



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EUTANÁSIA: UMA ANÁLISE DA MORTE DIGNA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO
SUPRALEGAL DA ILICITUDE

Rafaela Cardozo Scafutto Scotton

Rio de Janeiro
2020

RAFAELA CARDOZO SCAFUTTO SCOTTON

EUTANÁSIA: UMA ANÁLISE DA MORTE DIGNA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO
SUPRALEGAL DA ILICITUDE

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientadora:

Prof^ª. Elisa Ramos Pittaro Neves

Coorientadora:

Prof^ª. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2020

RAFAELA CARDOZO SCAFUTTO SCOTTON

EUTANÁSIA: UMA ANÁLISE DA MORTE DIGNA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO
SUPRALEGAL DA ILICITUDE

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2020. Grau obtido: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador: Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ

Convidado: Prof. José Maria de Castro Panoeiro – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ

Orientadora: Prof^ª. Elisa Ramos Pittaro Neves – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À amada avó Inez, minha maior guerreira

AGRADECIMENTOS

Aos meus mentores espirituais, por nunca me abandonarem nessa árdua jornada.

Aos meus pais, por me apoiarem incondicionalmente no sonho da magistratura e por me darem condições de torná-lo realidade; por entenderem que muitas vezes foi preciso estar ausente; por me aconselharem quando tudo era muito difícil; por me amarem independentemente de qualquer desavença.

Ao meu irmão Bruno, pela amizade, carinho e união inigualável; por ser um sopro de ar fresco; por me fazer querer ser minha melhor versão; por me fazer acreditar em um mundo melhor; por ser esperança no horizonte.

Ao meu namorado Guilherme, pelo companheirismo; por sempre me ouvir pacientemente e entender todas as crises de ansiedade vividas; por acreditar em mim quando eu tinha muitas dúvidas; por ser um entusiasta do Direito e me fazer despertar para a pesquisa.

Às minhas grandes amigas Ana Gabriela, Ludmila, Giovanna e Sabrina, quem foram verdadeiros portos seguros durante todos esses anos; por termos compartilhado tantas lágrimas, aflições e sorrisos.

Aos meus compadres Paola e Gabriel e meu afilhado Arthur, minha família extensa que nunca duvidou da minha capacidade de alcançar meu sonho e que me proporcionou momentos de muita descontração e alegria nesse período em que as inúmeras responsabilidades me consumiam.

A todos os membros das famílias Cardoso e Scafutto, por sempre me apoiarem independente da distância que nos separava fisicamente.

Aos meus primeiros mentores, Drs. Vitor e Daniel, que foram responsáveis pela trilha inicial da minha vida profissional.

À Dra. Mônica, Juíza de Direito, que exerceu papel primordial para eu descobrir o amor pela magistratura e que me incentivou a ingressar na EMERJ. Por ter acreditado em mim antes de mim mesma, devo agradecimentos eternos.

Aos juízes Dr. José Maurício e Dr. Daniel, com quem atuei ao longo da EMERJ, por me ensinarem, com muita competência e maestria, lições sobre direito e sobre a vida e por me incentivarem a ser sempre uma profissional melhor.

Ao meu grande amigo Rafael, que sempre se fez presente nos momentos difíceis e que, muitas vezes, foi minha única família em situações que estive completamente sozinha.

Ao cãozinho Eddie, que me proporcionava os abraços mais gostosos quando eu mais precisava.

A todos que, de alguma forma, estiveram junto a mim nessa caminhada, meus sinceros agradecimentos!

“Mas eis a hora de partir: eu para a morte, vós para a vida. Quem de nós segue o melhor rumo ninguém o sabe, exceto Deus”.

Sócrates

SÍNTESE

A eutanásia é um tema que não muito se discute no Brasil, existindo pouca doutrina nacional que defenda o instituto. Diante dessa omissão, tanto legislativa quanto doutrinária, buscou-se estudar argumentos que sejam fortes o suficiente para, eventualmente, se alcançar uma mudança de paradigma na sociedade brasileira. O presente trabalho, com fulcro na dignidade da pessoa humana e na autonomia da vontade, defendeu que a morte digna deve representar um direito a ser reconhecido pelo ordenamento. Com essa intenção e na ânsia de buscar argumentos para isentar de responsabilidade penal um agente que pratica a eutanásia, a pesquisa se baseou no estudo do consentimento do ofendido e como ele pode ser aplicado como causa de exclusão supralegal da ilicitude nos casos eutanásicos. Para tanto, foi preciso estudar cada um dos requisitos de aplicação da teoria do consentimento do ofendido e, por fim, desconstruir a tese de que a vida é um bem jurídico indisponível.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Direito Constitucional; Dignidade Humana; Morte Digna; Eutanásia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EUTANÁSIA E DIREITO COMPARADO	12
1.1. Conceito e institutos correlatos	12
1.2. Evolução histórica da eutanásia	15
1.3. Países que admitem a eutanásia	17
1.4. A experiência na América Latina	25
1.5. A eutanásia no Brasil	29
2. TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS E SUA ÍNTIMA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	31
2.1. O conceito de bem jurídico e suas funções sociais: a limitadora e a justificadora ...	32
2.2. A tutela penal de bens jurídicos como um limite ao exercício da dignidade da pessoa humana	36
2.3. A morte digna como um direito constitucionalmente protegido	41
3. O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO SUPRALEGAL DA ILICITUDE NOS CASOS EUTANÁSICOS	46
3.1. Esforço conceitual do consentimento do ofendido	47
3.2. O consentimento como causa de exclusão supralegal da ilicitude	49
3.3. Requisitos de aplicabilidade do consentimento do ofendido nos casos eutanásicos .	54
3.3.1. Capacidade do ofendido	56
3.3.2. O consentimento e a questão da outorga familiar	59
3.3.3. Bens jurídicos disponíveis e a desconstrução da indisponibilidade da vida	63
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CFM – Conselho Federal de Medicina

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

FCECE – *Federal Control and Evaluation Committee on Euthanasia* ou Comitê Federal de Controle e Avaliação da Eutanásia

P. – Página

PL – Projeto de Lei

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como escopo discutir a possibilidade de aplicação do consentimento do ofendido na eutanásia, garantindo-se o direito à morte digna. O cerne da problemática está situado no Direito Constitucional e Penal. Constitucional porque se analisa como a eutanásia se relaciona com a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada. Penal porque se defende a possibilidade da aplicação do consentimento do ofendido nos casos eutanásicos, excluindo-se, portanto, a ilicitude do crime de homicídio, o que viabiliza o exercício da morte digna.

A legalização da eutanásia, apesar dessa ser uma prática milenar, é, relativamente, recente, porque foi com o surgimento da Ciência da Bioética que se passou a questionar sobre a influência do avanço tecnológico na vida humana. Nos últimos anos se observa um aumento significativo na expectativa de vida e, parte desse quadro é oriundo de uma medicina mais moderna que utilizou a tecnologia como um aliado na busca e aprimoramento de técnicas de longevidade.

No primeiro capítulo, traça-se um conceito de eutanásia e se apresenta um histórico do instituto, a fim de delinear seu desenvolvimento ao passar dos anos e as funções que assumiu a depender da sociedade. Buscou-se, também, fazer uma comparação entre o Brasil e os demais países do globo para que se entenda a diferença de tratamento conferida ao instituto em cada um dos ordenamentos jurídicos.

O segundo capítulo começa seu desenvolvimento a partir da teoria da tutela penal de bens jurídicos, demonstrando como se deu o seu surgimento e identificando a sua dupla acepção e como essas acepções interferem no ordenamento. Além disso, busca-se entender o papel assumido pela teoria no Direito Penal brasileiro e como ela pode representar um limite à dignidade da pessoa humana quando interpretada de maneira absoluta, dissociada da realidade social.

A partir desse momento se passa a estudar a maneira como a tutela penal de bens jurídicos se relaciona com o Direito Constitucional. Reforça-se a necessidade de reconhecer a autonomia de uma pessoa doente como um corolário da dignidade da pessoa humana, demonstrando que a vida não pode ser entendida de forma independente desse princípio constitucional.

É com esse argumento que se finaliza o segundo capítulo, construindo-se a ideia de que a morte digna é uma consequência do direito a uma vida digna, devendo ser tão protegida quanto

esse último. Assim, procura-se evidenciar a correlação entre eutanásia e Direito Constitucional, no intuito de se firmar a morte digna como um direito a ser protegido de maneira tão veemente quanto à vida.

Já o terceiro e último capítulo tem o intuito de legitimar o direito à morte digna com base no ordenamento já existente. Para tanto, sustenta-se que a eutanásia pode e deve ser reconhecida como uma causa de exclusão supralegal da ilicitude, levando-se em consideração que o consentimento do ofendido é assim compreendido.

Assim, desenvolveu-se o estudo sobre a capacidade do ofendido, diferenciando a capacidade civil da penal e apresentando posicionamento que entende pela cumulação de ambos para autorização da eutanásia. Tudo isso com o intuito de fortalecer o argumento de possibilidade de o consentimento na eutanásia afastar a ilicitude do delito de homicídio.

Posteriormente, ainda no último capítulo, focou-se no estudo sobre o consentimento propriamente dito, buscando traçar o que lhe confere validade e quais os vícios que o tornariam nulo, de modo que subsistiria o crime de homicídio e afastar-se-ia a eutanásia. Problematizou-se a questão da possibilidade da outorga familiar quando o ofendido não tiver mais condições mentais de emitir o consentimento, apresentando posicionamentos a favor e contra. Concluiu-se pela impossibilidade da decisão ser tomada pela família, tendo em vista que isso exigiria a legalização da eutanásia e esse não é o objeto da pesquisa, mas sim a possibilidade de ser legitimada pelo ordenamento já existente.

Por fim, desconstruiu-se a tese de que a vida é um bem jurídico indisponível ao se valer do argumento de que não existem bens irrenunciáveis, sendo necessário sempre analisar o caso concreto. Além disso, retomou-se a discussão constitucional de que a eutanásia deve ter sempre como parâmetro a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade.

Ante todo o exposto, conclui-se que o presente trabalho se pauta em uma pesquisa jurídica qualitativa, realizada, inicialmente, com fulcro em um direito comparado e, posteriormente, no estudo da doutrina brasileira sobre temas relacionados à Bioética, concatenando, primordialmente, três ramos essenciais do direito: Constitucional, Penal e Civil.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EUTANÁSIA E DIREITO COMPARADO

O objeto desse primeiro capítulo é prestar esclarecimentos iniciais sobre o tema da presente pesquisa, apresentando um conceito sobre eutanásia e diferenciando-a de institutos similares, como a ortotanásia e a distanásia.

Além da conceituação, este capítulo se preocupou com a evolução histórica da eutanásia, a fim de demonstrar como ela pode assumir funções distintas, servindo tanto como um mecanismo de humanidade como de crueldade.

Traçou-se, também, um direito comparado entre o Brasil e países europeus, latinos e os Estados Unidos, com a finalidade de elucidar o atraso da legislação brasileira em relação às demais.

1.1. Conceito e institutos correlatos

A palavra eutanásia tem origem na expressão grega *euthanatos*. Analisando simplesmente a etimologia, *eu* significa bom, enquanto *thanatos*, morte. Logo, o sentido de eutanásia seria morte boa. Alguns entendem, ainda, como sendo morte piedosa ou homicídio humanitário.

Esse último não traz uma boa definição do que é a eutanásia, porque a palavra homicídio é dotada de carga negativa, por se tratar de uma conduta típica, ilícita e culpável, prevista nos ordenamentos jurídicos penais e a eutanásia, como será tratado mais adiante, nem mesmo poderá ser considerada crime por ausência de ilicitude. Assim, ao tratá-la como um homicídio, mesmo que piedoso, acaba-se por firmar, de antemão, um obstáculo ao estudar o instituto.

O conceito de eutanásia trazido pelo dicionário Houaiss¹ se apresenta em duas acepções. Na acepção médica, é traduzida como sendo o ato de proporcionar morte sem sofrimento a doente incurável, vítima de dores insuportáveis. Na acepção legal, seria o direito de matar ou morrer por tal razão. Marcello Ovidio Lopes Guimarães² trata a eutanásia como “forma de antecipação deliberada e intencional do processo natural da morte, praticada por compaixão por outrem”.

O primeiro registro de utilização da palavra foi no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon. Estudioso da vida dos seres vivos, tentou por meio de sua obra *História da Vida e Morte*, encontrar parâmetros para o prolongamento da vida.

¹ HOUAISS. *Mini Houaiss Dicionário da Língua Portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 337.

² GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Eutanásia: novas considerações penais*. Leme: JH Mizuno, 2011, p. 25

Malgrado sua busca por descobrir o que conferia longevidade aos seres humanos, a filosofia baconiana não enxergava sentido no prolongamento de uma vida sem viabilidade, defendendo, portanto, uma boa morte. Foi nesse contexto em que se cunhou a expressão *outward euthanasia*³ que pode ser traduzida como eutanásia exterior que ocorreria quando a boa morte viesse de fora, ou seja, quando houvesse intervenção médica para auxiliar o enfermo a morrer de forma tranquila.

Verifica-se uma mudança de sentido da eutanásia baconiana para a dos dias atuais. Segundo Francis Bacon⁴, a eutanásia se justificava por ser um tratamento *per si*, já que deveria ser administrada quando não houvesse mais chances de cura para o paciente. Atualmente, ela é verdadeiro direito, inerente à vida humana, e não mais um fim em si mesma.

Alguns autores, como Débora Diniz⁵ diferenciam eutanásia ativa de passiva, sendo que essa se daria quando se subtrai do paciente os medicamentos e aparelhos necessários para a sobrevivência e aquela quando se induz a morte do paciente. No entanto, não parece correta essa distinção.

A eutanásia exige, necessariamente, uma atividade do profissional, como ocorre no caso de se subtrair um medicamento ou aparelho, porque nesse caso existe uma ação. Já a conduta omissiva, de não ministrar o tratamento ou medicamento, enquadra-se no conceito de ortotanásia, mesmo que a sobrevivência do paciente, após a omissão médica, seja de poucos segundos.

Nesse sentido, é o que escreve José Afonso da Silva⁶:

Cumprir observar que não nos parece caracterizar eutanásia a consumação da morte pelo desligamento de aparelhos, que, artificialmente, mantenham vivo o paciente, já clinicamente morto. Pois, em verdade, a vida já não existiria mais, senão vegetação mecânica. Ressalte-se, é evidente, culpa ou dolo na apreciação estado do paciente.

Desta sorte, a ortotanásia é uma morte natural, na qual o paciente ou seus familiares decidem por não aderir a tratamento que vise o prolongamento da vida. Na ortotanásia, não há qualquer interferência médica que cause a morte do paciente, essa acontece pelo curso natural

³ ZATERKA, Luciana. Francis Bacon e a Questão da Longevidade Humana, *Revista Scientiae Studia*, São Paulo, nº 3, 2015, p. 512.

⁴ BACON, Francis. *History of Life and Death*. Disponível em: < <https://freeditorial.com/en/books/history-of-life-and-death>>. Acesso em: 20 abr. 2019. [*e-book*].

⁵ DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-307.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 37. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014, p. 205.

da doença, existe, na realidade, uma omissão do profissional da saúde, que deixa de ministrar o tratamento.

Diferencia-se, portanto, da eutanásia, na qual há uma conduta comissiva do médico. A morte não é natural, mas produzida de alguma forma. Quando se subtrai medicamentos e aparelhos de um paciente, o que há, em verdade, não é omissão, mas ação e, se há ação, trata-se de eutanásia, tornando-se inócua a discussão se passiva ou ativa.

Importante ressaltar que a ortotanásia é autorizada na área médica, já há alguns anos, mas antes de 2006, ainda havia uma certa insegurança dos profissionais de saúde quanto à sua prática, porque o Código de Ética Médica de 1988⁷, em seu art. 57 vedava a ortotanásia. Para trazer maior segurança, editou-se a Resolução nº 1.805/06⁸ do Conselho Federal de Medicina que, em seu preâmbulo, legitimou a suspensão ou limitação de procedimentos médicos que visem, exclusivamente, prolongar a vida do paciente.

Na contramão da ortotanásia, está a distanásia, a qual também é pautada em uma conduta comissiva, mas para prolongar, ao máximo, a vida do paciente. Consiste em utilizar métodos que mantenham a pessoa viva, mesmo que em estado vegetativo e irreversível.

Por muitos anos, a distanásia foi o que predominou, já que o profissional de saúde tinha o dever de manter o paciente vivo e não olvidar esforços para impedir a morte, independentemente de sua vontade e das consequências do tratamento. Tal conduta médica encontrava respaldo no antigo Código de Ética Médica que vedava qualquer ato que não fosse no sentido de prolongamento da vida.

No entanto, em 2009 entrou em vigor um novo Código, mais preocupado com a qualidade de vida dos pacientes do que com a sua longevidade. Com isso, rompeu-se um paradigma, trazendo uma grande evolução para os doentes terminais e incuráveis, porque eles deixam de ser vistos como um objeto de tratamento para passarem a ser sujeitos de direitos. Nesse sentido, Débora Diniz⁹:

[...] boa morte seria aquela resultante de uma combinação de princípios morais, religiosos e terapêuticos. Não basta uma boa Medicina para garantir a boa morte, é preciso um cuidado respeitoso com as crenças e valores que definem o sentido da vida e da existência para que se garanta a experiência de uma boa morte para pessoa doente. Nesta interpretação, a eutanásia converte-se em um ato de cuidado e de respeito a direitos fundamentais, em especial à autonomia, à dignidade e ao direito a estar livre de tortura.

⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.246*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.805*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁹ DINIZ in SARMENTO; PIOVESAN, op.cit., p. 295-307.

Dessa forma, a eutanásia deixa de ser entendida apenas como uma morte boa, em que uma pessoa intervém para retirar a vida de outrem a fim de lhe fazer cessar a dor de uma enfermidade. Ela passa a ser um ato de cuidado, em que o olhar se volta para o paciente, quem deve receber toda assistência necessária, e também para todos os direitos inerentes à pessoa humana, de modo que ele seja conduzido não só à uma morte boa, mas, sobretudo, à uma morte digna.

1.2. Evolução histórica da Eutanásia

A Eutanásia é prática milenar, conhecida desde os primórdios da humanidade, embora ainda não recebesse essa denominação. No livro mais antigo conhecido pelo homem, a Bíblia Sagrada¹⁰, já se constata uma passagem eutanásica quando Saul, ferido na guerra, suplica ao seu escudeiro que o mate com a espada para que não ficasse a sorte de seus inimigos.

Essa é a Eutanásia na sua forma mais primitiva, já que nesse cenário ela era praticada exclusivamente com o intuito de abreviar a dor de alguém que se encontrava gravemente ferido e com pouca ou nenhuma chance de sobreviver aos ferimentos. Percebe-se que não havia uma preocupação em retirar a vida de alguém, mas em fazer cessar um sofrimento extremo.

