conceitos da área médica, que se revelam importantes para definir em que estado de saúde a pessoa perdeu irreversivelmente sua qualidade de vida; isso a partir de uma análise individual e compatível com a noção de dignidade. Os casos de coma profundo, estado vegetativo persistente e doenças degenerativas, por exemplo, evidenciam hipóteses em que nem sempre a ortotanásia somada aos cuidados paliativos será suficiente para aplacar o sofrimento do paciente e preservar sua dignidade.

4 – Ao longo da história brasileira, nenhuma das legislações penais contemplou expressamente a figura da eutanásia: nem para descriminalizá-la, nem para regulamentá-la. O auxílio ao suicídio, por sua vez, sempre foi previsto como crime. A legislação atual pune ambas as condutas, permitindo apenas, no tocante à eutanásia, que ela seja reconhecida como uma hipótese de homicídio minorado, submetendo o agente a uma pena diminuída. As perspectivas legislativas também não parecem indicar avanços no sentido de uma regulamentação das práticas, embora isso já ocorra

em outros países. A despeito disso, a eutanásia não é prática rara em hospitais, especialmente em unidades de tratamento intensivo.

5 – A experiência estrangeira demonstra a necessidade de uma discussão mais profunda sobre o assunto, haja vista os inúmeros casos de pacientes que demandam a eutanásia ou o auxílio ao suicídio como única forma de aplacar seu sofrimento. No entanto, argumentos de índole religiosa, moral, paternalista e da própria bioética constituem entraves – superáveis, conforme demonstramos – ao avanço da discussão. A ética hipocrática coloca o médico em posição superior à do paciente e, sob uma lógica paternalista, entende que o princípio da não maleficência impõe a vedação à eutanásia.

6 – A análise do texto constitucional, no entanto, confere primazia ao princípio da dignidade humana, do qual decorrem o direito à autonomia e à autodeterminação. Conjugada a esta ideia, a leitura do bem jurídico *vida* deve conduzir à conclusão de que a proteção constitucional é destinada à vida digna, e o exame do conteúdo desta dignidade só cabe a seu titular. O direito à vida é inviolável em relação a ameaças ou lesões contrárias à vontade do titular, de forma que a proteção não abrange a heterolesão consentida e mesmo desejada pelo paciente.

7 – No campo da dogmática penal, em especial no que tange à teoria do delito, o consentimento deve atuar sempre como causa de exclusão da tipicidade, uma vez que o consentimento não compartilha da natureza das causas de justificação. Se o resultado é desejado pelo paciente, não há que se falar em lesão ou ofensa ao bem jurídico, mas de livre disposição por seu titular. Assim, não há conflito de interesses, como ocorre nas excludentes de ilicitude. Na eutanásia e no suicídio assistido, o resultado, embora relevante do ponto de vista social, perde a relevância penal no sentido de demandar a proteção do Estado contra o agente causador. Não se trata, aqui, de invocar os fundamentos da imputação objetiva (embora eles conduzam à mesma conclusão), porque sequer há resultado penalmente relevante a ser objeto do juízo de imputação.

8 – Enquanto bem jurídico individual, a vida é disponível. O ato de disposição será válido quando observadas determinadas condições. Em razão disso, a proposta *de lege ferenda* realizada neste trabalho exige que o paciente manifeste sua vontade livre e conscientemente, após devidamente informado pelo médico sobre sua condição e prognóstico. Aquele deve ser capaz de consentir e, neste ponto, não nos parece adequado fixar critérios etários estanques. Da mesma forma, nem todo doente mental será necessariamente incapaz.

9 – A evolução da medicina e da farmacêutica, aliada à evolução tecnológica das unidades de tratamento intensivo, faz com que a demanda pela eutanásia e pelo suicídio assistido se torne cada vez mais frequente. O respeito à dignidade humana impõe que avanços legislativos sejam implementados no sentido de regulamentar estas práticas. Os argumentos contrários inevitavelmente esbarram no problema da instrumentalização do ser humano para fins alheios a ele, o que é incompatível com uma sociedade democrática e pluralista, em que a autonomia da vontade é expressão da dignidade.

