

## **CAPÍTULO VII - EUTANÁSIA E CONSENTIMENTO**

### **VII.1 - Teoria do Consentimento**

O estudo do consentimento do ofendido no campo do direito penal é, hodiernamente, cada vez mais relevante, mormente em matéria na qual a sua aplicação é realidade fulcral, como ocorre no tema da eutanásia.

A teoria da imputação objetiva, com as idéias do risco permitido e a discussão acerca do incremento do risco como causa de responsabilidade, tornou esse estudo ainda mais importante, colocando-o na ordem do dia, ao lado da questão da auto-colocação em risco por parte do ofendido e suas conseqüências.

Tal estudo, diante de sua amplitude, acaba por abranger ou ao menos enfatizar pontos da teoria do delito, da tipicidade e sua exclusão, das causas de justificação e, particularmente, da própria teoria do consentimento, incluindo as noções da figura do consenciente, a disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico, o consentimento como causa de exclusão de ilicitude e ainda o acordo, figura a ele correlata, como causa excludente de tipicidade.

Releva anotar, outrossim, que essa amplitude do tema importa também no necessário estudo das formas de consentimento, seu tempo, seu modo e suas limitações. Essa necessidade advém da verificação de que a matéria vem a lume diuturnamente, eis que os casos concretos em que a questão do consentimento está presente são constantes, postos nas mais variadas atividades da vida humana, como acontece, por exemplo, e em maior proporção, nas hipótese do transporte coletivo, das práticas desportivas e, dependente de discussão ainda mais profunda, das medidas e tratamentos médicos, com reflexos diretos na conduta eutanásica.

O consentimento do ofendido, de qualquer modo, pode ser precipuamente conceituado como “a anuência ou adesão do ofendido (da vítima) que autoriza a lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico que lhe pertence (e que está inserido no âmbito da sua autonomia pessoal)”.<sup>241</sup>

O termo tem a origem latina *consentire*, e em seu original significado quer dizer ‘concordância entre as partes ou uniformidade de opinião’. Pode ser compreendido, pois, como “a concordância, aceitação, manifestação de vontade, ou seja, em termos penais traduz a idéia de que a vítima permite a conduta do agente”.<sup>242</sup>

### **VII.1.1 - O Consentimento do Ofendido como Causa de Justificação**

O Código Penal brasileiro não coloca o consentimento do ofendido entre as causas expressas de justificação. René Ariel Dotti ensina, entretanto, que o fenômeno pode ser reconhecido pelo sistema nas hipóteses em que decorrer da vontade juridicamente válida do titular do direito, como causa supralegal de justificação.

Aduz acerca de algumas hipóteses em que a figura do consentimento do ofendido, de qualquer modo, se mostra ou se mostrou existente no Código Penal pátrio, como ocorre, por exemplo, nos crimes de invasão de domicílio, apropriação indébita, introdução de animais em propriedade alheia, e como ocorreu no rapto consensual, aduzindo, ademais, que o consentimento eficaz pode excluir não somente a ilicitude como também, em certos casos, até mesmo a própria tipicidade do fato.

Nesse passo, assenta que muitas legislações estrangeiras são bem mais amplas que a brasileira no tocante às causas de justificação,

---

241. Conforme Luiz Flávio Gomes, *Direito Penal, Parte Geral, Teoria Constitucionalista do Delito*, p. 221.

242. Segundo Alessandra Orcesi Pedro, *A Autocolocação da Vítima em Risco*, p. 85.

particularmente no que pertine ao consentimento do ofendido. O Código Penal português é um exemplo disso, ao determinar que o fato não é punível criminalmente quando for excluída sua ilicitude pela ordem jurídica considerada em sua totalidade, dispondo a lei, expressamente, que o consentimento do titular do interesse jurídico lesado é causa de justificação. O Código Penal italiano, de igual modo, prevê que não é punível quem lesa ou põe em perigo um direito com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor. A relevância do consentimento, nesse ponto, resta diretamente ligada à disponibilidade do bem jurídico por parte do ofendido.<sup>243</sup>

De igual forma recorda Heleno Cláudio Fragoso que a lei não alude ao consentimento do ofendido. Opina, de qualquer modo, que o consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, consubstanciado naquele cuja conservação seja de interesse coletivo. Assevera ter para si que a honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos e o patrimônio são bens disponíveis, enquanto a vida e a administração pública, por exemplo, devem ser tidos como indisponíveis e irrenunciáveis.<sup>244</sup>

Defende Francisco de Assis Toledo, de outro lado, que o consentimento do ofendido é de ser considerado uma causa supralegal de justificação, na medida em que se impõe de fora do tipo para a exclusão da ilicitude de fatos que lesem bens disponíveis, após aquiescência de seus titulares.<sup>245</sup>

Aníbal Bruno, da mesma maneira, diz que o titular de um bem disponível que manifeste sua vontade, aquiescendo com a lesão, faz com que

---

243. René Ariel Dotti, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p. 404.

244. Heleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal, A nova parte geral, pp. 192-193. Diz que, muito embora não haja alusão pela lei ao consentimento do ofendido, há casos em que a renúncia do titular do bem jurídico afasta a ilicitude, eis que a proteção jurídica está em função da ausência de consentimento. Refere-se não às hipóteses em que o dissenso da vítima é elementar da conduta típica, como no caso da invasão de domicílio, eis que em tais situações o consentimento exclui a própria tipicidade, mas sim em casos em que a tutela jurídica se exerce em relação a bem jurídico disponível, ou seja, exclusivamente de interesse privado, em que a lei fornece proteção somente se é o bem atingido contra a vontade do interessado. Compreende, por fim, que a integridade corporal também é bem jurídico disponível.

245. Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal, p. 214.

esse consentimento seja admitido como excludente da ilicitude.<sup>246</sup>

Magalhães Noronha, por seu turno, atenta que a lei penal italiana, ao contrário da legislação pátria, é exemplo de legislação que determina não ser punível quem lesa ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que desse direito pode validamente dispor, asseverando, no entanto, que a omissão da lei brasileira não traz graves conseqüências, isso porque defende que, da sistemática legal, emerge a noção de que há bens jurídicos que não são lesados, desde que haja consentimento do ofendido, como ocorre, por exemplo, no furto, em que a subtração só se dá *invito domino*, ou seja, contra a vontade do dono ou possuidor da coisa. O dissenso, assim, é elemento típico e, se ausente, não tem o fato nem mesmo tipicidade. Em outros casos, como ocorria no rapto consensual, a aquiescência da ofendida é que era, ao contrário, elemento do tipo. Desafia ainda os casos em que o consentimento funciona como excludente de ilicitude, o que geralmente ocorre nos crimes contra o patrimônio. De qualquer maneira, defende que deva ser o direito, para que opere o consentimento, disponível, de modo a insistir que existem direitos para cuja lesão é inoperante o consentimento do titular, como o são aqueles fundamentais para o Estado e eminentemente sociais, tal qual a vida humana”.<sup>247</sup>

Luiz Flávio Gomes, quanto à natureza jurídica do consentimento do ofendido, leciona que ora esse “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 supra legal de exclusão de antijurudicidade). E às vezes ainda funciona como causa de diminuição de pena”. No caso da aquiescência funcionando como causa excludente de antijuridicidade, preleciona que quando se trata de bens jurídicos sumamente relevantes para a pessoa, isto é, para o desenvolvimento de sua personalidade, não basta que a vítima consinta para

---

246. Aníbal Bruno, *Direito Penal - Crimes contra a Pessoa*, pp. 19-20.

247. E. Magalhães Noronha, *Direito Penal, Introdução e Parte Geral, Volume I*, pp. 202/203.

afastar o delito, posto ser necessário também um contexto justificante. São os casos em que o consentimento somente poderá ter efeito dentro da antijuridicidade na medida em que um bem jurídico é afetado para salvar outro de igual ou maior valor.<sup>248</sup>

De todo o modo, o consentimento do ofendido terá eficácia jurídico-penal quando satisfizer, indispensavelmente, alguns requisitos.

Nessa ordem, dentre os **requisitos para o consentimento eficaz**, tem-se que o ofendido deve manifestar a sua **aquiescência** de modo **livre de coação** ou de qualquer outro vício da vontade. Demais disso, no momento em que o ofendido estiver aquiescendo, deve estar em condições de compreender o significado e as conseqüências de sua decisão, tendo **capacidade de entender e de querer consentir**, portanto.<sup>249</sup>

Deve ainda o **bem jurídico objeto do consentimento** se encontrar **na esfera de disponibilidade do aquiescente** (mais no sentido de ser este o titular do bem do que no de se julgar disponível ou não um bem jurídico, em apreciação estaque). Por derradeiro, é também requisito que o **tipo de ilícito realizado deve** se identificar com o que foi previsto, além de **se constituir em prévio ou concomitante objeto do consenso** do ofendido.<sup>250</sup>

---

248. Luiz Flávio Gomes Direito Penal, Parte Geral, Teoria Constitucionalista do Delito, p. 222. Exemplifica a situação mencionada com o caso da extração de um rim, em que o bem jurídico, embora disponível, no sentido de que mesmo sem esse órgão a vítima não morre, “não tem função de intercâmbio; ao contrário, é fundamental para a pessoa e, em conseqüência, para o desenvolvimento da sua personalidade. Cuida-se de bem vital e tendencialmente vital. Torna-se imprescindível, assim, constatar a presença de um ‘contexto’ justificante (extrair-se o rim de uma pessoa para salvar outra), que vai além do consentimento da vítima. A solução penal para os casos de órgãos humanos quase que vitais requisita a presença de um motivo justificador sério, que permita um resultado balanceado entre bens jurídicos. Sacrifica-se um para salvar outro. A fundamentação da disponibilidade de um bem sumamente relevante requer, em suma, uma situação justificante incontestável”.