Ao longo da história humana a Eutanásia assumiu mais de um papel. Além de adotar um cunho humanitário, sendo essa a sua primordial característica, a eutanásia também já foi utilizada com fins eugênicos e econômicos.

Em um viés eugênico, era tida como uma maneira de purificar a raça humana, quase que como uma espécie de seleção artificial, já que aqueles que nasciam com alguma deficiência ou deformidade física deveriam ser mortos para que não passassem a condição defeituosa para as demais gerações. O maior exemplo que se tem da eutanásia eugênica foi na Alemanha nazista, onde se propagava a ideia de purificação da raça ariana, com a eliminação do povo judeu. Na sociedade céltica, a eutanásia também foi muito praticada com fins eugênicos.

Já em um sentido econômico, ela era praticada no intuito de controlar a economia do Estado, que acabava despendendo altos valores com os idosos, que deviam ser assassinados quando passassem a gerar mais gastos do que renda, porque isso acarretava um desequilíbrio aos cofres públicos. Assim, a solução encontrada era eliminar a fonte de despesa estatal.

¹⁰ BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995, p. 450

Era o que ocorria no Império Romano. Quando o idoso gerava mais despesa do que renda ao governo, ele era morto, porque os recursos eram insuficientes para manter todo o aparato estatal. Dessa forma, a eutanásia nessa sociedade tinha função primordialmente econômica.

Porém, a eutanásia também era praticada com cunho humanitário, principalmente porque as sociedades da Idade Antiga eram eminentemente militares. Logo, era comum abreviar o sofrimento do soldado ferido em batalha assassinando-o.

Posteriormente, Roma acabou reconhecendo também a eutanásia humanitária como medida de interesse e benefício do indivíduo. Tanto que o Imperador César autorizava a morte dos gladiadores que haviam sido feridos em batalha¹¹.

Na Grécia, eram admitidas práticas semelhantes às de Roma, já que os idosos e recém-nascidos defeituosos eram arremessados do alto de um monte. Isso porque, a sociedade da época era primordialmente militar, então não se admitiam crianças com qualquer tipo de deformidade. Primeiro porque poderiam passar essa condição para as gerações futuras, então a eutanásia tinha intuito eugênico e segundo porque os defeituosos, assim como os idosos, tinham alto custo de manutenção, já que não podiam contribuir financeiramente. Nesse último caso, a eutanásia tinha intuito econômico.

As grandes tribos indígenas viajantes tinham o costume de abandonar os idosos para trás, quando eles estavam muito doentes para aguentar a viagem, para que morressem de fome e frio. Essa cultura, apesar de parecer cruel, tinha mais a ver com um estado de necessidade propriamente dito do que com a eutanásia, já que se fossem levados, certamente o restante da tribo acabaria morrendo junto com eles, porque não havia alimento para todos. Logo, levá-los, significava comprometer a própria vida.

Com o advento dos anos, já na Idade Média, a eutanásia perdeu um pouco da função eugênica e econômica e debruçou-se sobre ela um olhar mais humanitário. Isso porque, em razão de uma evolução social, foi adotada uma política menos drástica para a questão dos idosos e dos deficientes.

Os Estados buscaram estabelecer formas de arrecadação de impostos, fazendo com que os idosos não fossem tanto mais um peso econômico para o Estado, já que eles passaram a contribuir tributariamente. Houve, também, uma evolução da medicina que se preocupou em estudar as doenças e curar os pacientes deficientes, ficando de lado a ideologia de que eles deviam ser exterminados.

¹¹ KÓVCS, Maria Júlia. *Bioética nas Questões da Vida e da Morte*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 53

Foi nesse período humanitário que surgiu o trabalho de Thomas More¹², quem, em uma das passagens de sua obra *Utopia*, defende que os doentes deveriam ser tratados de maneira a contribuir para a saúde deles ou alívio. Quanto aqueles acometidos por doenças incuráveis, sustentava que deviam ser utilizadas todas as formas possíveis de animá-los e de trazer mais conforto para suas vidas.

No entanto, se ainda assim eles fossem acometidos por dores insuportáveis e sem esperança de melhora, os padres e magistrados poderiam encorajá-los a morrer, já que a vida havia se tornado um fardo. Assim, nesse caso, a morte os libertaria.

More acreditava que se as pessoas que viviam sob essas condições decidissem por morrer, elas encontrariam uma vida feliz após a morte, porque seguiram o conselho de seus padres, que são os mensageiros da palavra de Deus. Caso o enfermo optasse por prosseguir com a vida, o tratamento continuava sendo a ele ministrado, porque ninguém pode ser compelido à morte. Se esses, que optaram pelo tratamento, praticassem suicídio sem autorização do padre ou do governo, seus corpos deixavam de ser honrosos de um funeral descente, pelo contrário, deveriam ser jogados em uma cova qualquer.

Dessa sorte, Thomas More, já no século XVI, defendia a eutanásia como forma de interromper pacientes com doenças incuráveis de sentir as dores da enfermidade. Sua obra descreve com maestria o instituto ora estudado, deixando claro que ela é uma escolha do paciente, que não pode ser obrigado, contra sua vontade, a ser eutanasiado.

A passagem no livro de More reforça a evolução histórica apresentada nesse capítulo e a qual passou a Eutanásia para que pudesse ser entendida como hoje é. Em tempos bíblico, apenas uma forma de libertar alguém da dor da morte iminente. Na Idade Antiga, além de libertação da dor, era maneira de equilibrar as contas estatais e de purificar a raça humana. Finalmente, já na Idade Média, em um sentido humanitário, como forma de dignificar a vida de uma pessoa e de libertá-la de uma morte indigna.

1.3. Países que admitem a Eutanásia

Alguns países optaram por legalizar a eutanásia em seus ordenamentos jurídicos, de modo que não caracteriza crime a conduta que interrompe a vida de paciente acometido por uma doença grave. No entanto, em razão da soberania, cada um desses Estados adotou um

¹² MORE, Thomas. *Utopia*. Disponível em: <<https://www.planetebook.com/free-ebooks/utopia.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2019 [e-book]

parâmetro para legitimar ou não a prática da eutanásia, tornando-se imperioso um estudo comparado entre as legislações, a fim de apontar os pontos positivos e negativos.

A Holanda foi o primeiro país a tolerar a eutanásia, embora a lei faça pouca ou nenhuma referência ao termo. O caso emblemático que originou a discussão foi o caso Postma, ocorrido em 1973, após uma médica ser condenada pela morte de sua mãe¹³. Geertruide Postma era uma médica holandesa que tinha uma mãe doente terminal que lhe suplicava, reiteradamente, a morte. Atendendo ao pedido de sua mãe, a médica a administrou uma superdose de morfina, que culminou em sua morte. Em razão desses fatos, ela foi condenada na esfera criminal.

A partir desse episódio, em razão da grande comoção da sociedade, a jurisprudência sofreu uma mudança e começou a se inclinar pela possibilidade da prática da eutanásia, o que culminou na edição da Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido. Importante destacar que o direito holandês faz distinção entre a eutanásia ativa e passiva. Naquela, o médico deve ministrar o medicamento que leva o paciente à morte, nessa, impede-se o tratamento.

O que a Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido fez, foi alterar o artigo 293 do Código Penal holandês para passar a constar uma cláusula de excludente de ilicitude, antes não prevista. Assim, não houve uma legalização da eutanásia, mas passou-se a tolerar a sua prática pelos médicos, desde que observados certos limites legais. Assim, a eutanásia realizada por pessoa não médica continua sendo fato típico, ilícito e culpável, como outro crime qualquer¹⁴.

Além disso, a legislação traz os balizadores para a o término da vida, ou seja, requisitos legais que se não forem observados, o médico poderá sofrer uma repressão pela lei penal. Primeiramente, determinado o diagnóstico, o paciente deve ser informado sobre sua situação, de modo que não lhe restem dúvidas de como a doença evoluirá e quais as consequências a longo prazo.

Para que o médico possa prescrever a eutanásia, deve ficar evidenciado que essa será a melhor solução e que não há perspectiva de melhora/cura da doença e que o sofrimento será

¹³ SOUZA, Pablo Nicolas; ESSARTS, Marcelle Naomi; VENÂNCIO, Nandara Borges; OLIVEIRA, Raíssa Neves. Suicídio assistido e eutanásia: quem tem o direito de julgar? *Revista Ideia*, Uberlândia, v. 9, n. 1, p. 145-164, 2018, p. 154

¹⁴ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e a Constituição Holandesa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 357-378, jan./dez. 2008

insuportável. Essa conclusão não pode ser constatada apenas pelo médico que acompanha o paciente, deve ser consultado um profissional independente, diferente do que deu o diagnóstico.

Após todos esses trâmites, o paciente solicita a eutanásia ao seu médico. A tomada de decisão deve ser voluntária, bem pensada e informada. Deve ficar comprovado que o paciente deseja a morte de maneira inequívoca. Ressalte-se que a realização da eutanásia, por se tratar de uma morte não-natural, deverá ser comunicada ao Instituto Médico Legal, motivadamente e ela precisa ser executada de maneira cuidadosa.

A lei autoriza três modalidades de eutanásia para os menores de idade: a prevista para pacientes que contam com 16 (dezesseis) anos ou mais e que não podem mais expressar sua vontade, mas, antes da incapacidade, autorizaram a prática da eutanásia por meio de declaração subscrita; a para pacientes entre 16 e 18 anos que, mediante participação de seus pais na tomada de decisão, solicitaram a eutanásia e para os pacientes entre 12 e 16 anos, os quais os pais concordaram com a eutanásia.

Dessa sorte, em resumo, no cenário holandês, a eutanásia constitui uma excludente de ilicitude garantida aos médicos que a pratiquem, observados os requisitos legais. De qualquer forma, o médico não está obrigado a cumprir o desejo do paciente, podendo se recusar a eutanasiá-lo.

A Bélgica seguiu a Holanda e também normatizou a eutanásia, no entanto, diferenciou-se dessa, porque sua legislação se utilizou da expressão “eutanásia” para designar a morte piedosa. A lei belga é muito similar à holandesa, trazendo, basicamente, os mesmos requisitos.

Houve uma inovação em relação à Holanda, porque a lei belga define o que é a eutanásia, diferentemente da lei holandesa que não o fez, tratando-a como sendo a conduta pela qual uma pessoa coloca fim, intencionalmente, na vida de outra e a partir de seu pedido escrito¹⁵.

A eutanásia foi legalizada no Estado Belga em 28 de maio de 2002 e estabeleceu como parâmetros para a solicitação da eutanásia o paciente ser adulto ou emancipado, devendo ser legalmente capaz e consciente no momento em que for feito o requerimento para eutanásia. Esse requerimento deve ser voluntário, bem considerado, reiterado e expresso, sem qualquer pressão externa.

O paciente deve estar em uma condição médica de desesperança, acometido por sofrimento físico ou psicológico constante e insuportável que não pode ser aliviado, ademais, a situação deve ser decorrente de uma doença séria e incurável ou de um acidente. Assim, a severa condição médica é um pré requisito para se eleger a eutanásia.

¹⁵ BÉLGICA. *The Belgian Act on Euthanasia*. Disponível em: <<http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?TABLE=EP&ID=59>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Superada essa parte material, a lei estipula uma parte formal, procedimental, na qual o médico que acompanha o paciente que fez o requerimento para a eutanásia deve consultar outro profissional, que não conhece o paciente e nem tenha relação com o médico que diagnosticou a doença.

Esse médico irá examinar o caso, estudá-lo e chegar a conclusão de que de fato o sofrimento daquele paciente não pode ser aliviado. Se for concluído que não há expectativa de que o paciente morra em um futuro próximo, deve ser consultado um terceiro médico que seja psiquiatra ou especialista na doença do paciente. Além de todo esse procedimento, a lei exige um período de espera de 1 (um) mês para que seja realizada a eutanásia, a fim de permitir o amadurecimento da decisão do paciente.

Outra parte do procedimento é que o Comitê Federal de Controle e Avaliação da Eutanásia (FCECE - Federal Control and Evaluation Committee on Euthanasia) deve ser notificado sobre o caso. Depois de realizar a eutanásia, o médico deve preencher um formulário de registro, que foi desenvolvido pelo FCECE, o qual será remetido ao órgão no prazo máximo de quatro dias após o procedimento.

Isso é, em linhas gerais, o que a lei belga exige para que seja realizada a eutanásia sem que o médico sofra qualquer punição a nível criminal. Assim como a Holanda, a eutanásia na Bélgica só pode ser realizada por um médico.

Até 2002, a eutanásia era um procedimento limitado aos adultos e menores emancipados. No entanto, em 2014 foi aprovada uma lei, que alterou a legislação, a qual passou a prever a possibilidade de realização do procedimento eutanásico em crianças de qualquer idade, desde que o menor seja capaz de tomar a decisão. Isso fez a Bélgica ser o primeiro país a legalizar a eutanásia para menores sem qualquer restrição de idade.

No caso de menores de 12 anos, o procedimento regular sofre algumas alterações. O paciente deve estar acometido por doença terminal e em estágio de dores físicas insuportáveis. Além disso, a criança deve possuir capacidade de discernimento e ter a capacidade mental para se tomar decisões sobre vida e morte.

Ademais, deve ter acesso ao caso um psiquiatra ou psicólogo especializado em terapia de crianças e jovens. A decisão de fazer ou não o requerimento para a eutanásia é tomada com a aprovação dos pais da criança ou seus guardiões legais. Deve ser oferecida à criança a possibilidade de suporte psicológico.

Desta sorte, a eutanásia na Bélgica, apesar de seguir, basicamente, a mesma legislação que a Holanda, dela difere, desde o ano de 2014, na questão de quem pode ser objeto de

eutanásia, já que a lei holandesa não autoriza a prática em menores de 12 anos, enquanto a lei belga autoriza em qualquer menor.

Luxemburgo passou a tratar sobre a eutanásia a partir de março de 2009 quando editou duas leis, sendo uma sobre cuidados paliativos, diretiva antecipada e cuidados de fim de vida e outra sobre a eutanásia, suicídio assistido e as disposições do fim da vida. A legislação luxemburguesa define a eutanásia como um ato médico pelo qual um médico intencionalmente encerra a vida de uma pessoa mediante pedido expresso e voluntário¹⁶.

Para que o paciente solicite o procedimento etuanásico, ele deve: estar consciente no momento de sua solicitação, ser maior de idade e capaz, ter tomado a decisão sem pressão externa, estar em uma situação médica sem perspectiva de melhora após um acidente ou patologia, sofrer dessa situação física ou psicológica de forma constante e insuportável, sem perspectiva de melhora.

Nem o menor e nem o incapaz podem solicitar a eutanásia ou o suicídio assistido em Luxemburgo. Os pais, guardiões, tutores e curadores não podem suprir a necessidade do requerimento ser formulado pelo paciente. Preenchidos os requisitos previstos em lei, a pessoa adulta, capaz e consciente pode fazer um pedido direto de eutanásia. Esse pedido deve ser registrado por escrito, incluir informações de contato e deve ser datado e assinado.

Se o paciente não for capaz de escrever e assinar a sua inscrição, o pedido pode ser registrado por um maior de escolha do paciente, na presença do médico assistente. Aquele que vai subscrever o pedido deve mencionar que o paciente está em incapacidade física permanente para escrever o próprio pedido e indicar os motivos dessa incapacidade.

A lei prevê, ainda, algo chamado "arranjos de final de vida". Nesse caso, o pedido eutanásico é feito antecipadamente para que a eutanásia seja praticada em um período mais tarde da vida do paciente, quando ele já tiver perdido a consciência de maneira irreversível. Qualquer adulto e pessoa capaz pode determinar as disposições do fim de vida e as circunstâncias e condições da prática da eutanásia, no caso de ela não poder mais expressar sua vontade.

Se a pessoa estiver impossibilitada de elaborar e assinar as suas disposições sobre o fim da vida, a sua vontade pode ser registrada na presença de duas testemunhas por uma pessoa da sua escolha.

¹⁶ LUXEMBURGO. *Aprenda sobre um pedido de eutanásia ou suicídio assistido*. Disponível em <<https://guichet.public.lu/fr/citoyens/famille/euthanasie-soins-palliatifs/fin-de-vie/euthanasie-assistanc e-suicide.html>>. Acesso em: 03 jun. 2019

As disposições do fim de vida devem ser registradas na Comissão Nacional de Controle e Avaliação. Essa comissão deve solicitar, uma vez a cada cinco anos, a partir da data de registro de disposição de fim de vida, a confirmação da vontade do declarante.

Na Suíça a eutanásia não foi legalizada, mas é permitido o suicídio assistido, tanto pelo Código Penal de 1942, quanto pelo Código de Ética Médica. É a partir de uma leitura sistemática desses diplomas legais que surge a legislação acerca do tema.

O art. 115 do Código Penal Suíço¹⁷ dispõe que qualquer um que, por motivações egoístas, tenha levado alguém a cometer suicídio ou o tenha ajudado a fazê-lo, será punido com pena de prisão de até cinco anos ou multa se o suicídio foi realizado ou tentado. Já o Código de Ética Médica autoriza os médicos a providenciarem o suicídio assistido em certas circunstâncias, quando eles entendem que o fim da vida está perto ou quando o paciente está em estágio terminal.

A legislação suíça é insuficiente para assegurar uma isenção de responsabilidade e, por esta razão, a Corte Europeia de Direitos Humanos determinou que fosse editada regulamentação sobre prescrição de medicamentos letais como o que é utilizado no suicídio assistido, mas o Conselho Federal decidiu pela desnecessidade da lei, entendendo que a que vige atualmente é suficiente.

Essa legislação nebulosa existente na Suíça, bem como a regulação restrita existente nos outros países da Europa, resulta em um fluxo de pessoas que vão para o país com o único propósito de praticar o suicídio assistido. Atualmente, existem seis organizações voluntárias voltadas para o direito de morrer que oferecem o suicídio assistido aos seus membros. Quatro dessas seis organizações oferecem a possibilidade de suicídio assistido para aqueles que não são suíços ou que não residam na Suíça, mas que vêm de outros países europeus¹⁸, situação que ficou conhecida como turismo do suicídio.

Esse é o quadro europeu sobre a regulamentação da eutanásia. Percebe-se que existem pontos de contato entre as legislações, principalmente em relação aos requisitos exigidos para se requerer o procedimento eutanásico. A grande diferença é a natureza jurídica que a eutanásia assume a depender da legislação. Por exemplo, enquanto que na Holanda a natureza é de excludente de ilicitude, na Bélgica e Luxemburgo, o fato é atípico.

¹⁷ SUÍÇA. *Código Penal*. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html#a115>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

¹⁸ GAUTHIER S; et al. Suicide Tourism: a pilot study on the Swiss phenomenon. *J Med Ethics*. Zurich, p. 1-7, aug. 2014.