10 – A Carta de 1988 funda uma sociedade em que o indivíduo é o protagonista e na qual as várias visões e projetos de vida boa são sustentados, ainda que não hegemônicos. O conteúdo da dignidade deve ser preenchido individualmente, segundo as vivências e valores de cada indivíduo, pois a autonomia pressupõe o direito de hierarquizá-los. Neste cenário, a regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido se impõe como necessidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (obras consultadas)

- A VIDA de um médico especialista em eutanásia: 'Não sinto que estou matando o paciente'. *BBC News*, São Paulo, 24 de junho de 2019. Disponível em em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/06/24/a-vida-de-um-medico-especialista-em-eutanasia-nao-sinto-que-estou-matando-o-paciente.ghtml>. Acesso em: nov/2019.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- APPELBAUM, Paul S. Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment. *The New England Journal of Medicine*, Waltham, v. 357, n. 18, p. 1834-1840, 2007.
- ARAÚJO, Cynthia e COGO, Silvana Bastos. Morte digna na Alemanha: análise do caso Putz. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos tribunais*. São Paulo: Foco, 2020, p. 25-38.
- BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- BARBOSA, Gabriella Souza da Silva; LOSURDO, Federico. Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n.2, p. 165-186, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, São Paulo, v. 19, p. 69-104, 2010.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.
- BELING, Ernest. *Esquema de Derecho Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe; MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diritto Penale: Parte Generale*. 12 ed. Padova: CEDAM, 1986.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOTTONI, Adriana; ZAHER-RUTHERFORD, Vera Lúcia. Reflexão Bioética sobre o uso de nutrição e hidratação artificial em pacientes terminais. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 15, n. 9, p. 1-25, 2019.
- CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. Reflexões sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 338-352, 2016.

- CAMPI, Sandra. *O valor intrínseco da vida e a autonomia: reflexões sobre a eutanásia*. 2004. 101f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.
- CÂNDIDO, Keila. Como a política do filho único tornou-se uma ameaça para a economia da China. *Época Negócios*, São Paulo, 28 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/01/como-politica-do-filho-unico-tornou-se-uma-ameaca-para-economia-da-china.html>. Acesso em: mai/2020
- CARDOSO, Juraciara Vieira. *Eutanásia, distanásia e ortotanásia: o tempo certo da morte digna*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.
- CARNEVALLI, Eduardo Cartilho. *Diez años de eutanásia en Holanda: una valoración moral*. 2003. Thesis (Doctoratum in Sacra Theologia Totaliter Edita) – Facultas Theologiae, Pontificia Universitas Sanct AE Crucis. Roma, 2003.
- CARVALHO, Carla Vasconcelos. Direito à morte digna na Bélgica: um consenso dialogicamente construído. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 287-306.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Ponts, 2020, p. 169-192.
- CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natália Regina. Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: análise das recentes resoluções do C.F.M. e do anteprojeto de Código Penal de 2012. In: MARTEL, Letícia Campos Velho; SILVA, Mônica Neves Aguiar; ENGELMANN, Wilson (orgs.) *Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 379-410.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito: desafios bioéticos: traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiros Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COLUCCI, Cláudia; LEITE, Fabiane. Médicos revelam que eutanásia é prática habitual em UTIs no país. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u105876.shtml>. Acesso em: out/2019.

CORTE do Reino Unido dispensa autorização judicial para eutanásia. *Conjur*, São Paulo, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/corte-reino-unido-dispensa-autorizacao-judicial-eutanasia>. Acesso em: jul/2019.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento em Direito Penal Médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, p. 117-148, 2004.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DALSENTER, Thamis. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, p 99-125, 2017.

DAVID Goodall: Scientist, 104, ends his life in Switzerland. *BBC News*, London, 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-44069885>. Acesso em: mai/2020.