249. René Ariel Dotti, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p. 405.

250. Filippo Grispianni, La Natura Giuridica del Consenso Dell’Offeso, pp. 4-9. Leciona o autor que “gli elementi pertanto essenziali al concetto di ‘consenso dell’offeso’ sono i seguinte: a) innanzi tutto un ‘permesso’ e cioè una manifestazione unilaterale di volontà; dal che deriva che il consenso dell’offeso non consiste nello ‘accordo colla volontà di um altro’ perchè se cio è esatto nei confronti del consenso come elemento del contratto, non è però altrettanto esatto nei confronti del consenso dell’offeso, il quale non richiede necessariamente tale accordo... b) il consenso deve riferirsi ad um’azione vietata dall’ordinamento giuridico; ed è precisamente in questo contrasto (almeno aparente) tra la volontà della legge, che vieta l’azione, e la volontà del titolare del bene, che la permette, che si caratterizza il nostro istituto; il quale appunto presenta um interesse giuridico in quanto si tratta di superare e risolvere l’antitesi (almeno aparente) delle due volontà, per dimostrare come e fino a che punto queste possano

## VII.1.2 - Acordo - O Consentimento como Causa Excludente de Tipicidade

O acordo pode ser tido como a aquiescência ou o consentimento que acaba por excluir a tipicidade da conduta, sendo ele caracterizado nos casos de figuras penais que trazem o consentimento como parte da estrutura típica, ou seja, como uma característica negativa sua, descrevendo-se o não consentimento.

Nesse passo, se um dos elementos do tipo é o não consentimento do titular do bem jurídico, resta evidente que, se este consente, não existe o crime, porque o tipo não se configura. É, por exemplo, o caso do delito de invasão de domicílio. É certo que não haverá fato típico na hipótese do titular do bem jurídico consentir que o agente ingresse na residência ou em outro local que lhe sirva de domicílio.

O consentimento do ofendido, portanto, pode claramente se consubstanciar em uma causa de exclusão da tipicidade. Conforme já assinalado, Luiz Flávio Gomes fala em possibilidade de uma exclusão da tipicidade fática/legal, isto é, desde logo de uma excludente do lado fático/legal (formal, ôntico ou naturalístico) do tipo, na hipótese em que, em razão de sua estrutura, exige-se o dissentimento. É o caso já mencionado da invasão de domicílio, eis que o tipo penal, nessa situação, já pressupõe o

---

(cont.) 250. ... invece armonizzare ed essere dirette ad un medesimo scopo. c) l'azione consentita deve essere tale da costituire, in linea di fatto, una lesione od un'esposizione a pericolo di un bene, e cioè l'effetto, il risultato dell'azione consentita deve consistere o in un vero e proprio danno, in una lesione, ovvero in un'esposizione a pericolo... Se l'azione consentita deve essere tale che rappresenti pur sempre, nonostante il consenso, un'offesa ad un bene, ne deriva che a rigore non rientrano nel nostro istituto quei casi in cui la presenza di un consenso toglie addirittura all'azione il carattere oggettivo di lesione od esposizione a pericolo. Ed invero la rilevanza giuridica del consenso dell'offeso consiste non già nel togliere all'azione, oggettivamente considerata, l'uno o l'altro elemento di fatto; bensì - pur lasciando immutata oggettivamente l'azione offensiva - nel modificarne la natura e la qualifica giuridica. d) il bene offeso deve appartenere alla stessa persona che concede il consenso. Da che deriva che non rientrano nel nostro istituto tutti quei casi in cui la liceità, o meno, di un'azione dipende bensì anche dall'esistenza di un consenso o di un'autorizzazione, ma questa deriva da un soggetto diverso dal titolare del bene la cui offesa è consentita. Naturalmente però il consenso può anche derivare, oltre che direttamente dal titolare del bene offeso, anche dal suo rappresentante, legale o volontario, nei casi e nei limiti in cui la natura del bene non escluda che se ne possa disporre per mezzo di rappresentante (genitore, tutore, amministratore ecc.)".

dissenso da vítima, ao passo em que, havendo aquiescência, não se poderá falar em fato típico. O mesmo ocorre, por exemplo, no caso da vítima maior de quatorze anos que consente com a relação sexual. O consentimento é, pois, fática e legalmente atípificante.<sup>251</sup>

De outro lado, aduz que o consentimento pode excluir a tipicidade material. No caso, a aquiescência é atípificante porque afasta a tipicidade axiológica (o desvalor do fato), desde que estejam presentes determinados requisitos, tais como o de ser o bem jurídico disponível, mas não tendencialmente vital como a honra, o patrimônio ou as lesões leves, o de ser válido o consentimento (ofendido deve contar com dezoito anos ou mais), o de ser prévia ou concomitante a aquiescência (dada antes ou durante a execução do delito), e o de estar consciente o agente de que atua de acordo com o consentimento da vítima.

### **VII.1.3 - Consentimento e Acordo do Ofendido**

Sob a denominação de aquiescência a doutrina procura abranger o consentimento e o acordo. A aquiescência, nessa esteira, por vezes se mostra como excludente de tipicidade. Em outros momentos, é recebida como causa excludente de ilicitude, podendo, ainda, ser penalmente irrelevante.

Para fins acadêmicos, mas também com utilidade para possibilitar diferenciação dos efeitos do consentimento nas variadas situações fático-jurídicas da vida em geral, pode-se denominar a aquiescência (consentimento em sentido amplo) geradora da atipicidade de “acordo”, enquanto a que opera

---

251. Luiz Flávio Gomes, *Direito Penal, Parte Geral, Teoria Constitucionalista do Delito*, pp. 221-222. Fornece, dentre os exemplos da atipicidade axiológica, o caso do dono que autoriza a destruição de seu carro, posto que na hipótese o agente praticou uma conduta permitida, autorizada. O fato é formalmente típico (crime de dano), mas não materialmente típico. Ademais, o risco criado não foi proibido, não se falando em imputação objetiva da conduta. Recorda que se inserem nesse diapasão, dentre outros, a vasectomia, os esporte perigosos, a laqueadura, a cirurgia transsexual, a tatuagem e o globo da morte.

como causa de justificação é chamada de “consentimento”, ou consentimento propriamente dito, ou ainda consentimento em sentido estrito.

Leciona José Henrique Pierangeli que o acordo, só por existir, ainda que não conhecido pelo agente, torna atípica a conduta, posto que provoca um dolo que não guarda congruência no tipo objetivo, afetando com isso a tipicidade objetiva. O consentimento, ao contrário, afeta a ilicitude, requerendo seja conhecido por parte do autor. Sendo uma causa de justificação, a sua ciência torna conhecida a antijuridicidade. O mesmo ocorre nos delitos culposos, sendo o consentimento do ofendido também causa de justificação. A eficácia dessa causa, na hipótese, ocorre desde que aquele que consinta tenha o conhecimento da conduta perigosa que se vai realizar. Relaciona-se a eficácia do consentimento, portanto, com o risco que a conduta cria para os bens jurídicos, pressupondo-se que o consenciente tenha plena ciência desses riscos.<sup>252</sup>

A aquiescência, desse modo, pode se apresentar como causa de justificação ou como causa de atipicidade, mas também pode ser penalmente irrelevante, como nos casos em que o bem jurídico concerne a uma pluralidade de indivíduos. Nessas situações, a aquiescência de um dos sujeitos é irrelevante, posto não possuir ele, isoladamente, a disponibilidade do bem. A eficácia da aquiescência é plena, ao contrário, se o indivíduo que aquiesce pode dispor individualmente do bem, eis que a lei, no caso, tutela o âmbito da liberdade individual. Assim, não é tutelado o bem jurídico, isto é, a propriedade, a honra ou a honestidade em si mesmo consideradas, mas sim o direito de disponibilidade sobre esses mesmos bens.

Por outro lado, se inexistir bem jurídico ofendido, a aquiescência do titular do bem se constitui em pressuposto da atipicidade da conduta, muito embora essa hipótese não seja absoluta, já que há casos em que a garantia dos

---

252. José Henrique Pierangeli, *in* O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito, pp. 94-96.



direitos individuais determina que a aquiescência se apresente como condição para que terceiro atue amparado por preceito permissivo, operando-se, nessa situação, uma causa de justificação e não de exclusão da tipicidade.

Assenta ainda que há, de todo o modo, variados estudos acerca do consentimento, tal a amplitude e relevância da matéria. Recorda a teoria de Feuerbach, pela qual se amplia, sem medida, o efeito jurídico do direito de disposição. De acordo com ela, se uma pessoa renuncia a seus direitos por meio de um ato declaratório de vontade, faz com que seu consentimento elimine, de uma vez, o conceito de delito. Colaciona, também, que Zitelmann trouxe, por seu turno, a teoria do negócio jurídico, a indicar que a essência do consentimento é garantir ao consenciente o cumprimento da conduta, dando, sob certo aspecto, natureza negocial à aquiescência. Significa que as ações consentidas, estando em conformidade com o direito privado, ainda que eivadas de ilicitude penal, acabariam por excluir essa ilicitude, em razão das disposições da gestão de negócios.<sup>253</sup>

Já a teoria da ação jurídica, defendida por Bierling, prescreve, no tocante ao instituto do consentimento, que os bens são juridicamente tutelados enquanto seu titular os considerar e os tratar como bens de valor. Consentindo, porém, na sua perda, diminuição ou colocação em perigo de perda ou redução, a conduta deve ser considerada lícita. Permitindo a ofensa ao seu bem, deixou de ser ele, portanto, juridicamente tutelado.<sup>254</sup>

---

253. Feuerbach afirmava que “enquanto uma pessoa pode renunciar a seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade, o consentimento para o fato da parte do prejudicado elimina o conceito de delito: *Volenti non fit injuria*. Assim, tão somente deve ser submetido às disposições prováveis (conforme o direito) do ofendido, o direito contra o qual a ação, a que se refere o consentimento, está dirigida. Se o direito está subtraído à livre manifestação da vontade do autorizado ou se este é incapaz da sua livre disposição, o consentimento não tem efeito jurídico algum”. Já a teoria do negócio jurídico, de Zitelmann, retomada por Frank e transportada do Código Civil alemão para o Direito Penal, tem como essência garantir a quem consente o cumprimento da conduta, assinalando-se que “uma vez admitida a natureza de negócio jurídico ao consentimento, pode-se explicar a sua eficácia como causa de exclusão de antijuridicidade, mesmo diante do silêncio da lei, pois os princípios que regulam os negócios jurídicos existem em si mesmo no direito privado, onde a pessoa possui o poder de determinar, dentro de certos limites, os próprios fundamentos jurídicos” (José Henrique Pierangeli, op. cit., pp. 73-75).