Em fevereiro de 2020, o parlamento português aprovou cinco projetos de leis que legalizam a eutanásia no país¹⁹. O PL determina que poderão se eleger à prática os moradores do país, maiores de idade, portadores de doenças incuráveis e em fase de sofrimento duradouro e insuportável. Ainda não houve sanção presidencial, de modo que a legislação não está em vigor. Caso seja sancionada, Portugal será o mais novo Estado europeu a legalizar a prática da eutanásia, garantindo à sua população o direito à morte digna.

Já nos Estados Unidos, em razão da autonomia dos estados federativos, cada um desses entes enfrenta a questão da eutanásia de uma maneira. O primeiro estado americano a abordar a questão foi Oregon, em 27 de outubro de 1997, quando publicou o ato de morte digna, o qual autoriza que pacientes residentes no estado de Oregon, terminalmente enfermos, terminem suas vidas por meio de administração própria de medicação letal, expressamente prescrita por médico²⁰.

Assim, não houve uma legalização da eutanásia, mas apenas do suicídio assistido, da mesma maneira como ocorreu na Suíça. No entanto, há de se observar a diferença entre a legislação do estado de Oregon e da Suíça, na medida em que essa autoriza qualquer europeu a se valer da lei, enquanto que aquele exclui da aplicabilidade da legislação aos demais estadunidenses, não residentes no estado.

A lei tem como requisitos o paciente ser adulto e capaz, possuir doença terminal e o diagnóstico tem que ter constatado que a expectativa de vida é de 6 meses ou menos²¹. Dessa forma, apenas se autoriza o procedimento em casos de morte iminente.

Após ser feito o requerimento, passa-se às formalidades do início do procedimento. A lei exige que dois médicos confirmem a residência, diagnóstico, prognóstico, condição mental e a voluntariedade do pedido do paciente. Além disso, deve-se observar dois períodos de espera. O primeiro se dá durante o pedido oral de requisição da morte assistida e o segundo ocorre durante o recebimento e preenchimento da prescrição da morte assistida.

Seguindo o estado de Oregon, surgiu o ato de morrer com dignidade no estado de Washington em março de 2009. Em 1991 houve a primeira iniciativa significativa de tentar legalizar de alguma forma a eutanásia, no entanto, a iniciativa foi frustrada por 46% a 54%²².

¹⁹ VEJA. *Parlamento de Portugal aprova legalização da eutanásia*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/parlamento-de-portugal-aprova-legalizacao-da-eutanasia/>>. Acesso em 26 mar. 2020

²⁰ ESTADOS UNIDOS. *Oregon's Death with Dignity Act*. Disponível em <<https://www.oregon.gov/oha/PH/ProviderPartnerResources/Evaluationresearch/deathwithdignityact/Pages/index.aspx>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

²¹ ESTADOS UNIDOS. *Death With Dignity Acts*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/learn/death-with-dignity-acts/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

²² ESTADOS UNIDOS. *Washington Death with Dignity Act: A History*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/washington-death-with-dignity-act-history/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

A legislação de Washington é muito similar à de Oregon. Em 2017, houve uma proposta de emenda à lei para passar a constar no texto legal que o médico assistente deverá informar ao paciente as alternativas viáveis para o seu tratamento. Referida alteração ainda tramita no Senado do Estado de Washington.

O estado de Montana não tem legislação que regule sobre a eutanásia ou o suicídio assistido. Porém, por decisão da Suprema Corte de Montana, no caso *Baxter vs Montana*, decidiu-se que não há nenhuma lei no estado que proíba um médico de prescrever medicação que acelerasse a morte de um paciente capaz, terminalmente doente, após requisição deste²³. Assim, apesar de não existir lei regulamentando o tema, há uma tolerância para a prática do suicídio assistido, desde que observados os parâmetros estabelecidos no caso decidido pela Suprema Corte²⁴.

Em Vermont, o suicídio assistido foi legalizado em 20 de março de 2013 a partir da assinatura do Ato 39, que trata sobre a escolha e controle do paciente no fim de vida, sendo o primeiro estado do País a aprovar um ato de morte com dignidade por meio de processo legislativo. Os requisitos exigidos por lei são: o paciente estar sofrendo de doença terminal, que será atestada pelo exame e reexame do histórico do paciente; ser capaz; a decisão de fim de vida tem que ser informada; deve se fazer um requerimento voluntário para liberação da medicação de antecipação de morte e possuir residência no estado de Vermont²⁵.

Seguindo os demais estados, a Califórnia, em 9 de junho de 2016 deu eficácia ao Ato de Opção pelo Fim de Vida e a legislação em muito se assemelha àquela que vigora em Oregon, com poucas diferenças. Pela lei californiana, pessoas que não falam inglês podem usar um intérprete para requerer a morte assistida; os médicos devem discutir o requerimento de medicação para o fim de vida apenas com o paciente; não há período de espera entre o requerimento e a prescrição; o médico assistente deve fornecer um formulário separado para o paciente preencher dentro de 48 horas antes de tomar os medicamentos.

Medicações não utilizadas devem ser entregues para disposição em instalação qualificada mais próxima, que fará o descarte adequadamente das substâncias controladas, ou, se nenhuma estiver disponível, serão descartadas por meios legais, de acordo com as diretrizes da Diretoria de Farmácia ou da Agência Antidrogas.

²³ ESTADOS UNIDOS. *Montana*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/states/montana/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

²⁴ CASTRO, Mariana Parreiras Reis de; et al. Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. *Revista Bioética*. Belo Horizonte, n° 24, p. 355-367, jun. 2016.

²⁵ ESTADOS UNIDOS. *Act 039*. Disponível em: <<http://www.leg.state.vt.us/docs/2014/Acts/ACT039.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

Os formulários médicos são codificados e o Ato de Opção pelo Fim da Vida deixa de vigor em 01 de janeiro de 2026, se não for renovado²⁶. Assim, trata-se de uma lei temporária, surtindo efeitos apenas por um período de tempo, salvo se renovada, diferentemente da lei do Estado de Oregon, que não traz um prazo de validade.

Os estados do Colorado, Hawaii, Nova Jérsei e o Distrito de Columbia também editaram atos de morte com dignidade, regularizando o suicídio assistido em seus territórios. Em Nova Jérsei a questão é recente, já que a lei entrou em vigor em 1º de agosto de 2019. Com isso, o estado passou a ser a 8ª jurisdição a ter um estatuto de morte com dignidade²⁷.

Diante de todo esse cenário, comparando a legislação europeia com a estadunidense, fica evidente que os Países têm uma maior aceitação do suicídio assistido do que da eutanásia. Atribui-se a isso o fato de que, no suicídio assistido, o médico assume uma posição de mero auxiliar, além de se omitir para que o resultado morte se implemente, enquanto que, na eutanásia, o médico assume uma conduta ativa, ocasionando o resultado morte.

No entanto, há de se pensar no paciente que preenche todos os requisitos para se eleger ao suicídio assistido, mas não possui condições de auto administrar o medicamento letal. Nesse caso, a lei passa a ter um caráter excludente, de modo a retirar a dignidade desse paciente, que, na maioria vezes, está até mais fragilizado do que aquele que é elegível ao suicídio assistido.

Assim, parece pouco coerente se garantir a morte digna para um grupo e excluir outro, até em condições mais extremas, sem qualquer parâmetro, pelo simples fato de não terem condições de se auto medicarem.

Diante disso, é necessário desmistificar a eutanásia para que ela represente um novo marco nas legislações, contemplando também àqueles que, por qualquer razão que seja, não possuem condições de se candidatarem ao suicídio assistido.

1.4. A experiência na América Latina

O país latino americano que defende com maior fervor o direito à morte digna é a Colômbia. Existe, inclusive, um forte movimento, desde 1979, que recebeu o nome de Movimento Pelo Direito de Morrer²⁸, o qual busca a regulamentação da matéria.

²⁶ ESTADOS UNIDOS. *The California End of Life Option Act and Death with Dignity*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/news/2016/01/california-end-of-life-option-act/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

²⁷ ESTADOS UNIDOS. *Current Status*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/states/new-jersey/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

²⁸ GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia – Colômbia*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutaco1.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

O Código Penal Colombiano²⁹, em seu art. 106, veda a prática da eutanásia ao tratá-la como homicídio piedoso. Diferentemente do Brasil, em que o homicídio piedoso é considerado uma causa de diminuição de pena, lá se trata de um tipo penal autônomo.

No entanto, em 1997, houve uma despenalização da conduta a partir de uma discussão travada na Corte Constitucional Colombiana, na qual se entendeu que os juízes podem isentar de pena aquele que comete o homicídio piedoso. Sobre esse episódio, registrou José Roberto Goldim³⁰.

O magistrado que propôs a discussão, Carlos Gaviria, ateu e defensor da eutanásia. Ele aceita que o médico pode terminar com a vida de um paciente que esteja em intenso sofrimento (...). O juiz Jorge Arango propôs que a liberdade é o direito maior, a vida sem liberdade não tem sentido. Outro juiz, Eduardo Cifuentes, propôs que a liberdade e a vida não se opõem. (...). Os demais juízes – Alexandre Martinez, Fabio Moro e Antonio Barrera- acompanharam os votos dos juízes Jorge Arango e Eduardo Cifuentes, de apoio à proposta de Carlos Gaviria. Desta forma, a possibilidade de não ser processado por homicídio, quando for misericordioso, foi aprovado por 6 votos contra 3.

Note-se que ainda há certa insegurança jurídica quanto ao tema, porque a legislação colombiana comina pena para o homicídio piedoso em clara contradição a essa decisão firmada pela Corte Constitucional. Sucede que, independentemente dessa insegurança, a Colômbia foi o primeiro país latino americano a tolerar a eutanásia e a reconhecê-la como um direito proporcionalmente tão importante quanto ao direito à vida.

No Uruguai, a eutanásia é uma causa de exclusão da culpabilidade, tendo em vista que o art. 37 do Código Penal Uruguaio³¹ autoriza os juízes a isentar de pena o agente que tiver bons antecedentes e que tiver praticado o homicídio piedoso, mediante reiteradas súplicas da vítima. Assim, mesmo a legislação datando de mais de 80 anos, ela já previa a possibilidade da prática da eutanásia.

Assim como na Colômbia, há, também, alguma insegurança jurídica, já que a lei faculta ao juiz a aplicação ou não da pena. Desta sorte, deve haver, por parte dos magistrados, um certo amadurecimento sobre o tema, de maneira a evitar decisões conflitantes dentro de um mesmo país.

²⁹ COLÔMBIA. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf>. Acesso em 26 jun. 2019.

³⁰ GOLDIM, op. cit.

³¹ URUGUAI. *Código Penal*. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

No que pese o suicídio assistido, o Código Penal³² uruguaio, em seu art. 315, estabelece sanção de 6 (seis) meses a 6 (seis) anos para quem auxilia outrem a suicidar, o que autoriza afirmar que apenas a eutanásia foi prevista pela legislação uruguaia, sendo o suicídio assistido, ainda, fato típico, ilícito e culpável. Existe, portanto, um impedimento legal para a prática do suicídio assistido, o que faz com que o Uruguai, em um estudo comparado, esteja na contramão na questão da morte com dignidade, já que, via de regra, primeiro se legaliza o suicídio assistido e depois se atinge maturidade legislativa para legalizar a eutanásia. No entanto, há de se reconhecer o vanguardismo desse país ao garantir o direito à eutanásia há mais de 80 anos.

Na Argentina, em 2012, foi sancionada a Lei de Morte Digna, que prevê que os pacientes terminais ou com doenças irreversíveis, podem se negar a se submeterem a terapias ou procedimentos médicos quando esses forem desproporcionais às perspectivas de melhoras ou quando prolongarem a agonia do paciente. Além disso, são abrangidos pela lei não apenas os maiores e capazes, como também os menores e os incapazes. A família do enfermo também pode decidir pela abstenção do tratamento, se esse não estiver em condições para tanto³³.

A legislação não legalizou a eutanásia, mas conferiu alguma autonomia ao enfermo para decidir sobre o seu próprio tratamento e até mesmo a ausência dele. Com isso, fica clarividente que o que o governo argentino fez foi tutelar a ortotanásia, já que se o paciente decidir por não realizar o tratamento, a doença seguirá seu curso normal colimando, conseqüentemente, na morte do portador da enfermidade.

Conforme já visto no início deste capítulo, a ortotanásia já é autorizada no Brasil desde 2006, com a Resolução nº 1.805 do Conselho Federal de Medicina. A diferença é que na Argentina, por existir uma lei que efetivamente previu a prática, há uma maior segurança jurídica para os profissionais de saúde.

O Chile, não muito diferente da Argentina, editou uma lei que permite que pacientes terminais recusarem tratamento. No entanto, o suicídio assistido, assim como a eutanásia são práticas vedadas pelo ordenamento jurídico chileno.

Sucede que, está tramitando no Congresso um projeto de lei sobre eutanásia, o qual foi aprovado em primeira instância na comissão parlamentar³⁴, que visa normatizar a eutanásia e o suicídio assistido, inclusive para pessoas entre 14 e 18 anos, desde que com a autorização dos

³² Ibidem.

³³ ALONSO, Juan Pedro; VILLAREJO, Agustina; BRAGE, Eugenia. Debates parlamentários sobre la muerte digna em Argentina: los derechos de los pacientes terminales em la agenda legislativa, 1996-2012. *História, Ciência, Saúde, Maguinhos*, v. 24, nº 4, p. 1031-1048, out-dez. 2017.

³⁴ FOLHA. *Conservador, Chile vê guinada progressista com governo de centro direita*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/06/conservador-chile-ve-guinada-progressista-com-governo-de-centro-direita.shtml>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

país. O projeto de lei traz três requisitos para autorização da eutanásia, quais sejam: o paciente ser portador de doença terminal, apresentar sintoma físico intolerável que acarrete sofrimento psicológico e que, no momento da tomada de decisão, o paciente tenha consciência plena. Deve ser garantido, ainda, o direito de desistir a qualquer momento.

Porém, isso tudo ainda são meras expectativas, já que a lei, por enquanto, não foi aprovada. Atualmente, tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido são práticas vedadas no Chile pelo Código Penal que, em seu título oitavo, trata dos crimes contra pessoas.

Diferentemente dos demais países latino americanos, a legislação chilena não traça qualquer diferença entre o homicídio comum e o homicídio piedoso ou de relevante valor social ou moral. Logo, a prática da eutanásia não é, nem mesmo, uma causa de diminuição de pena, de modo que quem a pratica, incorre nas iras do art. 390 ou 391 do Código Penal³⁵, a depender da relação entre o agente e a pessoa eutanasiada. O suicídio assistido também é fato típico, previsto no artigo 393 do aludido diploma legal.

No México, vigora desde 2008, no Distrito Federal, A Lei de Vontade Antecipada que regula normas, requisitos e formas de se realizar a vontade de qualquer pessoa capaz, no que diz respeito à recusa de se submeter a meios, tratamentos e/ou procedimentos médicos que procuram prolongar desnecessariamente a vida³⁶.

Essa lei, assim como nos outros países latino americanos já citados, apenas garante liberdade ao enfermo de optar por fazer ou não o tratamento, normatizando a ortotanásia. No ano de 2017, foi formada na Cidade do México uma Assembleia Constituinte a fim de erigir uma Constituição. Em vigor desde 2018, em seu capítulo II, artigo 6º, alínea ‘a’, linha 2, garantiu-se o direito fundamental à vida digna e como direito proporcional, a morte digna³⁷.

O Código Penal Federal³⁸ mexicano, em seu artigo 303 positivou o direito à morte digna ao trazer, no inciso I, uma exclusão da tipicidade do crime de homicídio no caso de a morte ser oriunda de enfermidade incurável. Apesar da redação truncada do dispositivo, em razão de sua posição topográfica, é possível inferir que a norma trata da eutanásia.

Diante de todo esse estudo da legislação latino americana sobre a eutanásia e o suicídio assistido, conclui-se que o Brasil é um dos países mais atrasados em relação ao tema, uma vez

³⁵ CHILE. *Código Penal*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

³⁶ MÉXICO. *Ley de Voluntad Antecipada para el Distrito Federal*. Disponível em: <<http://www.aldf.gob.mx/archivo-077346ece61525438e126242a37d313e.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

³⁷ MÉXICO. *Constitución Política de la Ciudad de México*. Disponível em: <http://www.infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

³⁸ MÉXICO. *Código Penal Federal*. Disponível em: <<https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-segundo/titulo-decimonoveno/capitulo-ii/#articulo-302>>. Acesso em 22 jan. 2020

que, nem mesmo, dicute-se sobre em nosso território. O movimento para regulamentar a matéria é quase inexistente, cerceando dos brasileiros um direito já reconhecido mundialmente, o direito à morte digna.

1.5. A Eutanásia no Brasil

No Brasil, pode-se entender que a eutanásia veio tratada no art. 121, §1º do Código Penal, apesar de não haver menção expressa ao termo. Referido dispositivo trata do homicídio privilegiado, que é aquele cometido por motivo de relevante valor social ou moral. Assim, em tese, quem eutanasia uma pessoa no Brasil, tem a seu favor uma causa de diminuição de pena, sendo essa a natureza jurídica da eutanásia.

Em 05 de junho de 1996, ou seja, há mais de 20 anos, o senador Gilvam Borges, do MDB/AP apresentou o Projeto de Lei nº 125/96 que pretende legalizar a prática da morte sem dor em determinados casos³⁹. A tramitação não foi para frente, sendo o projeto arquivado em 29 de janeiro de 1999, sem nunca ter sido colocado em votação.

Segundo esse PL, o paciente que sofresse de doença incurável ou grave, que causasse grande sofrimento físico, poderia requisitar o direito à eutanásia, desde que sua condição fosse atestada por uma junta de cinco médicos⁴⁰.

O anteprojeto de Código Penal, PL nº 236/12, em seu art. 122, trata, expressamente, sobre a eutanásia. No *caput* do dispositivo, é cominada uma pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos para quem matar paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, por motivo de piedade ou compaixão⁴¹.

No parágrafo primeiro do art. 122 do PL, existe uma autorização para que o juiz deixe de aplicar a pena em se analisando as circunstâncias do caso concreto e a relação de parentesco entre agente e vítima ou laços estreitos de afeição entre eles. Observa-se, portanto, uma aproximação do PL com o modelo vigente no Uruguai, facultando aos juízes a aplicação ou não de pena, o que é questionável, em razão da insegurança jurídica que a abstração da norma pode causar, levando a decisões conflitantes.