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

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

FÉ pode ajudar muito no tratamento e cura de doenças, defendem médicos. *G1*, São Paulo, 24 de julho de 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2013/07/fe-pode-ajudar-muito-no-tratamento-e-cura-de-doencas-defendem-medicos.html>. Acesso em: nov/2019.

FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989.

FERGUSON, Pamela. Causing death or allowing to die? Developments in the law. *Journal of Medical Ethics*, London, n. 23, p. 368-372, 1997. Disponível em: <https://jme.bmj.com/content/medethics/23/6/368.full.pdf>. Acesso em: jul/2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – A teoria do crime no Código Penal de 1982*. Lisboa: Verbo, 1985.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: A Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. Lisboa: Verbo, 1985.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale: Parte Generale*. 3 ed. Bologna: Zanichelli, 1985.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 15-39, 2013.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIORE, Carlo. *Diritto Penale: Parte Generale – II*. Torino: UTET, 1997,

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: A nova parte geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 11 ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GÁNDARA VALLEJO, Beatriz de la. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. 1994. Tesis (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

GOLDIM, José Roberto, *Caso Vincent Humbert – Eutanásia ativa voluntária*. Porto Alegre, 2003. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/humbert.htm>. Acesso em: jul/2019.

GOLDIM, José Roberto. *Breve histórico da eutanásia*. Porto Alegre, 2000. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>. Acesso em: mai/2018.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 18ª ed., 2007.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico In:

- COSTA, José de Faria et. al. (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* – Volume 1. Coimbra: Studia Jurídica, 2017, p. 643-669.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45-103.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/houaiss/>. Acesso em: out/2020.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- IBGE divulga as estimativas da população dos municípios para 2019. *Agência de Notícias do IBGE*, Brasília, 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25278-ibge-divulga-as-estimativas-da-populacao-dos-municipios-para-2019>. Acesso em: out/2019.
- ITALIA. Suprema Corte di Cassazione – Sezione I Civile. *Processi Eluana Englaro* (nº 21748). Sentenza: 16 ottobre, 2017. Disponível em: https://www.aduc.it/generale/files/allegati/cassazione_englaro.pdf. Acesso em: out/2019.
- JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 307-338.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5 ed. Granada: Comares, 1996.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Liberdade de amar e direito a morrer: eutanásia e endocrinologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*. 7 ed. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- KAUFMANN, Arthur. Relativización de la protección jurídica de la vida? In: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 10 ed. Barcelona: Repertor, 2015, p. 39-54.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 175-198.

KLOEPFER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*. In: STARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 145-174.

KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Morte: estágio final da evolução*. Rio de Janeiro: Record, 1975.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. 4 ed. Padova: CEDAM, 2001.

MANZINI, Jorge Luis. Las directivas anticipadas para tratamientos médicos. In: KIELSTEIN, Rita et al. *La historia clínica orientada a valores y la aplicación del método narrativo em bioética*. Münster: Lit Verlag, 2002, p. 1-10.

MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal*. São Paulo: Liberars, 2018.

MANZINI, Jorge Luis. Las directivas anticipadas para tratamientos médicos. In: KIELSTEIN, Rita et al. *Directivas anticipadas: La historia clínica orientada a valores y la aplicación del método narrativo em bioética*. Münster: Lit Verlag, 2002, p. 1-10

MASCARENHAS, Igor de Lucena. A prática da eutanásia às margens da legislação: a lei condena e os jurados promovem a loteria jurídica. *Revista Civilística*, [s.l.], n. 2, p.1-16, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2019/09/Mascarenhas-civilistica.com-a.8.n.2.2019-2.pdf>. Acesso em: out/2019.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal; SIQUEIRA, José Eduardo de. Morte digna nos Estados Unidos da América: análise do caso Nancy Cruzan. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos tribunais*. São Paulo: Foco, 2020, p. 93-110.

MELO, Gisele Mendes de Souza e. Senescência x Senialidade. *Saúde Naval*, Salvador. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/saudenaval/content/senesc%C3%Aancia-x-senilidade>. Acesso em: out/2020.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 10 ed. Barcelona: Repertor, 2015.