254. Também Binding tem entendimento similar, aduzindo que a aquiescência do interessado pode compreender a transmissão de um direito, como se fora um contrato. Recorda Filippo Grisogni, nesse passo, *in La Natura Giuridica del Consenso del'Offeso*, pp. 6-7, que “l'opinione del Binding che in esso vuole comprendere perfino la trasmissione e costituzione di un diritto, per mezzo di contratto ... consistendo il consenso dell'offeso in un

Mezger, por seu turno, se aproxima dessa teoria, mas afirma que a exclusão do injusto funda-se na falta de interesse do titular do bem juridicamente tutelado, pressupondo o abandono consciente dos interesses por parte daquele que legitimamente tem a faculdade de disposição sobre o bem jurídico. De qualquer modo, assinala que a legislação geralmente traz o instituto do consentimento ligado à noção de disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico existente no caso concreto e ainda à cláusula dos bons costumes, sendo inarredável um juízo valorativo (efetivado pela lei e, após, por seu aplicador) acerca dessas circunstâncias, por mais que se busquem critérios objetivos nas disposições legais acerca dos limites da aquiescência do ofendido.<sup>255</sup>

Welzel, de igual modo, segue a teoria da ação jurídica, explicando que se a conduta estiver em conformidade com o consentimento, aquela se torna lícita. Enfoca, ainda, a importância do direito consuetudinário como critério limitador da validade do consentimento, dizendo que o fato, a despeito do consentimento - que não pode ser dado pelo ébrio ou obtido mediante engano ou ameaça - não deve ser contrário aos bons costumes,

---

(cont.) 254. ... permesso, il contenuto empirico della volontà è quello di 'concedere ad una persona la facoltà di compiere un'azione altrimenti vietata'. L'effetto giuridico consiste nell'ampliamento, nell'estensione della sfera del diritto di libertà del destinatario, al quale diventa giuridicamente lecita l'azione offensiva. Inesatto pertanto risulta l'affermare che la volontà del consenziente è diretta ad escludere l'antigiuridicità dell'azione, perchè tale esclusione dell'antigiuridicità a rigore non rappresenta neppure l'effetto immediato, ma soltanto l'effetto mediato. Ed invero l'effetto immediato, come si è detto, è costituito dall'ampliamento della sfera del diritto di libertà del destinatario; cosicché, agendo questi nell'esercizio di tale diritto, ne consegue che la sua azione offensiva non è giuridicamente illecita. E come l'azione consentita non è contraria al diritto obbiettivo, così essa non è neppure contraria al diritto soggettivo del consenziente, poichè in seguito alla facoltà concessa al destinatario, nei confronti di questo, il bene cessa di essere protetto giuridicamente e, come tale, diviene inidoneo ad essere giuridicamente offeso. Cosicché nell'offesa compiuta sulla base di un valido consenso, manca l'elemento oggettivo dell'illecito".

255. Edmund Mezger, Tratado de Derecho Penal, tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz, pp. 397-398 e ainda pp. 425-429. Anota, entretanto, que a exclusão do injusto pode se dar na falta de interesse do titular desde que o bem juridicamente tutelado seja disponível, o que não ocorre com o bem 'vida'. Desfia que "el consentimiento de la persona a quien se da muerte, incluso su demanda expresa y formal, no es susceptible de excluir lo antijurídico del homicidio". Lembra que M.E. Mayer admite uma exceção nos casos da chamada eutanásia, em que se acelera a morte de um indivíduo que sofre sem esperanças de salvação, ministrando-lhe um meio letal que abrevia seu tormento, mas alega que a legislação, em geral, ainda não permite tal exceção. Atenta para o fato do legislador considerar a vida como um bem inalienável, "y ello confirma la concepción jurídica de que también la salud pertenece a aquellos bienes que el Estado se esfuerza en conservar a causa del valor de los mismos para la colectividad y a los que, em consecuencia, no puede renunciarse".

exemplificando o caso da mulher que consente na prática de lesões sádicas praticadas pelo seu empregador para não perder o emprego. Tem-se, em

situações como essa, que o consentimento, apesar de válido, não torna a conduta justificada, por ser contrária aos bons costumes.<sup>256</sup>

Manuel da Costa Andrade, por seu turno, reconhece que no plano dogmático há pertinência de uma arrumação dualista das manifestações jurídico-penalmente relevantes do consentimento do portador concreto do bem jurídico, isto é, do acordo que afasta a tipicidade e do consentimento que retira a ilicitude.<sup>257</sup>

Essa concepção dualista se contrapõe à solução monista, para a qual não sobram diferenças expressivas de regime, pertinentes aos problemas prático-jurídicos, a legitimar teoricamente a distinção e contraposição dogmáticas. Justamente por ser dualista, dessa forma, a arrumação concebe que no acordo, ao contrário do que sucede no consentimento, a sua eficácia jurídico-penal não está sujeita a qualquer cláusula limitativa dos bons costumes.

Assim, assenta que os ‘bons costumes’ erigem-se em cláusula exclusiva do consentimento justificante, colocando-se como critério geral limitador de validade e de eficácia do consentimento. Recorda o exemplo da lei portuguesa, que utiliza a cláusula dos bons costumes como tal critério, não somente no domínio específico dos crimes contra a integridade física, como também estendendo a referida cláusula a todas as manifestações do consentimento, o que singulariza a legislação lusitana, eis que os ordenamentos que tratam expressamente da matéria, incluindo o consentimento como causa de justificação, o fazem, em geral, exclusivamente

---

256. Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán, parte general*, tradução de Juan Busto Ramírez e Sergio Yáñez Peres, pp. 141 e 256-258. Fala, outrossim, da noção de exculpante supralegal, ligada ao tema da eutanásia, asseverando que tais exculpantes devem pressupor “que la acción del autor era el único medio para proteger de una desgracia mayor; que el autor ha elegido realmente el mal menor; y que há perseguido subjetivamente el fin de salvación.”

257. Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, pp. 137-147.

no âmbito dos crimes contra a integridade física, limitando a essa órbita, portanto, a cláusula limitativa dos bons costumes.<sup>258</sup>

Preleciona que essa cláusula traz sujeição à eficácia do consentimento, mas não do acordo, posto que não se fundamenta a censura deste em nome dos bons costumes. Diz que a invocação dos bons costumes em relação ao acordo é contraditória em seus próprios termos, anotando idéia advinda da doutrina alemã de que “o direito de dispor livremente do bem jurídico protegido deduz-se precisamente do mesmo bem jurídico, constituindo parte essencial do valor para o direito”.

Segue anotando que “o exercício da capacidade de disposição, assim, é uma forma de realização do valor, que está coberto de todo o controle e de toda a intervenção paternalista do Estado. E isto mesmo quando tal aparece, aos olhos de terceiro, como objetivamente arriscado e não racional”.

Claus Roxin, de outra banda, sustenta a generalização da cláusula dos bons costumes, não reconhecendo, quanto aos efeitos, a fronteira entre consentimento e acordo. Afirma ainda que se o preceito não deve se circunscrever às ofensas pessoais, não subsistem razões para impedir a sua aplicação a todas as manifestações de consentimento penalmente relevante, independentemente de valerem como exclusão da tipicidade ou da ilicitude.<sup>259</sup>

De todo o modo, a arrumação dualista parece ser a mais conveniente para delimitar, faticamente, as fronteiras de aplicação da aquiescência e o âmbito dos efeitos advindos do consentimento em sentido amplo.

Diante do que já foi exposto, a doutrina que defende o paradigma dualista, consubstanciada na distinção normativa e dogmática entre o

---

258. Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*, pp. 537-541.

259. Claus Roxin, *in* Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal, pp. 367-375.

consentimento e o acordo, costuma, em resumo, ratificar três pontos principais no que pertine a esse dualismo: (a) ao contrário do que ocorre com o consentimento, o acordo não se sujeita à cláusula limitativa dos

bons costumes; (b) há diferença, entre o consentimento e o acordo, de regime jurídico-penal nos casos em que o agente atua desconhecendo a concordância do titular do bem jurídico; e (c) há distinção entre os regimes do consentimento e do acordo inquinados por erro do titular do bem jurídico.<sup>260</sup>

No que pertine ao item (a) acima indicado, e conforme alhures anotado, tem-se que o consentimento se sujeita à cláusula limitativa dos bons costumes, não sendo eficaz caso com ela confronte, incorrendo, portanto, causa de justificação em face da conduta do agente.

No acordo, de seu turno, não há essa limitação, posto que se dá força plena à autonomia individual, assegurando-se, ao mesmo tempo, a realização do bem jurídico típico e o adimplemento da tutela penal programada.

Quanto ao item (b) supramencionado, encerra-se a idéia de que o acordo, por sua própria existência, ainda que não conhecido pelo agente, torna atípica a conduta, eis que coloca o bem jurídico protegido de qualquer lesão por parte do agente, sendo eventual tentativa, por parte deste, de todo inidônea. O acordo, portanto, deixa subsistir um desvalor de ação, totalmente desacompanhado, entretanto, do desvalor do resultado. Assim, a existência do acordo prescinde do conhecimento do agente. Já o consentimento, nessa arrumação dualista, por ser causa de justificação, requer, ao contrário, o seu conhecimento por parte do autor.