³⁹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 125/96*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

⁴⁰ LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A Legalização da Eutanásia no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4217/a-legalizacao-da-eutanasia-no-brasil/2>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

⁴¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 236/12*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

O dispositivo traz, ainda, no parágrafo segundo, uma causa de exclusão da ilicitude quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente, em caso de doença grave irreversível. No entanto, para o agente se beneficiar da exclusão da ilicitude, a enfermidade deve ser atestada por dois médicos e deve haver o consentimento do paciente ou, na sua impossibilidade, do ascendente, descendente cônjuge, companheiro ou irmão.

Essa última norma, na realidade, consagra a ortotanásia que já é autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, apenas trazendo maior segurança jurídica para os profissionais de saúde, que passarão a estar amparados por uma lei federal. Importante frisar que alguns autores diferenciam eutanásia ativa de passiva e, para os adeptos desse entendimento, o §2º do art. 121 do PL 236/12 seria caso de eutanásia passiva e não ortotanásia.

O suicídio assistido teve o mesmo tratamento que a eutanásia, haja vista que no §3º do artigo 123 do PL nº 236/12 autoriza-se a aplicação das regras previstas nos §§1º e 2º do artigo 121 ao auxílio ao suicídio.

Ao trazer a eutanásia como título do artigo 122, o Anteprojeto do Código Penal a equipara a um crime comum, deturpando todo o seu sentido etimológico e sua evolução histórica, o que evidencia a falta de conhecimento do legislador brasileiro sobre o instituto.

No entanto, ainda sim é preciso reconhecer que o PL apresenta algum avanço em relação à legislação atual ao permitir que o intérprete da lei, diante da situação concreta, deixe de aplicar pena ao agente que pratique a eutanásia. Todavia, enquanto o Anteprojeto do Código Penal não é votado e aprovado, é necessário estudar se há, no atual ordenamento jurídico, alguma forma de legitimar a prática da eutanásia, como mecanismo de viabilização do exercício da morte digna.

2. TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS E SUA ÍNTIMA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Superada a questão conceitual e histórica da eutanásia, passa-se, em um primeiro momento, a um estudo dogmático sobre o Direito Penal, em que a atenção se volta a analisar o objeto de proteção dessa ciência, o que a limita e se é possível afastar a incidência da lei penal em casos específicos.

Para iniciar essa discussão é preciso reconhecer, de antemão, que em razão do avanço das tecnologias, bem como da Ciência Médica, houve um aumento significativo na expectativa de vida das pessoas. Com esse novo cenário, surgiram novas doenças as quais ainda não se conhece cura, de modo que o único tratamento disponível é o prolongamento indeterminado da vida do enfermo.

A partir disso começaram a surgir questões urgentes relacionadas à qualidade de vida de um paciente terminal ou doente incurável e ao direito à morte digna. Dessa forma, uma das preocupações do presente capítulo é estudar se nosso ordenamento jurídico tutela aludido direito.

Assim, faz-se necessário começar pela teoria da tutela penal de bens jurídicos, já que é a partir dela que se desenvolveu o Direito Penal moderno. Delimitar comportamentos reprováveis e estabelecer um motivo para essa reprovabilidade passou a ser de suma importância a fim de se evitar a atuação de um Estado punitivista e arbitrário.

A doutrina⁴² da tutela penal de bens jurídicos se preocupou em estabelecer um conjunto de valores que, se violados por um comportamento humano, deflagram o ilícito penal. Aos valores considerados mais importantes, concedeu-se natureza indisponível, de maneira a impedir que o titular daquele bem jurídico pudesse dele dispor, como no caso da vida.

Sucedo que, essa indisponibilidade não pode ser tratada de maneira absoluta, porque isso acaba por violar princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o que vai de encontro aos preceitos constitucionais. Assim, propõe-se uma releitura da teoria da tutela penal de bens jurídicos que começa a apresentar sinais de estagnação, já que, ao criminalizar o comportamento eutanásico, acaba condenando um indivíduo à uma morte cruel, obrigando-o a se agarrar a um resquício de vida, em razão de uma norma positivada por um Estado que se mostra eminentemente paternalista. Roxin⁴³ afirma que “um paternalismo estatal, enquanto este

⁴² ROXIN. Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 18-19

⁴³ *Ibidem*, p. 23

deva ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado”.

Dessa forma, esse capítulo pretende traçar um conceito de bem jurídico, analisar se a teoria da tutela penal de bem jurídico acaba limitando o exercício da dignidade da pessoa humana, desconstruir a tese de indisponibilidade da vida e, por fim, apresentar a morte digna como um direito constitucionalmente protegido.

2.1. O conceito de bem jurídico e suas funções sociais: a limitadora e a justificadora

Predomina o entendimento de que não existe um conceito determinado e único de bem jurídico, já que se trata de algo dinâmico, que assumiu sentidos e funções distintas de acordo com o período histórico o qual estava inserido.

Ligado à uma ideia de Direito Natural, o ilícito penal era visto como um pecado, algo que ofendia a vontade divina e, portanto, o agente deveria ser eliminado da convivência humana. Em razão disso e do regime absolutista que vigorava à época, eram cometidos muitos excessos por parte do Estado, o que gerava punições desproporcionais para os delitos cometidos. O Direito Penal tinha caráter unicamente vingativo.

Com o advento do período iluminista, houve uma modificação do pensamento punitivista, de modo que filósofos e juristas, cientes dos abusos das penas, buscaram traçar limites para a sanção penal e, conseqüentemente, cercear o poder punitivo estatal. Esse quadro histórico ficou conhecido por período humanitário⁴⁴.

A partir daí se fundaram várias escolas penais que tinham como escopo humanizar as penas. Foi quando surgiu o Direito Penal Moderno, que teve como precursor Cesar Bonessana Beccaria⁴⁵. Baseado na Teoria do Contrato Social, idealizada por Rousseau⁴⁶, a qual defendia que a ordem jurídica era resultado de um livre acordo firmado entre os homens, Beccaria sustentou que a função das penas impostas pelo contrato social é exclusivamente de assegurar a convivência em sociedade.

Para ele, a pena não tinha caráter vingativo, como era no período absolutista. A execução da pena era o que conferia segurança jurídica ao ordenamento, porque indicava que a sanção descrita na norma não era uma mera ameaça.

⁴⁴ BITENCOURT. Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ *Ibidem*

Na Alemanha, o jusfilósofo que abraçou essa Escola Clássica foi Feuerbach⁴⁷ por meio da obra Tratado de Direito Penal, em que argumentava que a pena não tinha caráter vingativo, mas preventivo, o que culminou na criação da teoria da coação psicológica⁴⁸. Segundo o autor, o delito apresenta um núcleo material que é oriundo da lesão de direitos subjetivos⁴⁹, de maneira que o crime representava um atentado à sociedade.

Desta sorte, para essa Escola, o que se buscava proteger era a liberdade pessoal, já que a conduta criminosa violava um direito individual. Luiz Regis Prado⁵⁰ traça um conceito de delito a partir dessa ideologia: “o delito é, assim, entendido como a conduta que transgride um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado”.

Em contraposição à teoria de Feuerbach, surgiu Johann Michael Franz Birnbaum⁵¹, quem, no século XIX, valeu-se pela primeira vez da expressão “bem jurídico”. Bem jurídico era o conjunto de valores que, se ofendidos, poderiam ensejar a punibilidade de um agente. Assim, tinham conteúdo individual, porque representavam os interesses fundamentais de um indivíduo na sociedade.

Essa teoria substituiu a noção de direito subjetivo pela de bem jurídico. Atualmente, representa um dos maiores pilares da Teoria do Delito, já que essa se erigiu sobre a doutrina de bens jurídicos⁵², só existindo crime se houver lesão a um bem jurídico. Segundo Bechara⁵³, bem jurídico pode ser definido formalmente “como tudo aquilo que o legislador elegeu como tal. Não é todo bem suscetível de proteção penal, mas apenas aqueles dotados de relevância jurídica, entendida no sentido formal”.

Com isso, aquele cenário anterior de direito subjetivo ligado ao interesse social, perde força, já que a partir do surgimento do conceito de bem jurídico, esse interesse social pouco importava, mas sim o desejo do legislador, mesmo que arbitrário. Esse pensamento foi solo fértil para a concepção do positivismo.

Karl Binding⁵⁴ defendia que o que determinava o que era o bem jurídico relevante de proteção era a norma editada pelo legislador. Essa norma poderia desconsiderar os valores culturais ou os interesses sociais, já que o que importava era apenas a positivação. Isso se

⁴⁷ Ibidem, p. 99

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. *Liberdades*, São Paulo, n° 1, mai-ago. 2009, p. 16-29

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵¹ BECHARA, op. cit., p. 15

⁵² ROXIN, op. cit., p. 15

⁵³ Ibidem

⁵⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 100

mostrou bastante incoerente, já que o novo sistema penal veio justamente com a intenção de limitar o poder estatal e humanizar as penas, e o positivismo apenas se preocupava com a edição da norma. Era a sua materialização que legitimava a ação do legislador, mesmo que essa fosse arbitrária, desproporcional ou abusiva.

Assim, insurgindo-se contra a ideia positivista pura, Franz von Liszt⁵⁵ defendeu a tese de que os bens jurídicos não eram uma mera vontade legislativa, mas compreendiam um conjunto de interesses humanos prévios ao ordenamento jurídico e que por ele eram tutelados. Logo, o bem jurídico protegido não era um produto de criação de um único homem, o legislador, mas representava um interesse criado por uma realidade social.

Foi nesse contexto que a vida e a liberdade passaram a ser considerados como indisponíveis. Por se tratarem dos bens jurídicos mais importantes da pessoa humana, a doutrina da época preocupou em tutelá-los de maneira mais rigorosa, com o agravamento das penas de quem atentasse contra eles, já que a sua violação representava a mais grave conduta.

No final do século XIX, observou-se uma crise do positivismo que culminou no neokantismo que, por sua vez, deu origem à Escola de Baden ou Escola Subocidental Alemã. Para os adeptos à essa escola, o direito era uma realidade cultural⁵⁶. Assim, passou-se a ter uma maior preocupação em se estabelecer um conteúdo material ao Direito Penal.

Diante disso, essa ciência apresentaria diferenças de acordo com a sociedade em que estava inserida, já que era influenciada pelas circunstâncias históricas, sociais e culturais. Essa escola sofreu críticas, porque esse pensamento cunhou um enorme subjetivismo, já que os substratos do crime nunca se estabilizavam, mudando conforme os valores de uma determinada sociedade.

Na tentativa de solucionar essa incongruência, surgiu o finalismo de Welzel que rompeu tanto com o positivismo jurídico quanto com o neokantismo. Foi nesse período em que se observou a passagem do subjetivismo para o objetivismo, sendo este justamente a metodologia que pretendia a tese de Welzel. Segundo César Roberto Bittencourt⁵⁷:

[...]O método finalista parte da ideia de que o objeto fundamental da dogmática jurídico-penal sobre o qual se constroem as categorias sistemáticas do delito, são as estruturas lógico-objetivas. Essas estruturas, pertencentes ao mundo da realidade, do ontológico, integrariam a natureza permanente das coisas, vinculando o legislador e a ciência do Direito, independentemente de como o indivíduo as conhece.

⁵⁵ Ibidem, p. 106

⁵⁶ Ibidem, p. 106-108

⁵⁷ Ibidem, p. 116

No finalismo, a valoração humana sobre determinada conduta é menos importante para determinação da norma. O que cria a norma é um conjunto de pressupostos materiais que precedem a valoração humana. Para Welzel, o mundo do ser possui um núcleo de estruturas permanentes e imutáveis, que ele batizou como estruturas lógico-objetivas permanentes. A partir desse entendimento, a ação humana passa a ser uma estrutura lógico-objetiva voltada a uma finalidade.

Após o finalismo, surgiu o normativismo funcionalista que trouxe como principais nomes Roxin e Jakobs. Roxin incorporou norma e valor na construção da ciência do Direito Penal e, ao assim proceder, observou-se uma adequação do direito a fins político-criminais, de modo que Estado de Direito e Estado Social representam duas faces de uma única moeda⁵⁸.

Assim, o Direito Penal não deve ser entendido como algo independente dos valores de uma sociedade, já que ao ser aplicado, ele produz efeitos nessa sociedade, que não podem ser ignorados. Logo, o Direito Penal passa a ter uma finalidade a ser alcançada, que está intimamente relacionada com parâmetros valorativos. Isso caracterizou a tese teleológico-funcional.

Dessa sorte, Roxin⁵⁹ defende que os limites materiais impostos para a elaboração da norma são encontrados fora do sistema penal, já que inerentes aos valores de uma sociedade. Conceitua o autor⁶⁰:

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.

Jakobs⁶¹ também se opôs ao ontologismo finalista de Welzel, no entanto, o fez de maneira diferente de Roxin. Para ele, os limites materiais não são encontrados externamente ao sistema, mas em seu interior, ou seja, criou-se um funcionalismo-sistêmico. Direito Penal é, portanto, um sistema normativo fechado, que não permite empirismo, tampouco ponderação de valores para se determinar a norma.

⁵⁸ Ibidem, p. 121

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ ROXIN, op cit., p. 18-19

⁶¹ BITENCOURT, op. cit., p. 122-124

Partindo dessa premissa, quando um indivíduo viola a norma penal, o que ele faz é negar a própria norma, que vigeria independente da afirmação dela pelo autor do fato⁶². Assim sendo, na concepção de Jakobs, o cometimento do ilícito esvazia o conceito de bem jurídico, já que a norma penal se justifica *per si*.

Como se percebe, não há um conceito estático de bem jurídico. A doutrina da tutela de bens jurídicos foi assumindo mais de uma função ao longo de sua história de acordo com a escola que a abraçava.

O ponto de contato entre os autores é que todos enxergavam o bem jurídico como uma justificativa da aplicação da Ciência Criminal. Havia uma necessidade premente de legitimar a ação estatal que cerceia a liberdade de um cidadão em razão da prática de um ilícito. Isso porque, ao aplicar a lei penal, o próprio Estado estaria violando um bem jurídico e, para tanto, era imprescindível uma justificativa.

Assim, apesar de ser bastante difícil conceituar bem jurídico, é possível estabelecer, com certa confiança, que ele possui, pelo menos, duas acepções: uma limitadora e outra justificadora. Assume função limitadora quando não autoriza que o legislador edite a norma alienada dos valores sociais, previstos na Carta Política como fundamentais e função justificadora quando legitima a ação estatal que pune o indivíduo infrator da norma positivada pelo legislador.

2.2. A tutela penal de bens jurídicos como um limite ao exercício da dignidade da pessoa humana

A função limitadora da teoria da tutela penal de bens jurídicos enuncia que o legislador penal, no momento da edição da norma, sofre limites dos valores constitucionais, de modo que a legislação penal não pode vir alienada dos princípios e preceitos estabelecidos pelo poder constituinte. A partir daí surge a dúvida se essa teoria também se submete a algum sistema de frenagem.

A teoria do bem jurídico busca tutelar valores que são considerados primordiais, de modo que a incidência do Direito Penal só se justifica se houver uma violação desses valores essenciais. Nesse aspecto, a Constituição Federal exerce papel protagonista, porque ela própria já traz em seu bojo uma série de direitos e garantias fundamentais que são objeto de proteção pela Ciência Criminal. Nesse sentido é a obra de Ferrajoli⁶³:

⁶² ROXIN, op. cit., p. 15

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100

É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de tipologia criminal.

Dessa forma, deve existir um esforço conjunto do ordenamento jurídico para proteger os valores constitucionalmente positivados, sendo que o Direito Penal deve se preocupar apenas com as violações mais graves, só sendo invocado quando os demais ramos se mostrarem insuficientes na função protetiva⁶⁴.

Como abordado no capítulo anterior, a Constituição Federal legitima a ação do legislador penal, já que ela traça os valores merecedores de proteção. No entanto, de maneira diretamente proporcional, também limita a atividade legiferante, com o objetivo de evitar abusos e arbitrariedades, vinculando o legislador aos limites constitucionais.

Portanto, existem princípios que cerceiam a aplicação do Direito Penal e, conseqüentemente, da teoria do bem jurídico que merecem atenção com o fito de responder o questionamento inicial. O primeiro deles é o princípio da culpabilidade no qual se estabelece que só haverá crime quando houver, no mínimo, culpa de uma determinada pessoa para a ocorrência do evento criminoso.

Se não houver culpa não há crime e nem pena. Foi a partir desse princípio que surgiram as máximas *nullum crimen sine culpa* e *nulla poena sine culpa*. Nesse aspecto, a culpabilidade é entendida como um conceito contrário à responsabilidade objetiva.

Como requisito de aplicabilidade da pena, a culpabilidade surge quando um sujeito, imputável, que tem consciência da ilicitude, viola um bem jurídico alheio, ou seja, concorre para o cometimento do delito, com dolo ou culpa, sendo que lhe era possível exigir um comportamento distinto.

Em uma outra visão, a culpabilidade funciona como elemento de quantificação da sanção. Isso porque o artigo 59 do Código Penal⁶⁵ determina que o julgador observe a culpabilidade ao fixar a pena base, de modo a melhor individualizar a pena.

⁶⁴ GODOY, Regina Maria de. *A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica São Paulo, São Paulo, 2010, p. 120

⁶⁵ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2019

Outro princípio que limita a teoria do bem jurídico é o da legalidade. Estampado no art. 5º, XXXIX da CRFB/88⁶⁶, tem função de evitar o arbítrio estatal em seu poder punitivo, concedendo segurança jurídica. Isso porque o agente só pode ser punido se seu comportamento for proibido por lei.

Já o princípio da lesividade é o que está mais intimamente relacionado com a teoria do bem jurídico. Ele determina que para que se invoque a tutela do direito penal é indispensável que se comprove a lesão a um bem jurídico. No entendimento de Francesco Palazzo⁶⁷, o princípio da lesividade delimita o direito penal em dois sentidos.

Em um sentido legislativo, ele é dotado de natureza constitucional e, por isso, limita o poder do legislador de tipificar condutas tidas como fatos indiferentes e preexistentes à norma. Em sentido jurisdicional, ele demanda que o juiz deve excluir a subsistência do crime quando o fato, apesar de encontrar subsunção no tipo, for inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.

O princípio da intervenção mínima advoga que o Direito Penal é medida de *ultima ratio*. Isso significa dizer que ele só intervém quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes na proteção dos bens jurídicos. O princípio da fragmentariedade está relacionado à intervenção mínima. Fragmentariedade é o mesmo que reconhecer que uma punição penal só é justificável no caso de uma violação intolerável a um bem jurídico.

O último princípio é o da humanidade. Ele enuncia que aquele que for condenado por um crime deve ser tratado levando em consideração a dignidade da pessoa humana, vedando a aplicação de penas cruéis e degradantes. Assim, ele limita a atividade estatal quando do exercício da pretensão punitiva.

Destarte, respondendo ao questionamento inicial, percebe-se que sim, a doutrina de bens jurídicos sofre limitações principiológicas. No entanto, a preocupação primordial dessas limitações foi a de dificultar a incidência da lei penal ao traçar alguns requisitos mínimos para sua aplicação.