MÖLLER, Leticia Ludwig. Discussões sobre direito de morrer no Direito Comparado – Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampederro. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (eds.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 217-235.

MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 225-240.

NEVES, Maria do Céu Patrão. A bioética de ontem, hoje e amanhã. Interpretação de um percurso. In: ARCHER, Luíz et al (coords.). *Novos desafios da bioética*. Porto: Porto Editora, 2001.

NOA Pothoven: adolescente vítima de abuso desiste de viver e morre ao lado dos pais. *BBC News*, São Paulo, 5 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48524674>. Acesso em: set/2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

O QUE são cuidados paliativos. *Academia Nacional de Cuidados Paliativos*. São Paulo. Disponível em: <https://paliativo.org.br/cuidados-paliativos/o-que-sao/>. Acesso em: set/2020.

OJER, Leticia Jericó. Tratamiento médico, consentimiento y derecho penal. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (org.). *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*. Lince: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, p. 293-315.

OLIVA, Milagros Pérez. La paradoja de la máquina y el derecho a morir. *El País*, Madrid, 08 de maio de 2018. Disponível em: https://elpais.com/elpais/2018/05/08/opinion/1525792931_326296.html. Acesso em: jun/2019.

ONU mantém proibição francesa a “lançamento de anões”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 de setembro de 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/reuters/ult112u22081.shtml>. Acesso em: nov/2019.

PALMER, Michael. *Problemas morais em Medicina: curso prático*. São Paulo: Loyola, 2002.

PARLAMENTO alemão aprova lei sobre testamento vital após longo debate ético. *DW*, cidade, 19 de junho 2009. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/parlamento-alem-%C3%A3o-aprova-lei-sobre-testamento-vital-ap%C3%B3s-longo-debate-%C3%A9tico/a-4406450#:~:text=Um%20testamento%20vital%20assegura%20ao,at%C3%A9%20o%20fim%20da%20vida.&text=A%20lei%20rec%C3%A9m%2Daprovada%20pelo,independentemente%20do%20est%C3%A1gio%20da%20doen%C3%A7a>. Acesso em: out/2019.

PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. A insustentabilidade da cláusula geral de bons costumes: pluralismo e laicidade da sociedade contemporânea. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 162-175, 2019.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil* (Projecto apresentado ao Governo). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.

PESSINI, Leo. A eutanásia na visão das grandes religiões mundiais – Budismo, Islamismo, Judaísmo, Cristianismo. *Revista O Mundo da Saúde*, São Paulo, v. 23, n. 5, p. 317-331, 1999.

PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Loyola, 2004.

PESSINI, Léo. Lidando com pedidos de eutanásia: a inserção do filtro paliativo. *Revista Bioética*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 549-560, 2010. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/584/590. Acesso em: out/2019.

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

POR dentro e por fora: como a depressão altera o corpo humano. *Medley*, Suzano, 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.medley.com.br/podecontar/quero-ajudar/por-fora-por-dentro>. Acesso em: out/2019.

RACHELS, James. Active and passive euthanasia. *The New England Journal of Medicine*, Waltham, v. 292, p. 78-80, 1975. Disponível em: https://sites.ualberta.ca/~bleier/Rachels_Euthanasia.pdf. Acesso em: out/2020.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di Diritto Penale*. 3 ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.

REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

RESENDE, Frederico Ferri de; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. Morte digna na Holanda: análise do caso Chabot. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos Tribunais*. Indaiatua: Editora Foco, 2020, p. 133-145.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *La Antijuridicidad*. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981.

RIBEIRO, Diaulas Costa (coord). *A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010.

RIBEIRO, Diego; BISCHOFF, Wesley. Tribunal de Justiça aceita novas denúncias do Ministério Público contra médica Virgínia Soares de Souza. *G1*, São Paulo, 09 de maio de 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/05/09/tribunal-de-justica-aceita-novas-denuncias-do-ministerio-publico-contramedica-virginia-soares-de-souza.ghtml>. Acesso em: set/2020.