Muito embora a defesa da paridade de tratamento entre consentimento e acordo, quanto ao seu conhecimento pelo autor do fato,

---

260. Manuel da Costa Andrade, repise-se, defende especialmente essa arrumação dualista, conforme exposto na 'conclusão' de sua obra 'Consentimento e Acordo em Direito Penal', pp. 668-669.

indique que em ambos os casos a solução pode ser a da tentativa inidônea, o melhor entendimento parece ser mesmo o de que a ausência de conhecimento

não altera a eficácia do acordo, enquanto a ciência do agente é necessária para tornar eficaz o consentimento.

Sendo o agente desconhecedor do consentimento válido, a ele se imputa a sanção cominada ao autor da conduta típica. Em certas legislações, mitiga-se tal solução, punindo-se o autor do fato que esteja nessa situação com a pena aplicável à tentativa.

Em relação à diferença entre os regimes do consentimento e do acordo inquinados por erro do titular do bem jurídico, conforme item (c) retro anotado, tem-se que, em princípio, o erro determina invariavelmente a ineficácia do consentimento, ao passo que, no acordo, em razão do dogma de seu caráter exclusivamente fático-naturalístico, fica ele adstrito ao princípio da irrelevância do erro. Em um ou outro caso, no entanto, o esquema apresentado não pode ser absoluto e inflexível, devendo o erro ser efetivamente relevante para tornar a aquiescência ineficaz.<sup>261</sup>

Em razão disso, no consentimento deve-se definir um princípio de demarcação do erro relevante que assegure o respeito da autonomia pessoal e não resulte em um alargamento da área de tutela do tipo penal além da lei ou contra ela. No acordo, outrossim, somente no campo da interpretação da incriminação típica e nos limites assinalados pela área de tutela típica se poderá separar, para aferição do vício da vontade na aquiescência, o erro relevante do erro irrelevante.

Arremata Alessandra Orcesi Pedro que a posição doutrinária clássica era mesmo, em geral, calcada no consentimento como causa supralegal de exclusão de ilicitude, desde que presentes as já mencionadas

---

261. Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 669.

condições, como a permissão do ordenamento jurídico para a disposição pessoal do interesse, a capacidade pessoal do consenciente, a ausência de vício da vontade, o consentimento anterior à prática do fato e o conhecimento do consenso por parte do autor.

Com o advento da imputação objetiva, entretanto, foi-se além, propondo-se que o consentimento deveria excluir o tipo penal, e não a ilicitude, sendo tal posicionamento apoiado no entendimento de que o comportamento da vítima deveria ser efetivamente analisado quando da compreensão do tipo.

Nessa linha, indica que “quando a vítima consente no crime, ela está interagindo com o agente, ela está se posicionando perante o crime e isso não pode ser ignorado pelo Direito Penal”.

Argumenta que a aceitação desse consentimento obviamente não poderá ser feito de forma simplista, isto é, deverão outros elementos ser analisados para que seja válida a aquiescência, tais quais “a ausência de qualquer vício de vontade, a capacidade do consenciente de consentir, e a disponibilidade do bem jurídico, de acordo com os bons costumes e a ordem pública”.

Segue, por fim, repisando a afirmação de que, de acordo com a vitimodogmática, é necessário estudar o comportamento da vítima em relação ao delito e ao agente, não se podendo mesmo negar que o consentimento é efetiva manifestação de vontade do titular do bem jurídico afetado pelo crime, o que deverá ser sempre considerado no momento da tipificação.<sup>262</sup>

---

262. Alessandra Orcesi Pedro, A Autocolocação da Vítima em Risco, pp. 90-91.

#### VII.1.4 - Consentimento Expresso e Consentimento Tácito

O consentimento expresso é aquele manifestado de forma inequívoca por meio de palavra, ato escrito ou outros sinais inequívocos capazes de manifestar um pensamento, enquanto o tácito existe quando não há manifestação expressa da vontade, mas ainda assim o consenciente atua de modo a revelar a sua intenção de consentir, praticando ou deixando de praticar atos de forma a indicar esse *animus*.

Deve o consentimento, de todo modo, ainda que tácito, para sua plena eficácia, ser sempre claro, sério, livre e determinado, podendo até se constituir no silêncio, porém sem excluir-se a exigibilidade de que seja reconhecível.

Pierangeli recorda, nesse ponto, que muito embora parte da doutrina entenda a desnecessidade de que seja reconhecível, ou mesmo que não se deva exigir que o agente saiba do consentimento, é correto compreender-se que deve ele se apresentar mesmo como um fato exteriormente reconhecível, apto a demonstrar, sem contradições, a vontade interna, posto que, se assim não fosse, haveria incompatibilidade com a posição de que toda a excludente deveria reclamar um contingente subjetivo.<sup>263</sup>

Segue anotando que o consentimento ainda deve ser, de qualquer modo, prestado antes da conduta do agente, ou ao menos concomitantemente a ela, eis que, se posterior, o fato permaneceria ilícito, sendo o consentimento ineficaz para o campo da justificação, além de dever ser compreendida como revogável a aquiescência até o momento em que o agente pratica o fato consentido, necessitando, em princípio, ser expressa a revogação, se expresso for o consentimento, ao mesmo tempo em que poderá ser tácita tal revogação, quando também tácito o ato de consentir.

---

263. José Henrique Pierangeli, O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito, pp. 152-161.



### VII.1.5 - Consentimento Presumido e Consentimento Putativo

Pressupõe o consentimento presumido a não existência de consentimento real do ofendido. Giuseppe Bettiol ensina que apenas se supõe a sua existência diante das circunstâncias concretas em que o agente tenha atuado.<sup>264</sup>

Para a eficácia do consentimento presumido é, pois, necessária a ausência de um consentimento real, a presença dos requisitos necessários para um consentimento válido e a contraposição entre dois ou mais bens jurídicos de um mesmo titular do direito, ou seja, um maior a ser salvaguardado e outro menor, lesado pelo agente.

Assim, para tal eficácia não basta que o agente pratique o fato no interesse do titular do bem jurídico, mas que o pratique também em face de uma presunção de consentimento diante de uma situação fática.

O consentimento putativo, por sua vez, ocorre quando o agente incorre em erro grave ao crer na existência de um consentimento inexistente. Trata-se de hipótese em que há erro do agente e não do portador do bem jurídico.

Diferencia-se, pois, o consentimento putativo do presumido na medida em que, no primeiro, o agente erra acreditando que há consentimento, enquanto no presumido não há erro algum, tendo o agente pleno conhecimento da inexistência do consentimento expressado. Dessa forma, não há

---

264. Giuseppe Bettiol, *Direito Penal, parte Geral*, Tomo II, p. 261. Diz que o consentimento presumido é coisa diferente do efetivo. Este é uma realidade, que o juiz toma em consideração para negar caráter antijurídico a um fato perpetrado, enquanto o consentimento presumido é uma suposição do magistrado acerca da presença da aquiescência que o titular do direito manifestaria se tivesse conhecimento da situação especial.

aquiescência, mas se pressupõe a sua existência diante das circunstâncias apresentadas faticamente.

Nessa linha, o consentimento putativo configuraria erro de proibição, posto que o agente erra crendo que consentimento houvesse e, se assim fosse, a aquiescência se constituiria em uma causa de justificação, havendo, portanto, erro sobre a ilicitude do fato.<sup>265</sup>

#### **VII.1.6 – O Consenciente e o Bem Jurídico Disponível. O Risco Permitido e a Aceitação Sócio-Cultural**

Pode o consenciente ser pessoa física ou jurídica, bastando, para a eficácia do consentimento, seja a pessoa que consente titular do bem tutelado, sendo esse bem ou interesse, em princípio, disponível.

Em sentido contrário, o fato consentido somente pode ser cumprido, em primeira análise, por uma pessoa física, mormente se não admitida a hipótese da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

De se anotar, ainda, que a validade do consentimento do ofendido prescinde da capacidade volitiva ou intelectual de quem cumpre o fato consentido, não se reclamando do agente, portanto, a sua imputabilidade para que seja válido o consentimento. Desde que válida a aquiescência, produzirá efeito para excluir a tipicidade ou a ilicitude da conduta, sem que haja necessidade de se recorrer à culpabilidade. Do mesmo modo, quanto ao concurso de agentes, tem-se que o consentimento dirigido a um deles, concorrendo os demais para o fato consentido, a todos aproveita no que toca à justificação da conduta.

Quanto à capacidade para consentir, é certo, repita-se, que o consenciente deve estar em condição físico-mental de aquiescer. No que pertine

---

265. Conforme José Henrique Pierangeli, *in* O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito, pp. 161-166.

à idade para consentir, entretanto, verifica-se que os ordenamentos jurídicos são bastante variáveis. No caso pátrio, como a lei penal não contempla expressamente o consentimento do ofendido como causa de justificação, o assunto simplesmente não é enfrentado pela norma legal.

Em assim sendo, pode-se, de um lado, aceitar a hipótese de abolição da existência de idade-limite a permitir que o titular do bem jurídico consinta validamente, deixando, nesse caso, a critério do julgador, na situação concreta, a valoração do grau de capacidade do consenciente. De outro lado, fixando a lei pátria em dezoito anos a maioridade penal, parece ser mais conveniente que, na falta de norma expressa, seja seguido esse limite etário para a capacidade de aquiescer, muito embora não possa ser esse patamar absoluto, eis que há certas situações em que a própria lei penal já se inclinou para um limite etário menor, de quatorze anos apenas, como nos crimes contra os costumes (caso do consentimento para a conjunção carnal e o do não há muito revogado tipo do rapto consensual).

Há ainda casos de incapacidade natural do consenciente, como ocorre nas hipóteses de doença mental ou de deficiência psíquica decorrente do uso de bebidas alcoólicas ou substância entorpecente, ou ainda de moléstia física em que o grau de alteração mental atinja o contingente volitivo de quem consente. Nessas situações o consentimento é, em regra, inválido.