Contudo, não há, dentre os princípios estudados, algum que elida a aplicação da teoria em si, ou seja, que reconhece que frente a uma situação concreta extrema, a deflagração da responsabilidade penal, ou seja, a punição pela violação do bem jurídico, pode trazer mais problemas do que soluções, como é no caso da eutanásia.

⁶⁶ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set 2019

⁶⁷ GODOY, op. cit., p. 120

A Constituição Federal trata a vida como um direito fundamental e, em razão da função limitadora da teoria do bem jurídico, assim ficou obrigado o legislador penal. Em respeito à vontade da nossa Carta Magna, o atual Código Penal pune mais severamente os crimes contra a vida, cominando a eles penas mais graves.

A fundamentalidade do direito à vida decorre do fato de que sem ela não é possível exercer os demais direitos, sejam eles fundamentais ou não. É a partir do nascimento com vida que nascem os direitos e obrigações dos seres humanos, ressalvados os direitos dos nascituros e dos mortos.

Assim, em um primeiro momento, pode-se pensar que a eutanásia contrapor-se-ia aos corolários constitucionais, violando o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, quando, na realidade, é justamente o contrário. Um indivíduo, acometido por uma enfermidade incurável ou terminal, que sofre diariamente com dores insuportáveis ou que já se encontra em um estado vegetativo, que seu tratamento se limita a experiências médicas ou a um prolongamento de uma vida inviável, não vive dignamente.

O Estado, ao coibir o direito de morrer diante dessa situação, obriga seus tutelados à uma vida marcada pela miserabilidade, despida de qualquer dignidade. Logo, ao mesmo tempo que a proteção do direito à vida confere dignidade, permitindo-se gozar de todos os demais direitos garantidos pelo ordenamento, também a lhe talha. Júlia Gabriela Nepomuceno⁶⁸ elucida que:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana é, portanto, colocado em xeque, pois ao mesmo tempo em que impossibilita a destruição da vida e que confere ao indivíduo o direito de viver, o obriga a suportar uma situação existencial deplorável, marcada pelo sofrimento e pela dor, que é, em verdade, no mínimo, indigna.

Desta sorte, observa-se que o ordenamento jurídico garante uma série de direitos fundamentais. A vida é o direito mais basilar de todos esses direitos fundamentais, porque é a partir dela que passa a ser possível exercer todos os outros direitos e é a partir do exercício dos direitos fundamentais que se garante dignidade à pessoa humana. Alexandre de Moraes⁶⁹ ensina:

A Constituição Federal garante que 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,

⁶⁸ NEPOMUCENO, Júlia Gabriela de Sena. Eutanásia: o liame entre a dignidade, a autonomia e a morte. *Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade*, Natal, v. 8, nº 1, p. 182-198, jan/jun. 2017

⁶⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50

à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Diante disso, o constitucionalista defende que o direito à vida se desdobra em outros dois direitos, quais sejam, o direito de continuar vivo e o direito de ter uma vida digna. O primeiro deve ser objeto de proteção absoluta do Estado já que todo ser humano que tem vida, mesmo que seja uma sobrevida, tem o direito de permanecer vivo, sem interferência de qualquer outro indivíduo.

Em relação ao direito de ter uma vida digna, o ordenamento jurídico buscar tutelar condições que lhe deem efetividade, para que não se torne letra morta. O art. 6º da CRFB/88⁷⁰ traz em seu bojo uma série de direitos sociais que são vetores essenciais para o exercício de uma vida digna. No entanto, mesmo que se garanta essas prerrogativas, o poder constituinte originário não tinha capacidade de prever todas as situações fáticas e é aí que se insere a presente problemática.

Um paciente em estado terminal, vegetativo ou incurável não é capaz de exercer todos os direitos constitucionalmente garantidos a ele, porque, apesar de ter titularidade para o exercício desses direitos, não apresenta condições físicas ou cognitivas de exercê-los em razão de sua doença. A impossibilidade de gozar de direitos minimamente básicos afeta, frontalmente, a dignidade da pessoa humana.

Há autor⁷¹ que defende a necessidade de se diferenciar direito à vida de direito sobre a vida. O direito à vida seria algo subjetivo, inerente à pessoa humana. Toda pessoa humana é titular do bem jurídico vida, que é tutelado de maneira ampla e absolutamente indisponível, não sendo possível, aqui, incidir a autonomia privada. Já o direito sobre a vida seria o direito que o titular da vida possui de decidir sobre ela, ou seja, de tomar suas decisões de como quer viver e, até mesmo, se não quer.

Quem diz direito à vida, de cada pessoa é titular, reconhece a existência de uma relação subjacente entre sujeito e um bem cuja indisponibilidade é absoluta. O bem da vida está ligado ao titular para um único fim que é seu gozo, e, por isso, há de ser respeitado e a tutela é ampla. O direito à vida indica, sobretudo o reconhecimento de um valor primário que deve ser conservado *erga omnes*, independentemente de qualquer decisão individual. Assim não se põe a questão de ato voluntário válido. Já a expressão direito sobre a vida, denota que a

⁷⁰ BRASIL. op. cit., nota 66.

⁷¹ SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*. São Paulo: Cultural Paulista/Unicid, 2002, p. 156

indisponibilidade do direito afeta terceiros, não o titular que é livre para ele dispor como melhor lhe convenha. Partindo da ideia de direito à vida tanto o suicídio quanto a eutanásia serão condenados pela sociedade e assim refletidos nas normas jurídicas. Partindo do direito sobre a vida a análise é outra, permitindo, em certos casos, a interrupção da vida fora do curso natural.

Assim, seguindo o raciocínio acima estampado, quando se fala em direito à vida, a única possibilidade que existe para o titular desse direito é o seu gozo. Isso porque, como o ordenamento jurídico penal se preocupou em tutelar a vida como um bem jurídico indisponível, qualquer ação humana que lese a vida, por mais que essa ação venha legitimada pelo próprio titular da vida, contraria preceitos fundamentais e deve ser coibida.

Nesse ponto, a teoria da tutela penal de bens jurídicos representa um verdadeiro limite ao exercício dignidade da pessoa humana nos casos eutanásicos, porque ela impõe ao profissional de saúde o dever de agir de maneira que prolongue a vida do paciente. Rachel Sztajn⁷² afirma que “ninguém, notadamente o médico, deve coagir outrem, o paciente, limitar suas atividades ou impor sobre outrem sua vontade”.

Dessa forma, ao impor um tratamento, viável ou não, o que se faz, em realidade, é impor a continuidade da dor física e/ou psicológica que acompanha a enfermidade, negando-se a própria condição de ser humano ao coibir o poder de escolha. Passa-se, então, a ser imprescindível discutir a morte como um direito a ser garantido.

2.3. A morte digna como um direito constitucionalmente garantido

A vida, como já visto, é um direito amplamente garantido, estando positivada sua proteção no art. 5º da CRFB/88⁷³. Não obstante, resguarda-se, também, a dignidade da pessoa humana como um corolário desse direito, já que a primeira é condição extrínseca para se usufruir plenamente da segunda.

Os dois pilares para começar qualquer discussão sobre o direito à morte digna são os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada. É de difícil conceituação a dignidade da pessoa humana, mas se convencionou que ela é inerente à condição de ser humano e compreende um núcleo de direitos que vincula o Estado e todos os demais cidadãos. Segundo Luiz Régis Prado⁷⁴:

⁷² Ibidem. p. 28

⁷³ BRASIL, op. cit., nota 66.

⁷⁴ PRADO, op. cit., p. 44

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal.

Já a autonomia privada consiste no poder que o indivíduo tem de tomar suas próprias decisões, ou seja, de conduzir sua vida da maneira como lhe aprouver, independentemente de qualquer interferência estatal, desde que não pratique nenhuma conduta proibida por lei. Rachel Sztajn⁷⁵ tece comentários sobre o reconhecimento da autonomia privada:

Funda-se no fato de ser a cooperação entre as pessoas decisiva para o desenvolvimento social e atende a necessidades da dinâmica da vida social. As regras convencionais, resultantes da autonomia privada, estariam fora do controle do Estado. Os negócios abstratos e tipificados reforçam a tendência de excluir elementos estranhos à vontade declarada e a supremacia da autonomia da vontade privada é firmada de forma ilimitada.

A autonomia privada consiste, portanto, em um poder conferido a uma pessoa para que ela possa dispor de direitos subjetivos que lhe foram outorgados pelo próprio ordenamento jurídico. Ela está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, porque ao retirar a autonomia de alguém, nega-se a ela o poder de autoderminação e, sem autoderminação, nega-se, por via de consequência lógica, a condição de pessoa humana.

A morte é o curso natural da vida, é o único evento que se tem certeza da ocorrência. Assim, sendo a morte uma consequência de estar vivo, para que se garanta uma vida digna é fundamental que se garanta uma morte digna. Laura Dinél e Daniela Gomes⁷⁶ afirmam que “a dignidade da pessoa humana está atrelada ao direito de personalidade, alcançando o momento final da vida”.

A dignidade da morte é conexa ao reconhecimento da autonomia da vontade do doente, vontade essa que deve ser respeitada pela família e profissionais de saúde acima de qualquer pretexto. Na ortotanásia, o paciente, ao ser diagnosticado com uma doença incurável, em estado terminal ou que o conduzirá à vegetatividade, recebe todas as informações necessária sobre sua condição e sobre todos os tratamentos possíveis, bem como sobre os seus possíveis efeitos adversos e decide por não se tratar.

Retirar do enfermo esse processo de escolha, simplesmente lhe impondo um tratamento, mesmo quando não há qualquer viabilidade de melhora ou cura, acaba por negá-lo a própria

⁷⁵ SZTAJN, op. cit., p. 25

⁷⁶ DINEL, Laura Rheinheimer; Gomes, Daniela. O direito à morte digna. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, nº 1, p. 245-272, jan-jun/2016, p. 257

condição de ser humano, já que ele deixa de ser um sujeito de direitos e passa a ser um mero objeto da Ciência Médica. É nesse momento que a vida se esvazia, já que se perde totalmente a autonomia e, portanto, a dignidade.

A autonomia da vontade pauta toda a vida de um ser humano e a tolher no momento final é negar às pessoas o direito de decidir sobre um dos eventos mais importantes da vida, a própria morte. Rachel Sztajn⁷⁷ defende:

Se o exercício da autonomia, cuja apologia aparece em escritos de filósofos e juristas, é o fulcro do consentimento informado, não seria curial que a autonomia não aparecesse com plenitude em momento como o da determinação do fim da existência. Nem que a declaração da pessoa quando decide sobre os momentos últimos da existência possa ser desrespeitada, violada por terceiro, seu médico.

Não pode o atual ordenamento jurídico, tão preocupado com garantias fundamentais, permitir a objetificação do ser humano ao negá-lo a autonomia das decisões finais sobre a vida. É por esta razão que se faz tão importante buscar a tutela do direito à morte digna.

Na eutanásia, diferente da ortotanásia, o paciente diagnosticado com uma doença incurável, terminal ou que lhe trará insuportáveis dores opta por, além de não realizar o tratamento, antecipar a morte. Ao exprimir esse desejo, o que está se buscando, na realidade, é o direito de morrer dignamente, já que se pretende uma morte que será realizada por um profissional de saúde que garantirá que todo o procedimento ocorra de maneira natural e sem qualquer tipo de dor.

Assim, quando se coíbe a prática da eutanásia e, conseqüentemente, obriga esse paciente a viver, está-se impondo uma pena degradante, humilhante e cruel, já que se condena o enfermo a conviver com suas limitações e dores até o dia de sua morte. Nesse passo, a vida deixa de ser um direito e passa a ser uma obrigação.

Tal prática é sinônima à tortura e acaba por demonstrar o domínio que o Estado ainda exerce sobre os seus administrados, a partir de um discurso paternalista, evidenciando, assim, a enorme falha do ordenamento jurídico que buscou, acima de tudo, tutelar direitos fundamentais a fim de impedir a gerência estatal na vida privada. Laura Dinél e Daniela Gomes⁷⁸ sustentam:

[...]para se garantir o direito à vida, não quer dizer que o paciente deve ser obrigado a se submeter a todos os tratamentos, pois assim não existe a garantia constitucional do direito à liberdade, da autonomia, da dignidade da pessoa

⁷⁷ SZTAJN, op. cit., p. 36

⁷⁸ DINEL; GOMES, op. cit., p. 257.

humana, entre outros, ocorrendo a sujeição do paciente a tratamento degradante e cruel. Portanto, para garantir os princípios constitucionais, deve o paciente decidir sobre os últimos momento de sua vida, garantindo também o exercício da autonomia de vontade.

Logo, fica evidente que a eutanásia e a ortotanásia se revelam como um dos principais instrumentos de garantia da morte digna nos casos terminais, incuráveis e vegetativos. A eutanásia garante a dignidade na medida em que se traduz como a verdadeira morte boa, já que permite ao paciente uma morte indolor, sendo um verdadeiro ato de cuidado e compaixão. Já a ortotanásia tutela a morte digna de uma maneira um pouco distinta, proibindo que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamentos cruéis e degradantes, ou seja, ela evita o prolongamento do sofrimento.

A ortotanásia já é aceita no Brasil pela comunidade médica, tendo sido regulamentada pela Resolução nº 1.805/05⁷⁹ do Conselho Federal de Medicina. Assim, parece predominar a existência de um direito à morte digna no contexto ortotanásico, mas ainda se verifica uma dificuldade desse reconhecimento no caso da eutanásia. Conforme Livia Pithan⁸⁰:

Se a morte é parte da vida e o direito à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, parece possível argumentar pela existência de um direito à morte digna – não no sentido da eutanásia ou do suicídio assistido, mas no de garantir o direito dos pacientes recusarem o abuso ou o excesso terapêutico.

No entanto, é preciso entender que apenas o reconhecimento da ortotanásia como algo legítimo a ensejar a morte digna é insuficiente. Isso porque não é incomum que, mesmo com a recusa a se submeter ao tratamento, muitas vezes os cuidados paliativos podem não ser suficientes para garantir a dignidade, já que a doença do paciente pode estar em um estágio tão avançado que acarreta um sofrimento extremo, que não cessa com a mera administração de medicamentos. Nesse caso, ao rechaçar a eutanásia, marginaliza-se esses casos que são ainda mais excepcionais. Nesse sentido é a obra de Marcello Ovidio⁸¹:

Se as medidas paliativas, no entanto, mostrarem-se de todo inócuas, tendo o profundo sofrimento se alastrado e permanecido, a prática eutanásica, para que o processo distanásico não se instale, é de ser aceita, sempre assentando-se a noção de que não há direito de morrer propriamente dito (e menos ainda direito de matar, pura e simplesmente), mas sim direito de morrer com dignidade (...)

⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 08.

⁸⁰ PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não ressurreição*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 58

⁸¹ GUIMARÃES, op. cit., p. 90

Ante de todo o exposto, a morte digna deve ser trabalhada, portanto, como um direito constitucionalmente protegido, mesmo que seja protegido de maneira implícita. É possível se chegar a essa conclusão a partir de métodos de hermenêutica.

Em uma leitura sistêmica da CFRB/88, observa-se que a Carta Política ao proteger a dignidade da pessoa humana, vedar a tortura e tratamentos desumanos ou degradantes, tutelar a liberdade e a autonomia individual, a integridade física, psíquica e moral, acaba por tutelar a eutanásia. Assim, passa a não ser razoável defender a sua inconstitucionalidade, porque o que se busca com a sua legitimação é justamente, evitar que um determinado indivíduo seja acometido por uma situação desumana e degradante.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, é adepto dessa tese e também aponta que não há vedação constitucional para a prática da eutanásia e da ortotanásia⁸², embora argumente que há necessidade do legislador infraconstitucional normatizar a matéria.

De fato, para maior segurança jurídica, é fundamental que a eutanásia seja normatizada, por mais que não se encontre óbice constitucional a ela, até mesmo porque o tema ainda encontra grande resistência social e política. Positivar o instituto é reconhecer a sua importância e finalmente entender que o direito à vida digna é absolutamente dependente da existência de um direito à morte digna.

No entanto, ciente de que se está longe da normatização da matéria em razão dos diversos obstáculos encontrados, sendo o principal a estigmatização da morte pela religião, faz-se necessário recorrer à outra Ciência distinta do Direito Constitucional, com o intuito de se buscar uma forma de legitimar a morte digna por meio do ordenamento jurídico já existente.

⁸² FOLHA. *Constitucionalista diz que lei ampara ortotanásia no país*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200613.htm>>. Acesso em: 28 nov 2019

3. O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO SUPRALEGAL DA ILICITUDE NOS CASOS EUTANÁSICOS

A vida é um bem jurídico inviolável. Isso significa dizer que ninguém pode ceifá-la. É possível fazer essa afirmação a partir da leitura do *caput* do art. 5º da CFRB/88⁸³ e de todo o art. 121 do CP⁸⁴, especialmente do §1º.

Sucedo que, apesar de ser inviolável, a vida não pode ser entendida como um bem indisponível, já que a Constituição Federal previu apenas a inviolabilidade. A indisponibilidade surgiu com o Código Penal que buscou, ao longo de todo o seu Capítulo I do Título I da Parte Especial, tutelar o direito à vida.

A maior prova de que o Direito Penal optou por tornar a vida indisponível é o art. 146, §3º, inciso II que legitima a conduta de quem exerce coação para impedir suicídio. Isso demonstra o esforço do legislador em evitar, a qualquer custo, que alguém disponha de sua vida.

Pode-se dizer que em relação a eutanásia, a indisponibilidade estaria no art. 121, §1º do CP, porque quando o tipo penal impede que alguém retire a via de outrem por motivo de relevante valor social ou moral, o que o legislador fez, em realidade, foi vedar a prática da eutanásia, tutelando-se, portanto, a indisponibilidade da vida. A doutrina⁸⁵ é assente em afirmar que quem pratica a eutanásia incorre nas iras do dispositivo ora em análise.

É de entendimento geral na doutrina de que quem pratica a eutanásia deve ter a pena submetida ao art. 121 do Código Penal Brasileiro. Tal percepção leva a prática a ser compreendida como homicídio. Contudo, deve-se levar em consideração o §1º do citado dispositivo legal, que diz respeito ao que se conveniu chamar homicídio privilegiado.

Ao assim dispor, o legislador penal rechaçou qualquer possibilidade de um doente terminal, incurável ou vegetativo dispor de sua vida, já que, por mais que ele deseje a morte e que ele autorize alguém a matá-lo, de qualquer forma o autor da conduta será responsabilizado, independentemente da vontade da vítima.

Diante disso, passa a se questionar qual o papel do consentimento do ofendido nos casos eutanásicos e se é possível, com base nele, excluir a ilicitude do crime de homicídio para isentar o agente de responsabilidade.