RIBEIRO, Henrique Gonçalves; SARSUR, Marcelo. Morte digna na Suíça: análise do caso Hass. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos Tribunais*. Indaiatua: Editora Foco, 2020, p. 195-214.

ROCHA, Fábio Lopes; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Morte digna na Bélgica: análise do exercício da autonomia para morrer por pessoas com transtornos mentais. In: SÁ, Maria de Fátima; DADALTO, Luciana (coords.). *Direito e Medicina: A morte digna nos Tribunais*. Indaiatua: Editora Foco, 2020, p. 49-73.

RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 129-168.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio Assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPERO, Ramón. *Cartas do Inferno*. São Paulo: Editora Planeta, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6 ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo

Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15-43.

SILVA, Marcelo Sarsur. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito ao paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In: ESTELITTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 19-53.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS. *Guía de Cuidados Paliativos*. Madrid, 2014. Disponível em: https://www.secpal.com/biblioteca_guia-cuidados-paliativos_2-definicion-de-enfermedad-terminal. Acesso em: set/2020.

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

“TODO mundo já praticou eutanásia”: um médico conta como é a prática da eutanásia dentro dos hospitais. *El País*, São Paulo, 13 de maio de 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/07/politica/1431014377_836875.html. Acesso em: set/2019.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Vacco, Attorney, General of New York et al v. Quill et al* (nº 95-1858). Argued: January 8, 1997. Decided: June 26, 1997. Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep521/usrep521793/usrep521793.pdf>. Acesso em: out/2019.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

VENDRUSCOLO, Juliana. Visão da criança sobre a morte. *Revista da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*. Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, p. 26-33, 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/420/421>. Acesso em: mar/2020.

VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. 3 ed. México: Porrúa, 1975.

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

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 12 ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BIBLIOGRAFIA (obras consultadas)

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *O uso dos corpos*. São Paulo: Boitempo, 2017.

AIRES, Philippe. *Sobre a história da morte no ocidente desde a Idade Média*. 2 ed. Lisboa: Teorema, 1989.

ALAGIA, Alejandro. *El consentimiento en la dogmática penal: Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*. 16 ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. *Los delitos de homicidio*. Bogotá: Temis, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 2, n. 3, p. 3-13, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da bioética e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 91, p. 5-62, 1986.

BARBOSA, Marcelo Fontes. O consentimento do ofendido. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 178, 1995.

BARQUERO, Enrique Casas. La importancia del consentimiento en la teoria general del delito. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 11, n. 42, p. 213-230, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro e GANDRA, Ives Martins. *Comentários à Constituição do Brasil: 2º volume – artigos 5º a 17*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAYÉS, Ramon. *Afrontando la vida, esperando la muerte*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 6 ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

BIANCHINI, Alice. Anteprojeto de Código Penal: primeiras reflexões sobre alterações relativas ao crime de homicídio. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 6, n. 69, p. 10-11, 1998.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIZATTO, José Ildelfonso. *Eutanásia e responsabilidade médica*. 2 ed. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

BOEMER, Magali. *A morte e o morrer*. 3 ed. Ribeirão Preto: Holos, 1998.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 283-305.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Especial – Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Forense, 1966.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: Parte geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e Ortotanásia: Comentários à Resolução 1.805/06 CFM – Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

CALON, Eugenio Cuello. *Tres Temas Penales: el aborto criminal, el problema penal de la eutanasia, el aspecto de la fecundación artificial*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1955.

CANÊDO, Carlos Augusto; CHAMON JÚNIOR, Lúcio. Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma

teoria da adequabilidade normativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 36, 2001, p. 275-298.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Gomes; MENDES, Gilmar. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Autonomia do paciente e decisões ao final da vida. In: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito Biomédico: Espanha – Brasil*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011.

CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI, Marcelo. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CENEVIVA, Walter; GUERRA, Maria Aparecida de Telles. Doente terminal, destino de pré-embriões, clonagem e meio ambiente. *Cadernos de Bioética do CREMESP*, São Paulo, v. 1, 2005.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Liberdade para morrer. *Saúde e Direitos Humanos – Fundação Oswaldo Cruz (Ministério da Saúde)*, Brasília, n. 2, p. 11-14, 2005.

DEL VECCHIO, Giuseppe. *Morte benefica (l'eutanasia)*: Sotto gli aspetti etico-religioso, social, giuridico. Torino: Fratelli Bocca, 1928.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EDGE, Raymond; GROVES, John Randall. *The ethics of health care: a guide for clinical practice*. 3 ed. Albany: Delmar, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. A relevância da classificação do homicídio. *Boletim IBBCrim*, São Paulo, v. 3, n. 27, p. 3, 1995.

FERNANDES, José de Souza. Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia: Contribuições para o aprofundamento do biodireito a partir do magistério da Igreja. In: SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de. *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRI, Enrique. *Homicídio-Suicídio*. Madrid: Reus Editorial, 1934.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade de risco'. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Antijuridicidade. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 7, 1964.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Morrer humano. Considerações pró e contra o suicídio assistido e a eutanásia e a favor de sua desjurisdicização. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.) *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GARCÍA RIVAS, Nicolas (coord). *Compêndio de legislación penal*. Barcelona: Práxis, 1996.

GARCÍA RIVAS, Nicolas. Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente. *Revista Penal*, Madrid, n. 11, p. 15-30, 2003.

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

GIORDANI, Mário Curtis. *Direito Penal Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia: dono da vida, o homem é também dono da sua própria morte? In: MAIA NETO, Cândido Furtado (org.). *Notáveis do Direito Penal: Livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006, p. 259-264.

GONZALES, Maria Casado. *La eutanásia: aspectos éticos y jurídicos*. Madrid: Reus Editorial, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUERRERA, Ida Nicotra. *Vita e sistema dei valori nella costituzione*. Milano: Giuffrè, 1997.

GUIRAO, Rafael Alcácer. *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Apuntes sobre el concepto material del delito. Barcelona: Atelier, 2003.

HENNEZEL, Marie de; LELOUP, Jean-Yves. *A arte de morrer*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HUMPHRY, Derek e WICHETT, Ann. *El derecho a morir: Comprender la eutanasia*. Barcelona: Tusquets Editores, 1989.

HUNGRIA, Nelson. *Ortotanásia ou eutanásia por omissão*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Volume 1 – Tomo I*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. *Causas de exclusão da tipicidade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

JAKOBS, Günter. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAKOBS, Günter. *Suicídio, eutanásia e Direito Penal*. São Paulo: Manole, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. O Consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 94, 2000.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal: Tomo II – Filosofia y Ley Penal*. Buenos Aires: Losada, 1950.

JOMIER, Jacques. *Islamismo: história e doutrina*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KEHL, Renato. *Lições de eugenia*. 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1935.

KOVÁCS, Maria Julia. Bioética nas questões da vida e da morte. *Instituto de Psicologia da USP*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 115-167, 2003.

KUBLER-ROSS, Elisabeth. *A roda da vida*. 2 ed. Rio de Janeiro: GMT, 1998.

LACAVA FILHO, Nelson. *Responsabilidade penal do médico na perspectiva da sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LE GOFF, Jacques. *O imaginário medieval*. Lisboa: Estampa, 1994.

LOPES, Antônio Carlos; SOUZA LIMA, Carolina Alves de; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: Atheneu, 2012.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAGALHÃES, Délio. *Causas de exclusão de crime*. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal – Volume II*. São Paulo: Saraiva, 1956.

MARREY, Adriano. O problema do consentimento do ofendido e a eutanásia. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 42, p. 5-13, 1963.

MARTIN, Leonard. Eutanásia e distanásia: iniciação à bioética. *Revista do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, 1998.