No tocante à validade do consentimento, além do estudo acerca da capacidade do consenciente para aquiescer eficazmente e da noção de que deve ser ele o titular do bem ou interesse juridicamente protegido para que a aquiescência seja válida, é também relevante a idéia acerca da disponibilidade do bem. Em suma, o titular do bem deve ter capacidade para dispor livremente dele.<sup>266</sup>

---

266. René Ariel Dotti, como já indicado, reitera que, dentre outros, para a eficácia jurídico-penal do consentimento deve ser livre a manifestação de aquiescência do ofendido, estando o bem jurídico objeto desse consentimento na esfera de disponibilidade de quem aquiesce (Curso de Direito Penal, Parte Geral, p. 405).

Para que seja válido o consentimento, o bem jurídico envolvido deve ser disponível, eis que, do contrário, não poderia o titular desse bem dele dispor. Essa assertiva, de toda forma, não pode ser absoluta, sob pena de não se abrir, por exemplo, qualquer senda para casos eutanásicos (bem jurídico envolvido é a vida, em princípio, indisponível), o que não se afiguraria aceitável. Ademais, não basta a solução simplista de se dizer que um bem jurídico, como a vida, é indisponível, impedindo-se qualquer outra interpretação ou flexibilidade. O próprio balanceamento de bens jurídicos envolvidos e a verificação do caso concreto indicam o equívoco de uma ‘absolutização’ do referido critério.

Genericamente, entretanto, para fim de estudo acadêmico da teoria do consentimento, a primeira idéia é mesmo a de que a disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico limitaria, em primeira análise, a validade do consentimento.

Em geral, são incluídos nessa ordem de bens disponíveis os patrimoniais. Assim, as condutas que tipificam delitos patrimoniais poderiam ser justificadas, em havendo previsão legal expressa ou em se aceitando, na hipótese, o consentimento como causa supralegal de justificação. Ao lado dos delitos patrimoniais, as legislações em que a aquiescência pode ser causa de justificação costumam, no mais das vezes, incluir também as condutas infracionais penais contra a honra, a integridade física e a liberdade individual.

De toda maneira, são mesmo os bens patrimoniais os disponíveis por excelência, a despeito de tal fato não significar que, ainda nas legislações que recebem o consentimento do ofendido como causa de justificação, a aquiescência seja sempre apta a excluir a ilicitude.

Enquanto no furto, por exemplo, a excludente geralmente atua, o mesmo não ocorre no roubo ou na extorsão, eis que nessas hipóteses, ao lado

do interesse particular que parece inicialmente preponderante, há um proteção buscada pela norma penal que transcende esse interesse privado.

Por fim, para a sua eficácia, deve também o consentimento restar nos limites dos bons costumes, devendo ser inserida, de qualquer forma, na aferição dessa limitação, a noção de moralidade pública e, mais do que isso, um necessário cuidado na busca do balanceamento entre o consentimento e a ordem pública.

Dessa idéia conclui-se, em primeira análise, que o consenciente não pode dispor validamente de bem jurídico quando se verificar que o ato de renúncia é contrário à ordem pública, conclusão esta extraída dos princípios gerais do complexo de normas que compõem o ordenamento jurídico.

Releva anotar, ademais, a importância, em paralelo à teoria do consentimento, porque em muitos casos há com ela uma aproximação ou mesmo uma interação, do fenômeno do ‘risco permitido’.

René Ariel Dotti ensina que “o fenômeno social e jurídico do risco permitido ou risco tolerado constitui uma das manifestações rotineiras dos tempos modernos em determinados setores da vida humana”, existindo atividades de risco praticadas por determinados profissionais, como policiais, bombeiros ou, a mais interessar ao presente estudo, os médicos, todos envolvidos em situações de risco envolvendo a generalidade das pessoas. A hipótese em que um médico realiza cirurgia de emergência e sem os preparativos usuais para salvar a vida do paciente exemplifica o fenômeno em todos os seus limites, ponderando-se que quanto mais imprescindível for uma modalidade de comportamento humano, maior será o risco a ser suportado em relação a ele, sem que disso resulte reprovação jurídica, estabelecendo-se linha demarcatória entre o fato punível e o fato impunível causado pelo risco juridicamente permitido advindo da atividade ou da situação.

Dessa noção também se observam as chamadas normas de cultura, em verdade correlatas a uma noção de aceitação social da conduta e do risco a ela inerente, a justificar penalmente, por exemplo, o uso de meios de correção por parte dos mestres em relação aos alunos, uso este admitido pelos costumes, e também, por aproximação, a justificação quanto às intervenções médico-cirúrgicas, mormente as não terapêuticas.<sup>267</sup> Mir Puig, no contexto, alerta que é justamente o papel que se atribui aos valores tutelados e às normas de conduta, na teoria do delito, o fator condicionante a uma orientação - indelevelmente ligada à sociedade repleta de riscos e valores culturais em que se está imerso - mais ou menos liberal na legislação e na sua posterior interpretação, ao passo que Figueiredo Dias assinala que o Direito Penal, na sociedade do risco, deve resguardar-se de tentativas de instrumentalização para não se tornar inconciliável com os fundamentos do Estado de Direito.<sup>268</sup>

Günter Jakobs, por seu turno, afirma não ser mesmo possível uma sociedade sem riscos, indicando não ser factível uma garantia normativa que implique total ausência de risco. Alerta que o risco é inerente à configuração social e que outra solução inexiste senão a irremediável tolerância com o 'risco permitido'.<sup>269</sup>

Leciona que um comportamento que gera um risco permitido é considerado socialmente normal, pois nessa configuração o risco é aceito de modo natural e não porque, no caso concreto, esteja sendo tolerado em virtude do contexto em que se encontra. Em razão disso, os comportamentos que criam os riscos permitidos não devem ser tão somente justificados, porém devem ser tidos como condutas que não realizam tipo algum, com exclusão da tipicidade. Anota, outrossim, que esta solução foi primeiramente imposta no âmbito do

---

267. René Ariel Dotti, *op.cit.*, pp. 406.

268. Santiago Mir Puig (*in* Derecho Penal: parte general e [www. mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos), em 26/12/18, às 15h15min). Segue a ele Jorge de Figueiredo Dias (*in* O Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco - Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33, p. 39). Assinala Mir Puig, ademais, que a só contemplação dos textos legais no seu sentido literal não permite captar todo sentido normativo do direito vigente, devendo-se descobrir, a partir do direito positivo, as valorações e os princípios que existem por trás da norma jurídica. O evoluir crítico da legislação por parte da doutrina jurídica será, assim, mais sólido e coerente caso se baseie em uma orientação político-jurídica consciente de seu significado global.

269. Günter Jakobs, *in* A Imputação Objetiva no Direito Penal, pp- 35-38.

comportamento culposo, após estendendo-se para a generalidade dos casos.

Importa aduzir, ainda, a hipótese de eventual incremento do risco como causa de responsabilidade. Em sendo assim, pode-se estar, em princípio, diante de caso de risco permitido e, de acordo com a alteração do comportamento do agente, passa a ser gerado um risco não permitido.

Nessa situação a conduta também passa a ser punível, eis que o alegado risco foi indevidamente incrementado, ou seja, tem-se que o incremento do risco não era permitido na situação em que se apresentou.

De todo o modo, defende que a conduta do agente permanece impunível nos casos em que, ainda que incrementado o risco pelo agente, coloca-se o ofendido contrariamente a um dever de auto-proteção. Para tal, utilizar-se-ia o princípio de que a dúvida labora em prol do réu, por não estar o risco em uma relação planificável com a falta maior do ofendido ao dever de se proteger, colocando-se ele próprio em risco.<sup>270</sup>

Claus Roxin, outrossim, assevera que o ofendido que se auto-coloca em perigo, tendo plena consciência desse risco, fará com que seja excluída a imputação em face do agente. O mesmo ocorreria se o ofendido tivesse apenas reduzida a sua capacidade de autocontrole, continuando, porém, a ser senhor de suas decisões, a despeito da decisão lhe ser, neste último caso, dificultada.<sup>271</sup>

De outro lado, aduz que se a capacidade de discernimento inexistir ou estiver, por qualquer motivo, diminuída, a ponto de não contar mais o ofendido com a consciência plena do risco, poderá ser ao autor da conduta imputado o resultado.

---

270. Günter Jakos, op. cit, pp. 89 e ss.

271. Claus Roxin, Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal, pp. 353 e ss.

No tocante ao indivíduo que contribui para a colocação em perigo de outrem, tem-se que ao contribuidor deve se imputar a realização do risco por ele criado e não compreendido pela vontade do ofendido. O provocador, nesses casos, reconhece que a vítima não tem consciência do alcance de sua decisão. Assim, somente não se imputará o resultado ao contribuidor de uma auto-colocação em risco se aquele que se coloca em perigo conhece o risco na mesma medida que aquele que para ele contribui.

Nessa linha também se identifica a heterocolocação em perigo consentida, situação em que não é a própria pessoa que se coloca deliberadamente em perigo, mas se deixa colocar em risco por outrem, tendo consciência do perigo, como ocorre, por exemplo, no caso de um acidente automobilístico, em que perece passageiro que ordenou ao condutor que ultrapassasse a velocidade máxima permitida, no intuito de não perder um compromisso. Roxin chega a dizer, nessa hipótese, que tendo o ofendido assumido o risco, haveria exclusão da imputação, observados os pressupostos de que o dano foi consequência do risco corrido e não de erros adicionais, e que este ofendido teve a mesma responsabilidade pelo fato comum que o autor da conduta.

## **VII.2 - Limites Da Validade Do Consentimento no Tratamento Médico. O Consentimento do Paciente e a Eutanásia. Autonomia da Vontade e Testamento Vital.**

Especificamente nos casos de tratamento médico, aí incluídas as hipóteses eutanásicas, a denominação ‘aquiescência ou consentimento do ofendido’ pode ser mais convenientemente nomeada ‘consentimento do paciente’, muito embora, para fins de estudo da teoria do consentimento, não haja maior problema em se utilizar o termo ofendido, mormente em seu sentido mais amplo, ao se tratar do doente.