⁸³ BRASIL, op. cit., nota 66.

⁸⁴ BRASIL, op. cit., nota 65.

⁸⁵ PORTO, Carolina Silva; FERREIRA, Clécia Lima. Eutanásia no Direito Penal: os aspectos jurídicos do homicídio piedoso. *Revista Inter Facies Científicas – Direito*. Aracaju. V 5. N.2, p. 63-72, fev. 2017, p. 66.

3.1. Esforço conceitual do consentimento do ofendido

Para se entender a teoria do consentimento do ofendido é preciso, primeiramente, familiarizar-se com o termo vitimodogmática que nada mais é do que o estudo da responsabilidade recíproca existente entre autor e vítima. Para essa disciplina, o Direito Penal só deve ser acionado, quando a vítima requer a proteção estatal, caso contrário a punição seria desproporcional. Nesse sentido, Heloiza Meroto de Luca⁸⁶:

A Vitimodogmática é regida pelo princípio vitimológico, segundo o qual a tutela penal oferecida pelo Estado não é apropriada aos casos em que a vítima não merece ou não necessita de proteção, devendo, portanto, ser eliminada. O fundamento do princípio é o de que o Direito Penal deve proteger os bens jurídicos de forma proporcional, e isso tanto em relação ao agente quanto ao ofendido. Para que o autor responda penalmente pela sua conduta, é necessário que exista uma correspondência entre a necessidade de sua punição e a necessidade de proteção da vítima.

O consentimento do ofendido está claramente inserido na matéria de vitimodogmática, uma vez que quando a vítima, paciente terminal, incurável ou vegetativo, autoriza que o agente lhe retire a vida, ela enseja a ação criminosa em uma verdadeira espécie de autoria mediata e, conseqüentemente, renuncia à proteção jurídico-penal. Assim, é desarrazoado buscar punição para quem implementou uma ação criminosa que foi autorizada/desejada pela própria vítima.

Consentimento é, por definição, o ato ou efeito de consentir; permissão, licença, tolerância, condescendência⁸⁷. Segundo Marcello Guimarães⁸⁸: “o termo tem origem latina *consentire*, e em seu original significado quer dizer ‘concordância entre as partes ou uniformidade de opinião’”.

Quando o ofendido consente com a prática de uma conduta que, a priori, é vedada pelo Direito Penal, o que ele está fazendo, na realidade, é abrindo mão de um bem jurídico tutelado. A disposição desse bem jurídico pelo seu titular é um ato de manifestação do direito à autonomia da vontade, revelando-se como um verdadeiro exercício da dignidade da pessoa humana. Heloiza Meroto de Luca⁸⁹ afirma que:

O consentimento do ofendido é a autorização manifesta, pelo portador de bens jurídicos de elevada importância, para que outrem realize uma ingerência nestes bens, gerando efeitos no âmbito do Direito Penal. É a principal

⁸⁶ LUCA, Heloiza Mereoto de. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 100. P. 739-815, jan/dez 2005, p. 740

⁸⁷ DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=consentimento>>. Acesso em: 07 jan 2020.

⁸⁸ GUIMARÃES, op. cit.

⁸⁹ LUCA, op. cit., p. 745

expressão de liberdade e da autonomia individual e encontra-se fundamentado na dignidade da pessoa humana, que pode ser definida como a capacidade de autodeterminação da pessoa segundo a sua vontade.

Diante disso, percebe-se uma íntima relação entre a teoria do consentimento do ofendido com o que foi abordado no capítulo 2 sobre o direito à morte digna. Em um contexto eutanásico, o paciente manifesta, de forma livre, informada e consciente, o seu desejo pela morte terapêutica, consentindo que lhe seja retirado o bem jurídico vida.

O simples fato de o indivíduo ter o direito de escolher entre a manutenção da sua vida ou a eutanásia já lhe confere dignidade, porque possuir o poder de decisão sobre o fim da vida é exercer o direito à autonomia privada em sua forma mais primitiva.

Assim, é por meio do consentimento do ofendido que é possível viabilizar a um enfermo o direito à morte digna. Ao consentir com a prática da eutanásia, o indivíduo decide por não ficar atrelado a um tratamento inviável, pautado exclusivamente na minimização do sofrimento, prolongando-se uma vida miserável.

Por outro lado, esse consentimento acarreta a liberalidade, pela vítima, de um bem jurídico protegido. Dessa sorte, partindo do princípio vitimológico, a vítima deve ser considerada como peça primordial, porque ao dispor do bem jurídico tutelado está se renunciando à proteção penal.

Heloiza Meroto de Luca⁹⁰ afirma que existem dois tipos de consentimento. O consentimento atipicidade e o justificação. No primeiro, o ofendido dispõe de bens juridicamente relevantes, mas essa disposição é tolerada pelo próprio ordenamento. Nesse caso, exclui-se a tipicidade da conduta. Exemplo de consentimento atipicidade é quando uma pessoa mantém, por livre e espontânea vontade, relações sexuais com outra pessoa. Não haverá crime de estupro, porque uma pessoa maior e capaz tem o poder de decidir sobre a sua liberdade sexual.

Já no consentimento justificação o ofendido renuncia à proteção estatal conferida aos bens jurídicos, ou seja, renuncia a um bem jurídico específico, como ocorre na eutanásia. Segundo Heloiza Meroto de Luca⁹¹:

O tipo de homicídio (art. 121, *caput*, do CP) prescreve: “Matar alguém”. Se E desferir um tiro em F mediante seu consentimento, sobrevindo sua morte, então E pode ou não ser imputado pela morte de F, tudo dependendo de fatores como o estado de conservação do bem, a finalidade da lesão, dentre outros, analisados no caso em concreto. Se E desferiu o tiro para extinguir o sofrimento da vítima, causado por uma

⁹⁰ Ibidem, p. 746

⁹¹ Ibidem

terrível doença que já vinha se prolongando há anos, então o consentimento será eficaz, excluindo a antijuridicidade da conduta.

Logo, o consentimento do ofendido possui mais de uma natureza jurídica a depender do caso concreto, já que pode excluir dimensões diversas do crime. Luiz Flávio Gomes⁹² afirma:

Consentimento exclui a tipicidade fática-legal (o lado fático/legal da tipicidade penal), ora a tipicidade axiológica (porque retira o desvalor do fato), ora, enfim, exclui a antijuridicidade (constituindo, nesse caso, causa supralegal de exclusão de antijuridicidade).

No caso da eutanásia, o consentimento afasta a ilicitude do delito. O enfermo renuncia à vida para interromper um estágio avançado de agonia e morrer de maneira tranquila e sem sofrimentos. A partir do momento em que se consente com a prática da eutanásia, renuncia-se a um bem jurídico específico, qual seja a vida, dando lugar, portanto, à teoria do consentimento do ofendido, devendo ser afastada toda e qualquer responsabilidade do agente que leva a cabo a vontade da vítima.

No entanto, independentemente da natureza jurídica assumida pelo consentimento do ofendido, é imperioso reconhecer que se trata de um instituto que confere ao titular de um bem jurídico a faculdade de dele dispor, permitindo que um terceiro exerça algum tipo de gerência sobre esse bem, em perfeita harmonia com a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana, culminando na auto-responsabilização da vítima e na diminuição ou exclusão da responsabilidade do agente delitivo.

3.2. O consentimento como causa de exclusão supralegal da ilicitude

O crime, segundo a teoria tripartida⁹³, que foi a adotada pelo Brasil, possui 3 dimensões: tipicidade, ilicitude ou antijuridicidade e a culpabilidade. Para que a responsabilidade penal seja deflagrada, é imprescindível a presença desses 3 elementos, porque a ausência de qualquer um deles é suficiente para isentar o agente de responsabilidade.

A tipicidade é a subsunção de um fato a uma norma. A norma descreve uma conduta reprovável, tutelando um bem jurídico considerado importante pelo ordenamento jurídico.

⁹² GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 222

⁹³ BITENCOURT, op. cit., p. 271-272

Quando essa conduta é realizada por um indivíduo, o fato se subsume à norma, passando a existir, portanto, a tipicidade.

Existe a tipicidade formal e a material. A tipicidade material é a norma penal pura, positivada no Código Penal, que tutela um determinado bem jurídico.

Violado o bem jurídico tutelado, passa a existir tipicidade material. É esse substrato do crime que se relaciona diretamente com os princípios que freiam a teoria do bem jurídico, tais como a intervenção mínima, adequação social, mínima lesividade.

A tipicidade formal é a subsunção do fato à norma. Alguém pratica uma conduta que encontra enquadramento na lei como um fato típico. Isso é a tipicidade formal. Assim, a tipicidade penal é composta pela junção da tipicidade material com a formal.

Em alguns casos pode acontecer a subsunção de um fato a uma norma (tipicidade formal), mas não ficar presente a tipicidade material pelo fato de o bem jurídico violado ser de valor inexpressivo ou de a conduta encontrar aceitação na sociedade.

Por exemplo, no crime de furto, o bem jurídico tutelado é o patrimônio. No entanto, se o patrimônio furtado for uma caneta, conclui-se que o bem jurídico que foi violado é de valor ínfimo e não seria proporcional cercear a liberdade do agente que praticou esse delito. Isso porque o bem jurídico liberdade, nessa situação concreta, é muito mais valioso que o bem jurídico violado, qual seja, o patrimônio de uma caneta.

Observa-se, portanto, que há subsunção do fato à norma, já que ocorreu a subtração de uma coisa alheia móvel, existindo, assim, tipicidade formal, porém, fica prejudicada a tipicidade material, já que o bem jurídico violado é de valor inexpressivo, é como se não tivesse existido qualquer violação.

A eutanásia não pode, jamais, excluir a tipicidade material, por mais que a vítima consinta com a morte terapêutica. Isso porque o bem jurídico tutelado é a vida que não pode ser considerada como algo inexpressivo, sob pena de se banalizar o crime de homicídio. Logo, na prática da eutanásia, existe tipicidade material e formal, não sendo possível afastar a responsabilidade do agente com base na ausência de tipicidade.

O consentimento pode ser uma causa de exclusão de tipicidade, apenas não o é no caso da eutanásia, mas pode ser em outras situações. Por exemplo quando alguém concorda em manter relação sexual com outra pessoa. Ao se consentir com o ato sexual, exclui-se a tipicidade do crime de estupro. Logo, nessa situação, o consentimento do ofendido funciona como uma exclusão da tipicidade e não da ilicitude, como é na eutanásia.

Portanto, levando-se em consideração esse exemplo, o consentimento emanado pelo ofendido é o “atipicidade” que, segundo Heloiza de Luca⁹⁴, “só se manifesta nos tipos que asseguram esta liberalidade de disposição de bens pelo indivíduo, sendo responsável por excluir a tipicidade da conduta”.

A ilicitude, também conhecida por antijuridicidade, é a segunda dimensão do delito sem a qual ele não se configura. Como regra, toda conduta típica é ilícita. César Roberto Bitencourt⁹⁵ afirmou que:

[...]Mayer, mesmo mantendo o caráter descritivo inicial, acrescentou que a tipicidade, na verdade, era um indício da antijuridicidade, isto é, toda conduta típica é provavelmente antijurídica, salvo se ocorrer uma causa de justificação, cuja constatação pertenceria a uma etapa seguinte da avaliação.

Uma conduta apenas não será considerada ilícita quando houver algo que exclua essa ilicitude, ou seja, quando existir alguma causa de justificação. O Código Penal brasileiro se preocupou em elencar cada uma dessas causas de justificação, deixando pouco espaço para discussão doutrinária.

O art. 23 do CP⁹⁶ elencou em seus incisos cada uma das causas que excluem a ilicitude, quais sejam, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

No estado de necessidade, o agente pratica um fato típico para salvar a si ou terceiro de um perigo atual que não foi por ele provocado. Nesse caso, existem dois bens jurídicos em conflito, o do próprio agente ou de um terceiro e o da vítima. O agente opta por salvaguardar o seu bem jurídico ou o do terceiro em detrimento do da vítima.

Já na legítima defesa, o agente ou um terceiro tem um bem jurídico violado em razão de uma injusta agressão, atual ou iminente. Não há conflito entre bens jurídicos como no caso do estado de necessidade. O agente pratica uma conduta típica para que possa resguardar um bem jurídico seu ou de outrem que está sendo violado pela vítima.

É muito importante, para classificar uma conduta como legítima defesa, realizar uma ponderação dos bens jurídicos. Não é razoável, por exemplo, que uma pessoa tente repelir um crime de violação de correspondência praticando um homicídio. O bem jurídico vida é mais importante do que o bem jurídico inviolabilidade de correspondência.

⁹⁴ LUCA, op cit.

⁹⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 395

⁹⁶ BRASIL, op. cit., nota 65.

No estrito cumprimento do dever legal, um agente público realiza uma conduta típica, mas amparado por uma determinação legal. Essa determinação legal deve ser entendida de maneira ampla, podendo ser desde uma decisão judicial até uma lei em sentido estrito.

Assim, quando policiais, por exemplo, munidos de uma decisão judicial, realizam uma busca e apreensão em uma residência, fica afastado o crime de violação de domicílio, porque é dever desses agentes públicos cumprirem a ordem. Percebe-se que o no estrito cumprimento do dever legal também existe violação de um bem jurídico tutelado, mas diferentemente das outras duas hipóteses de exclusão da ilicitude, o agente em si não tem e nem está na iminência de ter bem jurídico seu violado, existe violação apenas dos bens jurídicos da vítima.

No exercício regular do direito, o agente pratica uma conduta que encontra tipicidade, mas ele está inserido em uma situação fática que faz com que o ilícito desapareça. Um exemplo é o jogador que, para recuperar a posse de bola, acaba cometendo falta em outro jogador, lesionando-o.

Analisando friamente o caso concreto, poder-se-ia afirmar que houve o crime de lesão corporal. No entanto, quando o suposto delito foi cometido, tanto agente como vítima estavam inseridos em um contexto em que, não só é tolerável a conduta praticada, como também esperada.

Todos esses institutos analisados são hipótese de exclusão da ilicitude, de modo que se o agente praticar um fato típico amparado por uma dessas causas, não deflagrará a sua responsabilidade. O CP preocupou em positivar as causas de justificação, de modo que não existem muitas controvérsias sobre o tema.

No entanto, ainda sim, surgiu a teoria do consentimento do ofendido que é entendida como uma causa supralegal de exclusão da ilicitude. É de suma importância a possibilidade de criação de causas supraleais de exclusão da ilicitude para que o Direito Penal possa se manter atualizado e concatenado com as mudanças sociais. Sobre esse assunto, Cesar Roberto Bittencourt⁹⁷ teceu comentários:

Como o legislador não pode prever todas as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, inicialmente proibidas, deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supraleais de exclusão da antijuridicidade, em que pese alguma resistência oferecida por parte da doutrina e da jurisprudência.

⁹⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 397-398

Sucedo que, por mais que já esteja consolidado no ordenamento jurídico a possibilidade de reconhecer o consentimento do ofendido como uma causa de exclusão suprallegal da ilicitude, não é suficiente qualquer consentimento. Para que ele possa ser válido, é indispensável analisar a qualidade da vontade. Segundo Bitencourt⁹⁸, a manifestação do ofendido tem que ser “livre, sem coação, fraude ou outro vício de vontade”. Em havendo mácula à manifestação da vontade, subsistirá a ilicitude e o agente responderá penalmente.

Como última dimensão do crime se tem a culpabilidade, na qual é analisada a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Ser imputável significa dizer que determinado agente pode sofrer uma punição penal, ou seja, a ele pode ser imputada uma pena.

O CP⁹⁹, em seu art. 26 e 27 determina que são inimputáveis os menores de 18 anos e quem, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto não conseguia entender o caráter ilícito do fato no momento da conduta criminosa. A embriaguez pode excluir a culpabilidade em razão da inimputabilidade se ela for completa e proveniente de caso fortuito ou força maior.

A potencial consciência da ilicitude, com o advento do finalismo, deixou de ser considerada um elemento do dolo e passou a integrar a culpabilidade. Para que o agente possa ser responsabilizado por um fato típico e ilícito ele tem que ter consciência de que a conduta por ele realizada é considerada um crime e de que ele não está agindo amparado por uma excludente de ilicitude.

Em relação à inexigibilidade de conduta diversa como um elemento da culpabilidade é preciso analisar se, no momento da conduta criminosa, era possível exigir do agente um outro comportamento. Marcello Ovidio Lopes Guimarães¹⁰⁰ aduz que o CP de 1969, que nunca chegou a vigorar, tratava o homicídio piedoso (eutanásia) como uma excludente da culpabilidade, desde que o agente tivesse relação estreita de parentesco ou afeição com a vítima, porque haveria, no caso, uma inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, esse agente buscaria proteger direitos desse interessado (como o direito à dignidade humana e ao livre arbítrio), contra perigo certo e atual que não provocou e não podia evitar, consubstanciado na existência da doença e no sofrimento intolerável que dela advém, mesmo como sacrifício de bem jurídico superior (vida) em relação ao que se procurou proteger com a prática da conduta, e desde que verificado não ser razoável, *in casu*, exigir-se do agente conduta diversa.

⁹⁸ Ibidem, p. 876

⁹⁹ BRASIL, op. cit., nota 65.

¹⁰⁰ GUIMARÃES, op. cit., p. 77

Diante disso, percebe-se que há quem defenda que a eutanásia seria uma causa de exclusão da culpabilidade por não ser possível exigir do agente uma conduta diferente em razão do sofrimento intermitente do paciente. Nesse sentido, Flávio Ribeiro da Costa¹⁰¹.

No caso de tipificação da eutanásia, dever-se-ia apresentar requisitos objetivos e procedimentos para que assim, em cada caso, fosse possível decidir pela sua aplicação ou não. Porém, dependendo do caso, havendo a ausência de exigibilidade de conduta diversa, verdadeiro princípio geral da culpabilidade, contrariando frontalmente o pensamento finalista, se torna incongruente punir o inevitável. Pelos motivos apontados, outra conduta não se pode exigir do médico, que não a interrupção do desnecessário e desumano sofrimento que chegaria que já se sabe resultará na morte.

Há de se reconhecer a logicidade do argumento daqueles que advogam essa tese, já que, de fato, acompanhar uma pessoa próxima sofrer até a morte, é algo, no mínimo, desumano. No entanto, defender que não se pode exigir do agente um comportamento distinto parece um pouco temerário, até porque existe sempre a possibilidade da ortotanásia, que hoje já é prática admitida e, inclusive, regulamentada pelo CFM.

Por essa razão, a questão deve ser resolvida não pela excludente de culpabilidade, mas de ilicitude, porque parece ser a solução mais moderna e mais harmônica com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, autonomia e liberdade, já que se homenageia, primordialmente, a vontade do paciente.