MARTINS, José de Souza. *A morte e os mortos na sociedade brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1983.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 25 ed. Cidade do México: Porúa, 1975.

MELLO, Maria Antônia Lanzoni. *Da Capacidade jurídica do paciente terminal*. 2002. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

MENEZES, Evandro Corrêa de. *Direito de matar: eutanásia*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MESSETTI, Pablo André Stein; DALLARI, Dalmo de Abreu. Human dignity in the light of the Constitution, human rights and bioethics. *Journal of Human Growth and Development*. São Paulo, v. 28, n. 3, p. 283-289, 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/152176/148872>. Acesso em: out/2018

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MORALES, Ricardo Royo Villanova y. *Direito de morrer sem dor: o problema da eutanásia*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1993.

MORSELLI, Enrico. *L'uccisione pietosa: (L'Eutanasia) in rapporto alla medicina, alla morale ed all'Eugenica*. Torino: Fratelli Bocca, 1923.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: Morir con dignidade – Consecuencias jurídico-penales*. Buenos Aires: Universidad, 1994.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal: Introdução e Parte Geral*. 38 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *História del derecho a morir: análisis, histórico y antecedentes jurídico-penales*. Oviedo: Fórum, 1999.

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

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto: crimes contra a vida*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PEIXOTO, Aloísio Sayol de Sá. *Acusação de homicídio: suicídio*. Goiânia: Cultural Goiânia, 1976.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Volume I*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PÉREZ, Jesús González. *La dignidad de la persona*. 3 ed. Pamplona: Civitas, 2017.

PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?*. São Paulo: Loyola, 2001.

PESSINI, Leo. *Eutanásia e América Latina: questões ético-religiosas*. Aparecida: Santuário, 1990.

PESSINI, Leo. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. *Revista Bioética*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 39-60, 2005.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais da bioética*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1994.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIÑERO, Walter Esteves. O Princípio bioético da autonomia e sua repercussão e limites jurídicos. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 113-128, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMACCI, Fabrizio. *I delitti di omicidio*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

RAMACCI, Fabrizio. Statuto giuridico del medico e garanzie del malato. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 235-253, 2012.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula et. al. *Bioética: pessoa e vida*. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal*. 11 ed. Bogotá: Temis, 1990.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Viver bem não é viver muito. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 29, p. 17-20, 1999.

RIPOLLÉS, Diéz. *Suicidio y homicidio consentido: Delitos contra bienes jurídicos fundamentales – Vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993.

RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. El marco jurídico-penal de la eutanasia em el derecho español. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, v. 2, n. 13, 1987.

ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y Suicidio: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Dezembro, 2001.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2003.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *O direito penal liberal em Montesquieu*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SALIS, Manuel Iglesias. *Aborto, eutanasia y fecundación artificial*. Barcelona: Editora Dux, 1954.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTANA, Júlio César Batista; PESSINI, Leo.; SÁ, Ana Cristina de. Desejos dos pacientes em situação de terminalidade: uma reflexão bioética. *Enfermagem Revista*, Belo Horizonte, v. 18, p. 28-50, 2015.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: Bioética e biodireito – A necessidade do controle social das técnicas médicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 265-278, 1999.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Transplante de órgãos e eutanásia*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; SANTOS, José Américo. Anteprojeto de Código Penal: reflexões relativas ao crime de eutanásia. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 6, n. 69, p. 11-12, 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVESTRONI, Mariano. Eutanasia y muerte piadosa: la relevancia del consentimiento de 'la víctima' como eximente de la responsabilidad criminal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v.5, n. 9, p. 557-573, 1999.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. A eutanásia e os paradoxos da autonomia. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 207-221, 2008.

STANCIOLI, Brunello. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRIPODINA, Chiara. *Il diritto nell'età della tecnica: Il Caso dell'eutanasia*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 2004.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. Relevancia jurídico-penal de la eutanasia. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 37, p. 155-190, 1989.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Brasília: Conselho Editorial do Superior Tribunal de Justiça, 2006.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.