A essência da estrutura do instituto do consentimento não se altera nesse caso, e a sistemática jurídico-penal se mantém íntegra. Pode ocorrer, entretanto, na seara da responsabilidade penal, quanto ao tratamento médico e, sobretudo, às práticas eutanásicas, diante da mitigação da noção dos limites da aquiescência e do alargamento do que se compreende como disponibilidade de bens jurídicos, alguma alteração correlata aos próprios limites de excludentes de tipicidade e ilicitude decorrentes justamente do consentimento do paciente. A especial interpretação quanto à idéia de disponibilidade de bens jurídicos, em particular, mormente na eutanásia, é de todo relevante na medida em que, se assim não fosse, nem mesmo discussão acerca da prática eutanásica poderia ocorrer, eis que seria ela antecipadamente impedida em face de uma noção absoluta da indisponibilidade da vida como bem jurídico inviolável. No tratamento médico em geral, outrossim, além da relevância do estudo acerca dos limites da disponibilidade dos bens jurídicos, também releva aprofundar-se no instituto da tipicidade conglobante e da teoria do risco.<sup>272</sup>

A idéia da tipicidade conglobante é uma dentre as que buscam explicar o porquê da exclusão da tipicidade no tratamento médico terapêutico, ligada, de toda a forma, à aceitação social de uma conduta, porque adequada socialmente.<sup>273</sup>

---

272. Nelson Lavava Filho, *Responsabilidade Penal do Médico*, pp. 194/195 e 216. Discorre que a eutanásia voltou a ser objeto de mais e novo estudo desde que na Holanda a prática foi permitida por lei, na hipótese do médico, em sua consciência, não encontrar alternativa médica, também após consulta a parentes do interessado e a outros profissionais da medicina, a não ser a morte do paciente que pede insistentemente pela própria morte, por padecer dores intoleráveis. Daí se observou uma tentativa de suavizar a indisponibilidade do bem jurídico vida, sobretudo em virtude do avanço técnico da medicina, que possibilitou manipular o momento da morte, prolongando-se artificialmente o período vital, o que poderia violar, de qualquer modo, o direito a uma morte digna. Ao mesmo tempo, o respeito à autonomia da vontade do paciente passa a ser tido como pressuposto legitimador da relação médico-paciente, sendo seus limites a necessidade de ser o consentimento plenamente informado, o aquiescente ser maior e capaz e não haver conduta médica contrária aos valores ético-sociais então predominantes.

273. José Henrique Pierangeli, *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*, pp. 41-47. Leciona, nesse contexto, que de “uma maneira geral, a doutrina entende que a norma e o bem jurídico não pertencem ao tipo, e que, diversamente, permanecem como antepostos a ele. Disto resulta que tanto a tipicidade como a antinormatividade, que se presume sejam características necessárias à tipicidade de uma conduta, não pertencem à tipicidade em si, no sentido de que não pertencem ao tipo legal. Consequentemente, uma conduta, pelo fato de ser típica, seria também, necessariamente, antinormativa e deveria ofender a um bem jurídico. Não obstante, pode suceder que condutas se ajustem perfeitamente à descrição típica e, sem embargo disso, não serem antinormativas e nem virem a afetar bens juridicamente protegidos. Isto acontece quando uma conduta, embora descrita no tipo, é

Essa adequação social, *in casu*, não figura como expressão jurídica ou conceito jurídico, até porque normativamente não é mesmo conceituável, devendo, repise-se, atuar como expressão correlata à ‘aceitação social’, isto é, ao recebimento e incorporação de uma conduta, tida pela sociedade como adequada, em determinado tempo e em certo local. Nessa linha, sabendo-se que a tipicidade é a adequação do fato humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora, bem como que o tipo é a descrição do comportamento proibido, compreendendo as características objetivas e subjetivas do fato punível, sendo esse tipo uma figura que resulta da imaginação do legislador, ao passo que o juízo de tipicidade se consubstancia na averiguação que se realiza acerca de uma conduta para se saber se apresenta os caracteres imaginados, tem-se a concluir que tipicidade é o resultado afirmativo desse juízo.

Diante disso, pode se dizer que ocorre a tipicidade conglobante na medida em que, para se fazer o juízo de tipicidade, deve se verificar mais de um tipo penal, ou seja, mais de uma norma proibitiva, ou ainda um tipo penal e outra norma, uma, em princípio, contrapondo a outra. Indica-se, pois, a hipótese de uma norma proibitiva ser limitada no seu âmbito de proibição por outra norma. Vale dizer, nesse passo, que esta outra norma proíbe a não realização do que o tipo relativo à primeira norma proibitiva descreve. Em assim sendo, muito embora haja adequação inicial a um tipo penal, a conduta não é típica, eis que outra norma proíbe a não realização dessa mesma conduta.

---

(cont.) 273. ... ordenada por outra norma”. De se recordar, outrossim, no tocante à teoria da adequação social, que “Binding ... acentuou que toda a conduta que lesa ou põe em perigo um bem juridicamente tutelado, só pode ser cuidada dentro do âmbito do direito, porquanto o direito positivo é falto de disposições indicativas acerca do risco consentido, ou, pelo menos, de disposições que abrissem uma enorme lacuna na lei. Para tanto, de quando em vez, se deveria verificar se a sociedade poderia dispensar uma conduta perigosa, quando esta se manifestasse indispensável (risco inevitável) e que o ordenamento jurídico deveria considerar, vez que todo risco, em si, constitui uma possível lesão. Observou-se, portanto, que a simples tipicidade legal não seria suficiente para afirmar a tipicidade penal de uma conduta, questão de difícil colocação dentro da teoria geral do delito.” Aduz, ainda, que “Welzel, partindo das concepções até então surgidas, formulou a teoria da adequação social ou teoria da conduta socialmente adequada, que .. firmou-se como causa particular de atipicidade. O fundamento da teoria está em que os tipos assinalam as condutas proibidas, pondo em evidência serem tais condutas socialmente relevantes, porque ‘são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada’. Nos tipos, faz-se patente a natureza social, e, ao mesmo tempo, a história do Direito Penal ... As ações socialmente adequadas, portanto, pelas suas características, não contrastam com as exigências da vida social, num determinado momento histórico, ainda que possam apresentar uma aparente contrariedade com os preceitos de uma legislação penal. Deixam, pois, de ser típicas, vez que carecem daquela relevância que caracteriza as condutas típicas.”

Nessa senda de raciocínio, ademais, tem-se que a averiguação da tipicidade não leva de imediato a conhecer a contrariedade da conduta em face da ordem jurídica, mas somente em relação a uma norma proibitiva. A antinormatividade de uma conduta, isto é, a contradição de uma conduta com uma norma proibitiva não se confunde, portanto, com a antijuridicidade, ou seja, com a contrariedade dessa conduta em face da ordem jurídica.

Especificamente quanto à licitude do tratamento médico, várias teorias procuram explicá-la. Em princípio, pode a medida médica (a de urgência, como a intervenção cirúrgica emergencial), ser considerada lícita ainda quando esteja ausente o consentimento do interessado. Pierangeli assinala que são bastante variados os fundamentos utilizados para justificar a sua licitude, tais quais a tipicidade justificada e atipicidade, a gestão de negócios, o estado de necessidade, o exercício regular de direito, a causa de exclusão da culpabilidade, a ausência de culpabilidade, a causa supra-legal de justificação, a adequação social, o direito consuetudinário, o interesse prevalente, o meio justo para um fim justo, dentre outros.<sup>274</sup>

Defende, particularmente, a posição na qual a atividade médico-cirúrgica com finalidade terapêutica distingue-se com clareza daquela sem fim terapêutico, mormente quando esta tem por objeto um fim meramente estético. Isso porque a que tem finalidade terapêutica é fomentada pela ordem jurídica, sendo a atividade sustentada pelo próprio Estado, com seus diversos órgãos administrativos da área de higiene e saúde públicas. Dessa forma, enquanto a terapêutica torna a conduta conglobantemente atípica, já que fomentada pela própria ordem jurídica, a não terapêutica se apresenta justificada, eis que permitida ou tolerada.

Em virtude dessa conclusão, mormente no caso da atividade terapêutica, o sucesso ou insucesso da intervenção médico-cirúrgica, desde que

---

274. José Henrique Pierangeli, *op.cit.*, pp. 195 e seguintes.

tenha havido observância, pelo cirurgião, dos procedimentos (incluindo os tecnológicos possíveis no momento), conhecimentos e habilidades médicas aplicáveis ao caso, ou seja, desde que tenha sido executada segundo a *lege artis*, não altera a solução de atipicidade apresentada. O resultado negativo não gerará tipicidade, nem mesmo culposa, até porque, tendo o médico seguido todo o conjunto de regras, é notório que o êxito da atividade cirúrgica não depende apenas da própria intervenção *lege artis*, mas também da situação biológica do organismo do paciente e de variadas outras circunstâncias que nem sempre são previsíveis.

Especificamente quanto ao consentimento do paciente no tratamento médico-cirúrgico não emergencial, não poderia este, em princípio, ser realizado sem a aquiescência do interessado, com a ressalva, reiterese, da hipótese de necessidade muito bem fixada, eis que o ato de consentir (que gera a atipicidade ou que exclui a antijuridicidade) é o demarcador dos pontos inicial e final da licitude do tratamento, daí porque a aquiescência deve ser anterior à intervenção. A falta do consentimento, *in casu*, poderia impedir a atuação do médico.

Assim, se o médico não pode deixar de agir quando solicitado pelo interessado e, ao contrário, pode (ou deve) agir, em casos emergenciais, ainda que não exista tal solicitação, também parece correto que não possa ser compelido a atuar, sendo responsabilizado penalmente pela inação, quando há sério e informado pedido de não intervenção, por parte do interessado, sobretudo em casos não emergenciais.