3.3. Requisitos de aplicabilidade do consentimento do ofendido nos casos eutanásicos

Para que se possa aplicar o consentimento do ofendido como uma causa de exclusão supralegal da ilicitude devem ser observados uma série de requisitos. Como a teoria é uma criação doutrinária, da mesma forma são os requisitos, ou seja, não há, na lei, a positivação das condições para aplicação da teoria.

No entanto, antes de mais nada, é indispensável se estudar com mais afinco o consentimento em si. Sendo o consentimento a base para a exclusão da ilicitude, é primordial entender como ele se dá e em quais situações poderá ser considerado válido ou não.

O consentimento deve ser, indiscutivelmente, uma manifestação de vontade, livre de qualquer vício. Ele depende, segundo Lélío Calhau¹⁰²:

¹⁰¹ COSTA, Flávio Ribeiro da. *Direitos humanos – Direito de viver e direito de morrer – A questão jurídica da eutanásia como causa de exclusão supralegal de exclusão da culpabilidade*. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/direitos-humanos-direito-de-viver-e-direito-de-morrer-a-questao-juridica-da-eutanasia-como-causa-supralegal-de-exclusao-da-culpabilidade>>. Acesso em: 12 jan. 2020

¹⁰² CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamento, 2002, p. 81

Da seriedade do consentimento, da capacidade jurídica e mental da vítima para emitir um consentimento válido, da finalidade do ato para o qual consente e de outros fatores e não terá aquela força se se verificarem razões de ordem pública contra o seu reconhecimento.

Existem três teorias no que tange à manifestação da vontade, sendo elas: a da declaração da vontade, a da direção da vontade e a intermediária. Essa última é a que deve ser adotada nos casos eutanásicos, já que ela enuncia que o consentimento deve ser conhecido pelo agente.

Para o Direito Penal, é imprescindível que a vontade do ofendido (vítima) em sofrer a ingerência sobre o seu bem jurídico seja exteriorizada e que o agente tenha ciência dessa vontade. Caso contrário, a eutanásia daria lugar ao homicídio, já que estar-se-ia violando um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico sem que o titular desse bem tenha se disposto dele.

A partir da manifestação da vontade, que origina o consentimento, Heloiza Meroto de Luca¹⁰³ sustenta que se altera a relação entre ofendido e ofensor.

Com a manifestação do consentimento, a relação entre ofendido e ofensor ganha contornos especiais, passando o primeiro a ocupar a posição de sujeito ativo ou consenciente, e o segundo, a de sujeito passivo ou consentido. Sujeito ativo ou consenciente é a pessoa portadora de bens relevantes que outorga o consentimento para a sua ingerência pelo ofensor. Já o sujeito passivo ou consentido é a pessoa que recebe o consentimento para realizar a ingerência nos bens jurídicos do ofendido, ou consenciente.

Em razão dessa ingerência nos bens jurídicos do ofendido, faz-se necessário estudar algumas modalidades de consentimento, como o consentimento presumido, *ex post* e putativo. No consentimento presumido, há uma situação concreta que faz com que a circunstâncias acarretem a conclusão de que o consentimento poderia ter sido emitido pelo ofendido de maneira válida e eficaz, mas não o foi porque ele está impossibilitado de fazê-lo. Assim, pressupõe-se o consentimento.

Para que o consentimento presumido seja considerado válido, é indispensável que exista um conflito entre dois ou mais interesses do ofendido, de modo que o ofensor tenha que decidir salvaguardar um desses bens, acreditando que o ofendido agiria da mesma maneira se ele estivesse diante de uma situação fática idêntica. Além disso, o ofensor deve agir dentro de um

¹⁰³ LUCA, op. cit., p. 749

risco permitido, porque se ele incrementar o risco, poderá vir a responder penalmente, salvo se conseguir demonstrar que o ofendido agiria da mesma maneira.

O consentimento presumido só pode ser invocado para se proteger a vida ou a integridade física do ofendido. Um exemplo seria quando alguém sofre um acidente e fica em estado de total inconsciência, sendo necessário que alguém decida entre a realização de um procedimento médico para salvar a vida do paciente. Diante dessa situação, se o ofensor decidir pela realização do procedimento e mesmo assim o ofendido vier a óbito, não será possível a responsabilização, porque se agiu ferindo a integridade física, mas com o objetivo de salvar o bem jurídico vida.

O consentimento *ex post* é aquele conferido pelo ofendido após a realização da conduta pelo ofensor, por exemplo, um indivíduo furta o objeto de alguém que, após tomar conhecimento do fato, perdoa o crime e autoriza que o ofensor fique com o bem.

Não se pode confundir essa modalidade de consentimento com o perdão do ofendido, porque eles possuem naturezas distintas. O perdão do ofendido só pode ser concedido em crimes de ação penal privada e é uma causa de extinção da punibilidade, enquanto que o consentimento *ex post* é uma causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude e pode ser concedido em crimes que sejam de ação penal pública.

O consentimento putativo é aquele em que o agente acredita, erroneamente, que existia um consentimento do ofendido quando não verdade não havia. Nesse caso, configura-se um erro de proibição, porque o agente atua acreditando que estava amparado por uma causa de justificação, errando sobre a ilicitude do fato¹⁰⁴.

Diante de todo o exposto, nos casos de eutanásia, em razão da irreversibilidade da medida, não se pode admitir o consentimento presumido, *ex post* ou putativo. Por essa razão é tão elementar os estudos dos requisitos do consentimento do ofendido na eutanásia, porque são eles que irão permitir que a ilicitude do crime seja excluída com segurança.

3.3.1. Capacidade do ofendido

O primeiro requisito para que se possa considerar o consentimento do ofendido como uma causa de exclusão da ilicitude na eutanásia é a capacidade da pessoa que emite esse consentimento. O que seria essa capacidade?

¹⁰⁴ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Editora dos Tribunais. 3 ed, 2001, p. 161-166

Em um primeiro momento pode-se adotar como parâmetro a capacidade civil. O art. 3º do CC¹⁰⁵ determina que é absolutamente incapaz os menores de dezesseis anos. Assim, como essas pessoas não possuem, ainda, capacidade civil, elas precisam ser representadas para todos os atos.

Logo, se um menor de 16, anos acometido por uma doença terminal ou incurável, deseja ser eutanasiado, ele precisaria de outorga dos seus representantes legais e, caso esses se recusassem, a autorização poderia ser suprida pelo juiz.

Já o art. 4º do CC¹⁰⁶ traz o rol dos relativamente incapazes que são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade e os pródigos.

Houve uma mudança desse artigo com o advento da Lei nº 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência. Antes da entrada em vigor do referido diploma legal, aqueles que possuíam doença mental e que não tinham discernimento necessário para a prática de atos da vida civil e os que não podiam exprimir a vontade por uma causa transitória, eram considerados absolutamente incapazes e precisavam ser representados.

Sucedem que a capacidade civil é distinta da capacidade penal. No caso do consentimento do ofendido, para que se possa invocar esse instituto, é indispensável que o ofendido entenda o que significa a renúncia ao bem jurídico que ele é o titular, confundindo-se a capacidade penal com a imputabilidade. Heloiza Meroto de Luca¹⁰⁷:

A capacidade para outorga do consentimento equivale à capacidade para a imputabilidade penal. Isso porque o discernimento necessário para a outorga do consentimento está estritamente vinculado àquele necessário ao entendimento do caráter criminoso da conduta realizada pelo agente. Somente podem dispor de bens penalmente relevantes aqueles que conseguem entender o caráter criminoso da ingerência não autorizada sobre os bens jurídicos de outrem.

Assim, para a aplicação do consentimento do ofendido nos casos eutanásicos, não basta que o ofendido tenha capacidade plena, exige-se uma potencial consciência da ilicitude, de modo que existe a possibilidade de uma pessoa plenamente capaz não conseguir ser eutanasiada porque lhe falta essa compreensão do ilícito. Nesse caso, se o agente satisfizer a vontade do

¹⁰⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2020

¹⁰⁶ Ibidem

¹⁰⁷ LUCA, op. cit., p. 750-751

ofendido, abreviando-lhe a vida, não seria possível invocar a causa de justificação, por ausência de capacidade da vítima em consentir com o ato.

Em sendo o agente inimputável ou semi-imputável, o entendimento é de que, apesar de o art. 26 do CP¹⁰⁸ trazer uma presunção absoluta de inimputabilidade para as situações elencadas no dispositivo, se, no caso concreto, ficar comprovado que o ofendido tinha uma capacidade relativa para entender o caráter ilícito do fato, o consentimento é parcial e o ofensor poderá ser agraciado com uma redução de pena¹⁰⁹.

Logo, como o que se defende no presente trabalho é a aplicação do consentimento do ofendido na eutanásia, para que o agente/ofensor possa, em tese, beneficiar-se com uma exclusão de ilicitude em um caso eutanásico, o primeiro requisito é que o ofendido tenha capacidade, que deve ser entendida como sendo “a capacidade natural de discernimento para entender a renúncia do bem penalmente protegido”¹¹⁰.

Diante disso, ficariam excluídos do direito à morte digna, os menores de dezoito anos e as pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado que, no momento da conduta típica, não são capazes de entender o caráter ilícito dessa ou de se determinar conforme esse entendimento, ou seja, os inimputáveis.

No entanto, Rachel Sztajn¹¹¹ tem uma visão distinta sobre a capacidade. Para ela, é competente quem tem capacidade de determinar o que deseja e de entender as consequências da decisão tomada. Por essa razão, nada impede que um menor de idade detenha capacidade.

A capacidade do paciente (agente) tem que ver, pois, com o desenvolvimento psíquico individual e não com a faixa etária em que esteja no momento (...). A recusa em observar recomendações do profissional de saúde não é sinal de incompetência ou incapacidade de julgamento, é optar por aquilo que, no julgamento do paciente, aparece como mais conveniente para si e para os seus.

Em se adotando esse argumento, torna-se indiferente a diferenciação entre capacidade penal e civil, devendo a capacidade ser aferida dentro do caso concreto, já que ela vai variar a depender de questões cognitivas de cada indivíduo/paciente.

¹⁰⁸ BRASIL, op. cit., nota 65.

¹⁰⁹ LUCA, op. cit., p. 750-751

¹¹⁰ Ibidem

¹¹¹ SZTAJN, op. cit., p. 29

3.3.2. O consentimento e a questão da outorga familiar

O consentimento é o segundo requisito para aplicação da causa de justificação. A capacidade por si só de nada adianta se o consentimento não for livre e sem vícios. Para se estudar os vícios da vontade, deve-se valer de lições do Direito Civil que os aponta como sendo: erro, dolo e coação.

O erro ocorre quando o ofendido se engana em relação à situação fática, existe uma percepção falsa da realidade, fazendo com que ele manifeste sua vontade (o consentimento) a partir daquela situação enganosa¹¹². Se aquele ofendido tivesse a real percepção dos fatos, talvez a sua vontade fosse distinta daquela manifestada, por isso o erro vicia o consentimento.

No Direito Civil existe uma discussão se é necessário que o erro seja escusável ou não, mas isso se torna irrelevante no âmbito penal. A partir do momento em que o ofendido se encontra em erro, acreditando que existe uma situação fática diversa da real, já é suficiente para que o consentimento não seja livre e consciente, afastando-se a causa supralegal da ilicitude.

Suponha que determinada pessoa receba, erroneamente, um diagnóstico de câncer em estágio terminal, sendo que o tratamento por quimioterapia é apenas um meio de prolongamento da vida desse paciente. Essa pessoa, acreditando que sua realidade é uma morte iminente, decide pela eutanásia. No entanto, se se buscasse um outro profissional, descobriria que o câncer era facilmente tratável e que tinha grandes chances de curar a doença, mas como o paciente estava em erro, acabou optando pelo abreviamento da vida, o que não aconteceria se tivesse consciência da real situação.

Heloiza Meroto de Luca¹¹³ diferencia o erro do consentido (ofensor) do erro do consenciente (ofendido):

Para que o erro do consenciente sobre os elementos ou circunstâncias do fato torne nulo o consentimento é necessário que ele ocorra por culpa do consentido. Neste caso, o consentido responderá apenas por crime culposos, vez que não há a intenção de ludibriar o consenciente. Se o erro originar-se por culpa do consenciente, então o consentimento será válido. Por fim, se o erro ocorrer por culpa de terceiro, então o consentimento continuará sendo válido em relação ao consentido, respondendo este terceiro pelo delito em sua modalidade culposa.

¹¹² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 174

¹¹³ LUCA, op. cit., p. 752

Por essa razão, no caso da eutanásia, é muito importante que a decisão seja tomada de maneira informada. A informação é um dos principais pilares da bioética, segundo Rachel Sztajn¹¹⁴.

(...) quando em bioética se prevê que o consentimento informado seja um de seus pilares, também se pressupõe que a informação recebida (ou prestada) seja clara, que o profissional ao informar o paciente, o faça de forma clara e compreensível segundo regras de prudência, sem o que faltarão à opção fundamentos corretos. É preciso assegurar-se da boa comunicação entre médico e paciente e, principalmente, que este último entendeu o que lhe foi dito e pode avaliar as consequências sobre si, no futuro, da opção que venha a fazer no presente.

Tanto deve ser assim, que ao se observar os países que legalizaram a eutanásia, como a Holanda e Bélgica, em ambos existe um protocolo que exige que um médico externo, ou seja, diferente daquele profissional que acompanha o doente, também prescreva a eutanásia como sendo o melhor tratamento, conforme se expôs nas lições do Capítulo 1.

Outro vício que macula o consentimento é o dolo, que também é conhecido como fraude. Aqui, cria-se uma situação que não existe para enganar alguém com intuito de tirar proveito. Assim, o ofendido é induzido a erro, acreditando existir uma situação que não é real.

A fraude pode ser promovida pelo ofensor, por um terceiro ou por ambos. A principal diferença entre a fraude e o erro é que nesse o elemento marcante é a culpa. A situação equivocada é criada culposamente pelo ofensor, ofendido ou pelo terceiro, enquanto que na fraude, o elemento é o dolo. A situação equivocada é criada dolosamente pelo ofensor ou por um terceiro, a fim de colocar o ofendido em erro.

Exemplo de fraude ligada à eutanásia seria um filho que, interessado em receber vultosa herança do pai, em conluio com um profissional de saúde, forja exames e faz o seu genitor acreditar que está acometido por uma doença gravíssima, de modo que esse opta por ser eutanasiado. Nesse caso, o consentimento estava viciado pela fraude, não podendo ser invocada a causa de justificação, subsistindo o crime de homicídio doloso, havendo, inclusive, concurso entre o filho da vítima e o médico.

Já o vício da coação pode se dar de forma física ou moral. Será física quando o ofensor ou um terceiro exercer um constrangimento corporal no ofendido, restringindo-lhe a liberdade ou lhe violando a integridade física. Nesse caso, uma pessoa capaz, passa a ter sua capacidade reduzida, em razão de existir uma causa transitória que lhe impede de exprimir sua vontade real.

¹¹⁴ SZTAJN, op. cit., p. 31

Por essa razão, a coação não só afeta o consentimento, mas também a capacidade penal, tendo em vista que o ofendido deixa de ser imputável para passar a ser inimputável, uma vez que, apesar de ser capaz de entender o caráter ilícito do fato o qual estava consentindo, não tinha como se determinar conforme esse entendimento.

O mesmo ocorre na coação moral que é aquela em que o ofensor ou terceiro incutem no ofendido um fundado temor de dano iminente a alguém de sua família ou a uma pessoa próxima.

É difícil imaginar um exemplo em que alguém coage outrem a autorizar a eutanásia, porque quem quer coagir alguém a fazer algo, ameaçará a tirar a vida de uma maneira que perturbe o coagido. No entanto, mesmo assim é preciso reconhecer a coação como um vício do consentimento assim como todos os outros, uma vez que ela macula a manifestação da vontade.

Esses são os três tipos de vício que podem prejudicar a manifestação da vontade e que acarretariam a nulidade do consentimento, impedindo que o agente que praticou a eutanásia seja beneficiado pela causa de exclusão supralegal da ilicitude.

Portanto, para que o consentimento seja considerado válido, é preciso que o paciente tenha recebido toda a informação necessária sobre seu diagnóstico, permitindo-lhe tomar uma decisão informada, já que qualquer desconhecimento pode acarretar erro, o que viciaria o consentimento.

Fixada a premissa de que o consentimento deve ser livre, surge o questionamento sobre a possibilidade de outorga familiar quando o paciente não consegue exprimir o seu consentimento, ou seja, quando está impossibilitado, pela própria doença, de externar sua vontade.

Imagine o caso de uma pessoa portadora da doença mal de Alzheimer que já perdeu totalmente sua memória e está em completo estado vegetativo, alimentando-se por meio de sonda gástrica, fazendo uso de ventilação mecânica para poder respirar e que não possui mais nenhum estado de consciência.

Esse paciente não consegue manifestar seu desejo pela eutanásia, embora seu estágio seja um quadro de extremo sofrimento físico, já que o Alzheimer não acarreta a morte do portador da doença, sendo o óbito proveniente de outras enfermidades que são agravadas pelo Alzheimer.

A partir dessa situação concreta, surge então o questionamento se os familiares desse doente, que detêm capacidade penal, poderiam outorgar o consentimento, representando o ofendido. Segundo Heloiza Meroto de Luca¹¹⁵:

¹¹⁵ LUCA, op. cit., p. 751-752

A doutrina divide-se sobre a possibilidade de outorga do consentimento por representação. Tem-se, para nós, que este tipo de outorga não é possível, pois a renúncia dos bens penalmente relevantes é um direito personalíssimo de seu portador.

Porém, tanto Pierangeli quanto Roxin argumentam de maneira diversa e reforçam a possibilidade de o consentimento penal ser dado por um representante civil. Roxin entende que a representação penal segue o direito de família, sendo que o civilmente responsável também o será o penalmente¹¹⁶.

Se adotada a tese desses autores, como a capacidade civil passa a se confundir com a penal, nada impediria a outorga da família caso o enfermo apresentasse uma incapacidade absoluta, desde que ele estive devidamente representado ou assistido, se a incapacidade fosse relativa.

Por esse prisma, a questão apresentada encontraria solução simples: o portador de Alzheimer, já em estado vegetativo, poderia ser eutanasiado por requerimento formal de seus familiares e não sofreria mais com sua condição, sendo agraciado com uma morte digna e sem dores. Isso é o que gostaria de se ver tutelado pelo ordenamento jurídico.

Sucedede que é preciso seguir uma linha de coerência e, no âmbito da teoria do consentimento do ofendido, essa não parece ser a melhor orientação. Para que o consentimento seja interpretado como uma causa de justificação, ele depende da ocorrência da renúncia a um bem jurídico, o que só pode ser feito pelo próprio titular.