De toda a forma, dentre os muitos posicionamentos para solucionar a questão da responsabilidade do médico, tem-se o do consentimento presumido para os casos extremos, que geraria atipicidade da conduta, ou ainda a posição que parece predominar, a indicar a justificação da conduta fundada no estado de necessidade, como nos casos da tentativa de salvar a vida do

paciente *in extremis*, restringindo-se a atividade médica, assim, à atualidade e à inevitabilidade do perigo.<sup>275</sup>

Magalhães Noronha, nesse ponto, diz que a intervenção médico-cirúrgica, em geral precedida de regulamentação dos aspectos técnico-cirúrgicos, em casos de irrecusável necessidade, incumbindo-se o Estado de regular e fiscalizar os procedimentos, garante a quem a pratica o exercício regular de um direito, mesma hipótese havida nos casos de violência desportiva (mormente em esportes como o boxe ou a luta livre), em que o emprego de atitude violenta não constituiria crime. Em um e outro caso estaria patente o regular exercício regular do direito, fundado, *in casu*, na permissão e regulamentação do Estado e no consentimento válido dos participantes, com observância de regras previamente delimitadas.

Aduz que, em uma ou outra situação, podem intervir o caso fortuito, o dolo e a culpa. Conservando-se o praticante da conduta, no entanto, estritamente nos limites das regras postas, a conduta é lícita, ainda que dela advenham as piores conseqüências, como o evento morte.<sup>276</sup>

Por fim, tema dos mais espinhosos é o da prática eutanásica, de um lado, e a sua correlação com o consentimento do paciente, de outro.

O consentimento do ofendido, na legislação pátria, de se repetir, não está posto no direito positivo como causa, ao menos legalmente expressa, de justificação da conduta típica. De qualquer modo, a aquiescência, ainda que não expressa no ordenamento jurídico, pode produzir efeito essencial em certas condutas (invasão de domicílio, por exemplo), ou secundário em outras, mesmo que apenas nas circunstâncias judiciais, para uma eventual atenuação na fixação da pena.

---

275. Também segundo José Henrique Pierangeli, *op.cit.*, pp. 266-267.

276. E. Magalhães Noronha, *Direito Penal, Introdução e Parte Geral, Volume I*, p. 203.

Luiz Flávio Gomes, nessa senda, diz que o consentimento, ao lado das hipóteses em que exclui a tipicidade ou a antijuridicidade, pode ser recebido como causa de diminuição de pena. Assevera que é o caso da eutanásia, não autorizada no Brasil. A aquiescência da vítima, nessa situação, não seria atípificante ou justificante, mas permitiria a redução da responsabilidade penal e, em consequência, da sanção.<sup>277</sup>

De toda a forma, ainda que a eutanásia não seja, em princípio, admitida no direito pátrio, sendo o autor da prática eutanásica punível penalmente, o fato é que nas legislações em que é admitida, ainda que parcial ou indiretamente, e por ser um dos pilares da aceitação da eutanásia como tal, o consentimento do interessado acometido de doença incurável e já em fase terminal aparece como requisito essencial.<sup>278</sup>

Núñez Paz alerta, no contexto, que o sujeito passivo, especificamente nos delitos contra a vida humana, pode evidentemente ser qualquer pessoa, mas no que pertine ao tema do consentimento do ofendido, deve se ter em mente a existência de uma pessoa responsável para poder consentir no que toca a ser privado de sua vida. Por conseguinte, há de conservar a capacidade de decisão e ser dono de seus atos, isto é, deve compreender as transcendências dos mesmos. Assim, a vontade de morrer, como requisito do consentimento para dispor da própria vida, deve ser livre, ou

---

277. Assim, “quem mata a vítima a seu pedido, para abreviar o seu sofrimento, responde por homicídio, normalmente privilegiado, que configura causa de diminuição de pena”, não se olvidando de que o juiz, quando da fixação da reprimenda, há que considerar sempre o comportamento da vítima (Luiz Flávio Gomes, *Direito Penal, Parte Geral, Teoria Constitucionalista do Delito*, p. 223).

278. Chiara Tripodina, *Il Diritto nella'età della Tecnica – Il caso dell'eutanasia*, pp. 74-75, recorda que o debate na doutrina é intenso e contínuo acerca da validade do pedido de morte realizado por pessoa doente, em estado terminal, daí porque constantemente é questionado se este pedido pode ser considerado um consentimento validamente prestado no caso de haver homicídio, ou se tal solicitação deve ser tida como sempre inválida, em razão da condição de deficiência psíquica na qual se encontra o peticionário. Desfia, em conclusão, que ainda prevalece na doutrina a posição de que deve se dar relevância à apreciação das condições concretas do doente que pode - mas não necessariamente deve - apresentar, em razão da enfermidade, uma situação psíquica que reduza sua faculdade intelectual e volitiva, podendo conduzir a uma prestação inválida do consentimento. O estudo do caso concreto é, portanto, de toda relevância (n. tradução livre). A situação em tela, de qualquer modo, ajuda a agregar importância e conveniência aos chamados testamentos vitais, confeccionados em época anterior à instalação de qualquer doença, quando está o interessado sabidamente íntegro física e psicologicamente.

seja, não viciada, significando um efetivo ‘querer morrer’, pelo que não pode, logicamente, obter-se por meio de violência, intimidação ou engano.

Defende que a aquiescência, ainda que, na quase generalidade das legislações, não se apresente como causa de justificação no homicídio consentido, ao contrário do que ocorre no caso das lesões corporais, pode ser tida como uma causa de justificação incompleta, em razão de sua existência trazer um menor conteúdo de injusto. Nesse ponto, assinala que a vontade da vítima deve influir, se não para eximir de pena o autor do fato, ao menos para diminuir relevantemente a sua punição, eis que, de todo o modo, existe uma essencial diferença entre matar alguém que não queira mais viver e matar alguém sem seu consentimento.

Leciona, ademais, que já se propôs uma consideração pluralista do bem jurídico tutelado, na medida em que, se de um lado houve lesão do bem jurídico ‘vida’ do interessado, de outro foram protegidas a sua autodeterminação e a sua dignidade como pessoa, não se podendo olvidar que, mesmo sendo protegida a vida, ao sancionar o delito de homicídio também está a lei protegendo a dignidade da pessoa.<sup>279</sup>

O consentimento informado e esclarecido é, portanto, de integral relevância para que a prática da antecipação da morte, presentes os demais requisitos do instituto, se configure como efetiva prática eutanásica.<sup>280</sup>

---

279. Miguel Angel Núñez Paz, *Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a Morir con Dignidad*, pp. 400-415.

280. Opina Manuel Iglesias, entretanto, que é muito duvidosa a consistência jurídica do desejo ou da vontade expressados e concebidos no momento de dor, quando a mente está dominada pela emoção e pela angústia, e quando o estado auto-tóxico do cérebro pode trazer falta da plena consciência e espontaneidade dos próprios atos. Em princípio, portanto, diz que o consentimento não legitimaria o homicídio e nem a ajuda a quem a si mesmo dá a morte, sendo inútil invocá-lo no extermínio das vidas atormentadas. Assim sendo, o consentimento restaria ausente de valor justificante, mormente em se compreendendo a eutanásia em seu sentido mais dilatado, abarcando não somente os casos dos enfermos incuráveis e sob sofrimento, que pedem pela morte, mas também as situações dos dementes sem remédio e dos inconscientes que, ao recobrem os sentidos, encontraram-se no mais miserável estado. De todo o modo, assinala a lembrança de Giuseppe del Vecchio no sentido de que a própria lei civil reconhece validade a atos dos moribundos como, por exemplo, os testamentos e os matrimônios *in extremis*, o que o faz defender, nos casos da eutanásia propriamente dita (hipótese de efetivo homicídio piedoso, em que o doente incurável, com forte sofrimento, demanda a própria morte), que o consentimento é a causa mais legítima de não punição (*in Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial*, pp. 173/174).

Paralelamente a essa aquiescência direta e imediata, apresentada pelo paciente com mal sem cura e em estado terminal da doença, recorda Maria Casado Gonzalez que há também o chamado testamento vital, denominado ainda testamento biológico (*living will, testament de vie*).<sup>281</sup>

O testamento vital, ensina Roxana Borges, “é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento que deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável e terminal, e incapaz de manifestar sua vontade”.<sup>282</sup>

Assim, com tal testamento, visa-se influir sobre o médico, indicando a forma de tratamento desejada ou mesmo a vontade pura e simples do não tratamento. Aduz que no Brasil não se regulamentou o testamento vital, defendendo, no entanto, a admissão de sua validade, em virtude da autonomia da pessoa e do princípio da dignidade. Recorda, outrossim, que nos Estados Unidos tal documento tem valor legal, tendo surgido com o *Natural Death Act*, do Estado da Califórnia, na década de 1970.

É exigido, nesse Estado norte-americano, que o testamento vital seja assinado por pessoa maior e capaz, perante duas testemunhas independentes, passando o documento a ter efeito somente quatorze dias a partir da data da assinatura, sendo ele revogável a qualquer tempo e, de qualquer forma, contando com valor limitado no tempo, de cinco anos. Dois médicos necessitam atestar, ainda, o estado terminal do interessado, devendo ser estritamente seguidas as disposições testamentárias, sob a

---

281. Maria Casado Gonzalez, *La Eutanasia: Aspectos éticos y jurídicos*, p. 43, assinala que hodiernamente há uma proliferação das declarações de reconhecimento dos direitos dos enfermos, ao mesmo tempo em que são cada vez mais numerosos os países que outorgam validade legal às últimas vontades do interessado, consubstanciados nos chamados *living will* ou testamentos vitais. Repisa que nos Estados Unidos estão tais documentos reconhecidos por lei em mais da metade dos Estados. A metade destes, ademais, aceita que o paciente tenha direito de nomear pessoa, delegando a ela a decisão de prolongar ou retirar a manutenção artificial de suas constantes vitais, quando não puder se manifestar.

282. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Breves Considerações a partir do Biodireito Brasileiro*, p. 8 (*in* [http://jus2.uol.com.br / doutrina/texto.asp](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp), em 28jun.2007, às 10h10min).



consequência de, em não o fazendo, sofrer o médico as sanções legais e disciplinares pertinentes ao caso.