Não há possibilidade de se legitimar uma renúncia concedida por um terceiro, principalmente no que tange à eutanásia, porque, nesse caso, a ausência de renúncia da vida pelo titular e outorga por um terceiro, acarreta uma violação e isso a CFRB/88 não permite, dado o tratamento de inviolabilidade que conferiu ao bem jurídico vida.

Dessa sorte, acredita-se que a outorga familiar, pelo menos enquanto o argumento para legitimar a prática da eutanásia for o consentimento do ofendido, não é uma possibilidade que possa ser considerada pelo aplicador do direito.

Assim sendo, para que o consentimento tenha validade e surta efeitos, ele deve ser emitido pelo titular do bem jurídico, não podendo ser substituído por representante ou assistente e a manifestação da vontade deve ser livre, sem a presença de qualquer vício.

¹¹⁶ Ibidem

3.3.3 Bens jurídicos disponíveis e a desconstrução da indisponibilidade da vida

O último requisito exigido no consentimento do ofendido é que o bem jurídico tutelado seja disponível. Não existe na lei um rol do que é considerado disponível ou indisponível, ficando a tarefa de diferenciação a cargo do intérprete da lei.

Tendo em vista que o ordenamento foi todo construído com o intuito de proteger uma gama enorme de bens jurídicos, para que se possa aplicar o consentimento do ofendido como uma excludente de ilicitude, é necessário fazer um exercício constante de ponderação de valores.

Por consenso, determinou-se que os bens jurídicos indisponíveis seriam a vida, a integridade física e os direitos da personalidade, de maneira que os bens jurídicos disponíveis são encontrados pelo critério da exclusão¹¹⁷.

O direito à vida seria, portanto, indisponível. Isso significa dizer que o titular da vida não pode dela dispor. O primeiro forte indício de que o Direito Penal trata a vida como indisponível é a atipicidade do crime de constrangimento ilegal, prevista no art. 146, §3º, inciso II do CP¹¹⁸, quando o agente coage a vítima a não suicidar.

No entanto, antes de mais nada é preciso reconhecer que o direito à vida não é absoluto. Há situações em que se autoriza a retirar a vida de outrem sem que isso implique em uma responsabilidade penal. É o caso da legítima defesa, que ocorre quando a agressão contra a vida de outrem é perpetrada para salvar a própria vida; o aborto em caso de risco para a saúde da gestante, estupro ou quando se tratar de feto anencéfalo; a pena de morte em tempos de guerra.

Logo, se o ordenamento jurídico consegue prever e aceitar situações extremas em que um terceiro retira a vida de outrem sem que isso possa ser considerado um ilícito penal, estar-se-á mais perto de legitimar a eutanásia do que se imagina.

Primeiramente, há de se reconhecer que o paciente terminal, vegetativo ou incurável está inserido em um contexto excepcional e extremo, assim como nas situações acima, o que, por si só, já deveria levar a uma relativização da indisponibilidade da vida. Ademais, é um terceiro que, mediante consentimento do enfermo, retira a vida desse. Diante disso, se o ordenamento consegue aceitar situações em que é possível retirar a vida de alguém, independentemente do consentimento do ofendido e sem que isso acarrete a responsabilidade

¹¹⁷ SCHIAPPACASSA, Luciano. *Quais são os bens jurídicos disponíveis e indisponíveis sob a ótica criminal*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/58964/quais-sao-os-bens-disponiveis-e-indisponiveis-sob-a-otica-criminal-luciano-schiappacassa>>. Acesso em: 15 jan. 2020

¹¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 65.

do ofensor, mais razão se teria para aceitar a hipótese em que se retira a vida com o consentimento.

Deve-se superar essa visão de indisponibilidade da vida. O primeiro argumento para desconstruir esse conceito é encontrado na própria CFRB/88¹¹⁹, em seu art. 5º, que se valeu da expressão “inviolabilidade do direito à vida”, o que, pela etimologia da palavra, impõe um dever a terceiros, indicando que a vida de alguém não pode ser violada por outrem. Diferentemente da palavra indisponibilidade que implica em um dever para consigo mesmo.

Tomando esse raciocínio como base, Roberto Dias¹²⁰ defende que:

A vida, então, deve ser entendida como um direito disponível para o próprio titular e, além de renunciável, tal direito deve ser compreendido como um princípio constitucional e, portanto, passível de ponderação, controlada pela regra da proporcionalidade, levando em conta a dignidade e a liberdade do indivíduo.

Desta sorte, partindo do argumento de que a CRFB não positivou a indisponibilidade da vida, mas a sua inviolabilidade, sendo a primeira a relação que o titular da vida possui com o próprio direito à vida, quando um moribundo autoriza a intervenção médica para ser eutanasiado, ele, na realidade, dispõe de sua vida, o que, em tese, não encontra nenhum óbice legal. Nesse sentido, Marcello Ovidio¹²¹ infere que o texto constitucional não pode ser lido de modo a simplesmente proibir que qualquer pessoa decida sobre a duração de sua própria vida.

Outro argumento para afastar a indisponibilidade da vida é que, no consentimento do ofendido, que tem como natureza jurídica a exclusão da ilicitude, existe um conflito entre um interesse social e um individual. Quanto maior o interesse social naquele bem jurídico tutelado, menor será o interesse individual. Heloiza Meroto de Luca¹²² explica:

Geralmente, quanto maior a relevância social do bem, maior o interesse da sociedade e, portanto, menor a eficácia do consentimento. Todavia, há casos nos quais mesmo em se tratando de bens jurídicos de natureza social, com grande relevância à sociedade, o interesse individual pode fazer com que o consentimento-justificação seja eficaz. Tal ocorre, por exemplo, na eutanásia, quando a manutenção da vida causar grande sofrimento à pessoa e seus familiares. Em casos como este, o consentimento-justificação é eficaz a ponto de excluir a responsabilidade penal do agente.

¹¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 66.

¹²⁰ DIAS, Roberto. Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a constituição. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, ano 14, nº 16, p. 182-206, jul 2015, p. 191

¹²¹ GUIMARÃES, op. cit., p. 83

¹²² LUCA, op. cit., p. 807

No caso da eutanásia, o interesse individual dignidade está em conflito com o interesse social inviolabilidade da vida. Apesar de a vida ser um dos bens jurídicos mais relevantes, ela não deve ser protegida em detrimento da dignidade da pessoa humana, porque sem dignidade se esvazia o próprio direito à vida.

Conclui-se, portanto, que não se pode taxar, de antemão e fora da análise de um caso concreto, um bem jurídico como indisponível. Não existem bens jurídicos absolutamente irrenunciáveis, porque a afirmação de indisponibilidade de um bem deve partir da constatação fática, das circunstâncias reais que permitem ou não a lesão de um bem jurídico para se resguardar outro.

Na eutanásia existe uma situação extrema, na qual vida e dignidade humana são faces distintas de uma mesma moeda. Ao tratar a vida como indisponível o que está se afirmando é que a vida tem mais valor do que a dignidade e essa assertiva não é verdadeira. O que seria a vida sem a dignidade e a dignidade sem vida? Seria a total inexistência.

CONCLUSÃO

Vida e morte são institutos que andam de mãos dadas. A morte é o fim da vida, é a extinção da matéria de um ser vivo. O ordenamento jurídico brasileiro em muito se preocupou em garantir o direito à vida digna, tutelando, para tanto, uma gama de direitos e garantias que a eles se concedeu o *status* de fundamentais.

A morte não pode ser entendida como um conceito dissociado da vida. A morte é condição intrínseca da vida. Se o direito à vida só é garantido plenamente quando é exercido concomitantemente com a dignidade, negar a existência de um direito à morte digna é o mesmo que suprimir a dignidade de uma vida inteira.

A eutanásia é um instituto que visa facilitar o processo de partida de pessoas acometidas por doenças que conduzem a um estado de coisas inconstitucionais, onde, pouco a pouco, o paciente vai perdendo sua dignidade, até que fique em uma condição totalmente vegetativa. Preocupa-se, portanto, em garantir uma morte indolor ao doente, além de oferecer apoio emocional aos familiares, sempre respeitando a autonomia da vontade.

Assim, quando se analisa de uma maneira mais aprofundada o instituto da eutanásia, observa-se que ela acaba tutelando, indiretamente, a dignidade da pessoa humana, uma vez que permite o paciente decidir sobre o momento de sua morte; e a autonomia privada, já que a vontade do enfermo é sempre levada em consideração no momento das tomadas de decisões. Isso pode ser melhor observado por meio de uma figura geométrica triangular, sendo que em um dos vértices da base se encontra a autonomia da vontade, no outro a dignidade e, no ápice, o paciente.

A partir dessa constatação, de que a eutanásia é, na realidade, um mecanismo que tutela direitos fundamentais, é possível sustentar a tese de que o ordenamento constitucional brasileiro garantiu, de alguma forma, o direito à morte digna, na medida em que protege a vida digna. Partindo desse argumento, não haveria vedação constitucional para a prática da eutanásia.

No entanto, apesar de constitucionalmente ser possível defender a eutanásia como um instrumento de efetividade do direito à morte digna, deve-se reconhecer que o Direito Penal dificultou, se não rechaçou, qualquer possibilidade de aplicação do instituto. Isso porque, no art. 121, parágrafo 1º do CP, decidiu-se por tipificar o crime de homicídio piedoso.

Por mais que o dispositivo não utilize a expressão “eutanásia” propriamente dita, fica implícita a vontade do legislador em proibir a prática quando se valeu do termo “motivo de relevante valor social ou moral”. Porém, é justamente essa ausência de proibição expressa que confere força à tese de legitimação da eutanásia.

A teoria do consentimento do ofendido desempenha papel primordial para se buscar a isenção da responsabilidade de quem pratica a eutanásia. Isso porque, ao se reconhecer a possibilidade de aplicação dessa teoria, exclui-se a ilicitude do crime de homicídio piedoso.

A grande barreira de aplicabilidade do consentimento do ofendido na eutanásia é a convenção de que a vida é um bem jurídico indisponível e, assim sendo, nem mesmo em havendo autorização do ofendido para lesá-la, poder-se-ia autorizar a exclusão da ilicitude. Contudo, provou-se que a vida não é um bem indisponível.

Quando a vida é tratada pela doutrina como indisponível, e pela doutrina porque não há no ordenamento comando expresso garantindo à vida caráter indisponível, mas apenas inviolável, ignoram-se situações que jamais poderiam ter sido antecipadas. Situações marcadas pela miserabilidade, pela ausência de esperança, pelo sofrimento físico e emocional intenso, pelo esgotamento de recursos e, principalmente, pelo escoamento da dignidade. Por isso é importante perceber a íntima ligação existente entre o consentimento do ofendido na eutanásia e a morte digna.

O consentimento do ofendido leva em consideração a capacidade do enfermo, preocupando-se com a condição do sujeito, devendo esse ser visto pelo ordenamento como uma pessoa com desejos, sonhos, ambições, de modo que, sempre que possível, é imprescindível que ele seja ouvido, independente de capacidade civil ou penal. Ele deve ser ouvido simplesmente pelo fato de ser pessoa. Assim, nessa primeira etapa, o princípio mais evidente é o da dignidade da pessoa humana.

Além da capacidade, analisa-se a qualidade do consentimento, ou seja, se a vontade foi manifestada de maneira plenamente informada, sem a presença de qualquer vício do consentimento. Nesse momento, o enfermo recebe toda a informação necessária para que possa entender completamente o seu quadro de saúde, o que lhe permite tomar uma decisão devidamente orientada. Com isso, garante-se o direito à autonomia da vontade.

Dessa sorte, tendo em vista que o direito à morte digna é marcado justamente pela autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, fica evidente que a eutanásia é um dos instrumentos que viabilizam a implementação desse direito. O consentimento exprimido em um contexto eutanásico é sim uma causa de exclusão da ilicitude, porque para que seja considerado válido, depende do preenchimento de uma série de requisitos que apenas existem em razão de todas as garantias constitucionais, que são as mesmas que compõem o direito à morte digna.

O objeto da presente pesquisa é justamente levar esse nível de consciência aos intérpretes da lei. É preciso mudar o paradigma, é preciso interpretar o ordenamento jurídico como um propulsor de direitos e não como um cerceador.

A partir daí é como se a morte digna, por si só, fosse uma causa justificadora, apta a ensejar a exclusão da ilicitude. Ela se desprende do consentimento do ofendido e se emancipa, torna-se independente de qualquer atividade hermenêutica. Passa a existir por ela própria, como um verdadeiro direito constitucional.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e a Constituição Holandesa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 357-378, jan./dez. 2008

ALONSO, Juan Pedro; VILLAREJO, Agustina; BRAGE, Eugenia. Debates parlamentários sobre la muerte digna em Argentina: los derechos de los pacientes terminales em la agenda legislativa, 1996-2012. *História, Ciência, Saúde, Maguinhos*, v. 24, n° 4, p. 1031-1048, out-dez. 2017.

BACON, Francis. *History of Life and Death*. Disponível em: <<https://freeditorial.com/en/books/history-of-life-and-death>>. Acesso em: 20 abr. 2019. [e-book]

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. *Liberdades*, São Paulo, n° 1, mai-ago. 2009

BÉLGICA. *The Belgian Act on Euthanasia*. Disponível em: <http://www.ethical-perspectives.be/view_pic.php?TABLE=EP&ID=59>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2020

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2019

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n° 1.246*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n° 1.805*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 22 abr. 2019

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2019

_____. *Projeto de Lei n° 125/96*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

_____. *Projeto de Lei n° 236/12*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1560373292895&disposition=inline>> Acesso em: 27 jun. 2019.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamento, 2002

CASTRO, Mariana Parreiras Reis de; et al. Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. *Revista Bioética*. Belo Horizonte, nº 24, p. 355-367, jun. 2016

CHILE. *Código Penal*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

COLÔMBIA. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

COLOMBO, Sylvia. *Matéria Jornalística*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/06/conservador-chile-ve-guinada-progressista-com-governo-de-centro-direita.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

COSTA, Flávio Ribeiro da. *Direitos humanos – Direito de viver e direito de morrer – A questão jurídica da eutanásia como causa de exclusão supralegal de exclusão da culpabilidade*. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/direitos-humanos-direito-de-viver-e-direito-de-morrer-a-questao-juridica-da-eutanasia-como-causa-supralegal-de-exclusao-da-culpabilidade>>. Acesso em: 12 jan. 2020

DIAS, Roberto. Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a constituição. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, ano 14, nº 16, p. 182-206, jul 2015

DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=consentimento>>. Acesso em: 07 jan. 2020

DINEL, Laura Rheinheimer; Gomes, Daniela. O direito à morte digna. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, nº 1, p. 245-272, jan-jun/2016

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

ESTADOS UNIDOS. *Act 039*. Disponível em: <<http://www.leg.state.vt.us/docs/2014/Acts/ACT039.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. *Current Status*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/states/new-jersey/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. *Death With Dignity Acts*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/learn/death-with-dignity-acts/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. *Montana*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/states/montana/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. *Oregon's Death with Dignity Act*. Disponível em: <<https://www.oregon.gov/oha/PH/ProviderPartnerResources/Evaluationresearch/deathwithdignityact/Pages/index.aspx>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. *The California End of Life Option Act and Death with Dignity*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/news/2016/01/california-end-of-life-option-act/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. *Washington Death with Dignity Act: A History*. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/washington-death-with-dignity-act-history/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FOLHA. *Conservador, Chile vê guinada progressista com governo de centro direita*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/06/conservador-chile-ve-guinada-progressista-com-governo-de-centro-direita.shtml>>. Acesso em: 26 jun. 2019

_____. *Constitucionalista diz que lei ampara ortotanásia no país*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200613.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2019

GAUTHIER S; et al. *Suicide Tourism: a pilot study on the Swiss phenomenon*. *J Med Ethics*. Zurich, p. 1-7, aug. 2014

GODOY, Regina Maria de. *A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica São Paulo, São Paulo, 2010

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia – Colômbia*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutacol.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004

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

HOUAISS. *Mini Houaiss Dicionário da Língua Portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010

KÓVCS, Maria Júlia. *Bioética nas Questões da Vida e da Morte*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003

LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A Legalização da Eutanásia no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4217/a-legalizacao-da-eutanasia-no-brasil/2>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

LUCA, Heloiza Mereoto de. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 100. P. 739-815, jan/dez 2005

LUXEMBURGO. *Aprenda sobre um pedido de eutanásia ou suicídio assistido*. Disponível em <<https://guichet.public.lu/fr/citoyens/famille/euthanasie-soins-palliatifs/fin-de-vie/euthanasie-assistance-suicide.html>>. Acesso em: 03 jun. 2019

MÉXICO. *Código Penal Federal*. Disponível em: <<https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-segundo/titulo-ecimonoveno/capitulo-ii/articulo-302>>. Acesso em 22 jan. 2020

_____. *Constitución Política de la Ciudad de México*. Disponível em: <http://www.infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDmx.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

_____. *Ley de Voluntad Antecipada para el Distrito Federal*. Disponível em: <<http://www.aldf.gob.mx/archivo-077346ece61525438e126242a37d313e.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003

MORE, Thomas. *Utopia*. Disponível em: <<https://www.planetebook.com/free-ebooks/utopia.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2019 [e-book]

NEPOMUCENO, Júlia Gabriela de Sena. Eutanásia: o liame entre a dignidade, a autonomia e a morte. *Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade*, Natal, v. 8, nº 1, p. 182-198, jan/jun. 2017

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Editora dos Tribunais. 3 ed, 2001

PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não ressurreição*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004

PORTO, Carolina Silva; FERREIRA, Clécia Lima. Eutanásia no Direito Penal: os aspectos jurídicos do homicídio piedoso. *Revista Inter Faces Científicas – Direito*. Aracaju. V 5. N.2, p. 63-72, fev. 2017

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2016

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

SCHIAPPACASSA, Luciano. *Quais são os bens jurídicos disponíveis e indisponíveis sob a ótica criminal*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/58964/quais-sao-os-bens-disponiveis-e-indisponiveis-sob-a-otica-criminal-luciano-schiappacassa>>. Acesso em: 15 jan. 2020

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 37. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014

SOUZA, Pablo Nicolas; ESSARTS, Marcelle Naomi; VENÂNCIO, Nandara Borges; OLIVEIRA, Raíssa Neves. Suicídio assistido e eutanásia: quem tem o direito de julgar? *Revista Ideia*, Uberlândia, v. 9, n. 1, p. 145-164, 2018

SUÍÇA. *Código Penal*. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html#a115>>. Acesso em: 04 jun. de 2019.

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

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2017

URUGUAI. *Código Penal*. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

VEJA. *Parlamento de Portugal aprova legalização da eutanásia*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/parlamento-de-portugal-aprova-legalizacao-da-eutanasia/>>. Acesso em: 26 mar. 2020

ZATERKA, Luciana. Francis Bacon e a Questão da Longevidade Humana, *Revista Scientiae Studia*, São Paulo, nº 3, 2015