De outro lado, o testamento vital, além de procurar evitar os procedimentos médicos desmedidos, que degeneram para a distanásia, com o prolongamento artificial desnecessário e tormentoso da vida já sem esperança, também é interessante ao médico no sentido de se evitar sua responsabilização por eventual alegação de não haver atuado conforme aquiescido pelo paciente, ou de haver procedido contra as disposições geralmente aceitas nos casos de doentes terminais.<sup>283</sup>

Tal testamento também aplaca a assertiva de ocorrência de redução da capacidade volitiva e intelectual do doente no momento em que pede por sua própria morte, redução esta que, em geral, pode ser causada justamente pelo estado avançado da enfermidade, ou ainda em virtude das drogas aplicadas para o arrefecimento da dor, eis que o documento é, no mais das vezes, confeccionado antes da instalação do mal, ocasião em que se mantinha plena a integridade física e psíquica do interessado e nenhuma dúvida existia quanto ao seu entendimento e à sua vontade.

Com efeito, informa quanto ao tema Maria Júlia Kovács, que em certos países, para contornar situações que envolvam pessoas inconscientes ou em coma, existe mesmo “a possibilidade de se escrever um testamento, ainda em vida, feito de próprio punho, quando ainda se está saudável, ou no início do processo de adoecimento, com referências ao desejo de não ser mantido vivo sob certas circunstâncias”.

Afiança que a prática tem aumentado significativamente, mormente quanto ao pedido de não ressuscitamento em caso de parada

---

283. Chiara Tripodina, *Il Diritto nella'età della Tecnica – Il caso del'eutanasia*, p. 103. Nessa senda, alerta que “laddove la dottrina riconosce efficacia esimente al consenso del paziente espresso nell'atualità della malattia, spesso la medesima efficacia estende anche alle cosiddette 'direttive biologiche anticipate', finalizzate a 'esprimere in vita le proprie volontà riguardanti il *proprio morire*' – testamento di vita o testamento biologico o living will”.

cardíaca, sendo bastante usual nos Estados Unidos da América, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde tal prática não está estabelecida.

Considera, outrossim, que o testamento vital (*living will*), abordando a recusa de certos tratamentos médicos, objetiva impedir o prolongamento artificial da vida, sendo instrumento facilitador acerca do caminho a ser tomado em caso de conflito, posto que o paciente clarifica seus desejos e reduz a possibilidade de serem realizadas medidas contra a sua vontade, revigorando o princípio da autonomia e também favorecendo de algum modo a situação familiar, posto não ser raro que os membros da família do enfermo, concordando com sua vontade em testamento, e por não suportarem ver o sofrimento de seu ente querido, acabem, eles próprios, pedindo para que se apresse a morte.<sup>284</sup>

Acerca da matéria, diz Rachel Sztajn que “partir do consentimento do paciente demonstra respeitar-se a autonomia das pessoas exercida após terem sido esclarecidas quanto aos efeitos, seja da moléstia, seja da terapêutica, e respeito à liberdade individual, ao direito de renunciar à vida quando o peso de mantê-la mediante tratamento supere, em muito, os resultados usualmente esperados”.<sup>285</sup>

Anota ainda que é direito da pessoa balancear o respeito à autonomia fundada em base racional com a opção de não viver em condições muito adversas de dor e sofrimento.

---

284. Maria Júlia Kovács, *Bioética nas Questões da Vida e da Morte*, pp. 117, 123-124 e 127, assinala que, ao lado do testamento vital (testamento em vida, vontade em vida - *living will*), em que o paciente escreve o seu testamento referindo-se ao que gostaria que acontecesse, quando não mais pudesse fazer escolhas e participar de seu tratamento, também há a figura do ‘poder durável de um advogado para cuidados de saúde’ (*durable power of attorney for health care*), tratando-se de um documento pelo qual a pessoa nomeia outra para tomar decisões sobre cuidados de sua saúde, quando e se ela própria se torne incapaz de fazê-lo, permitindo ao médico, assim, que obtenha, de alguma forma, o consentimento informado para determinado procedimento ou para a interrupção do tratamento. Lembra ainda do termo ‘ladeira escorregadia’ (*slippery slope*), que indica uma “zona de conflito e polêmica, na qual certa decisão pode ter efeitos sobre os quais não se havia pensado anteriormente”, como, por exemplo, o fato de que a legalização da eutanásia poderia colocar em risco de morte antecipada populações vulneráveis de idosos, pobres ou doentes mentais.

285. Rachel Sztajn, *Autonomia Privada e Direito de Morrer*, pp. 134-135.

Segue asseverando que o adequado desenvolvimento da personalidade faz com que se tenda a lutar para superar a adversidade e ser capaz de avaliar as conseqüências dos atos, ao mesmo tempo em que a frustração de se ver impotente diante da doença, já estando desenganado pelos profissionais médicos no que toca à possibilidade de cura, pode muito bem ser base para a constituição dos fatores que determinam a manifestação da vontade.

Quando, entretanto, não há qualquer possibilidade física ou mental do paciente de demonstrar sua aquiescência, e não existe, por outro lado, testamento vital ou qualquer outro documento apto a informar, com segurança, a decisão do interessado para seus momentos finais, justamente no caso de impossibilidade de manifestação da vontade, poderá ser suprida esta ausência por quem possa representá-lo.

Muitas vezes, ademais, durante a existência de qualquer indivíduo, familiares e amigos, de alguma forma, têm ciência dos desejos, pretensões e determinações do ente querido em relação aos relevantes acontecimentos de sua vida, e um dos mais importantes é indubitavelmente o que pretende para seus momentos finais. Ainda que assim não seja, o parente próximo é quem tem a possibilidade de, representando o interessado, melhor ‘consentir’ por ele.

Em havendo divergência entre a pretensão do médico e a do familiar do paciente, a deste, em princípio, deve prevalecer. Divergências entre familiares devem ser decididas, em geral, de acordo com o entendimento adotado pelo parente de grau mais próximo. De todo o modo, mormente no caso de discrepância de decisão entre parentes de mesmo grau, resta a busca da tutela jurisdicional.<sup>286</sup>

---

286. Manuel da Costa Andrade fala, de qualquer forma, que tem ganho força a figura do consentimento presumido, no que pertine à responsabilidade médica, quando o paciente não pode se manifestar e os médicos concluem pela urgência da intervenção ou suspensão de uma medida (*in* Consentimento em Direito Penal Médico - Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 14, n. 1, p. 2) A matéria, nesse ponto específico, é estudada também no capítulo V.1.1.1, Do Estado Terminal e da Doença Incurável.

É ainda relevante anotar, outrossim, que na teoria do consentimento ligada ao tema eutanásico, é tema de fulcro o princípio da autonomia. Paul T. Schotsmans ensina que o respeito pela autonomia faz parte dos princípios éticos elementares, de modo a proibir a degradação do ser humano ao papel de mero instrumento, entendimento que também advém da idéia Kantiana segundo a qual o respeito pela autonomia resulta da constatação de que cada indivíduo tem um valor incondicional em si mesmo e possui a capacidade de decidir a respeito de seu próprio destino.

Ainda assim, alerta que o moderno princípio da autonomia do paciente difere do conceito Kantiano de autonomia, eis que para este conceito não é ela uma questão somente de vontade individual, distanciando-se, assim, do respeito absoluto pelo desejo do interessado, já que o indivíduo autônomo é definido como pessoa que orienta seus atos por leis impessoais e gerais, não se reportando unicamente às suas próprias demandas e desejos, de modo a inexistir um direito de dar fim à própria vida, ainda que seja ela torturante, posto que tal máxima (a de por fim à vida) não pode ser transformada em lei geral e, por conseguinte, em máxima moral legítima.

Assevera, entretanto, que o conceito moderno de respeito pela autonomia muito mais se aproxima do proposto por Stuart Mill, já que a única liberdade merecedora desse nome seria a liberdade do indivíduo em buscar o seu próprio bem-estar, à sua própria maneira, desde que com a busca dessa liberdade (autonomia como liberdade) não houvesse subtração ou prejuízo da liberdade alheia. Em assim se compreendendo, tem-se que o atributo da autonomia não é reservado apenas a decisões tomadas com base em razão pura, eis que o ser humano é livre - desde que não prejudique direitos de terceiros - para determinar seu destino.

Com base nesse entendimento, ademais, estaria dispensado até mesmo o critério da incurabilidade de uma enfermidade como condição para a assistência médica dirigida ao evento morte, estando “a eutanásia aberta a

todos os pacientes, quer tenham doença incurável, quer não, caso tenham chegado livremente à conclusão de que a sua vida não vale mais a pena ser vivida”.<sup>287</sup>

O meio termo entre ambos os posicionamentos parece, entretanto, mais salutar, com a prática eutanásica sendo, *prima facie*, acolhida, em aquiescendo livremente o interessado, segundo o princípio da autonomia, porém com a presença de requisitos essenciais mínimos, como a irreversibilidade do mal e o estado de terminalidade do enfermo.

---

287. Paul T. Schotsmans, O Homem Criador? Desenvolvimento na genética humana e os limites da autodeterminação humana, pp. 14/17 (Cadernos Adenauer, n. 1). Aponta o autor que o princípio da autonomia teve a mais convincente formulação com Kant na sua Fundamentação da Metafísica dos Costumes (1785) e na Crítica da Razão Pura (1788), na forma do imperativo categórico (“proceda de forma a sempre lidar com a humanidade, tanto na pessoa de você mesmo como na de qualquer outro, também como fim, nunca somente como meio”), além de desfiar afirmação também Kantiana de que, por não ser a autonomia uma questão de vontade individual, consiste antes em que “eu jamais proceda de forma que não me permita querer que minha máxima se torne uma lei geral”. Assinala, de outra parte, que John Stuart Mill, em seu tratado *On Liberty*, indica que o critério central da autonomia é mesmo baseado em que cada um busque, à sua maneira, o seu próprio bem-estar. Conclui, desse modo, que os defensores da autonomia do paciente têm efetivamente um aliado em Mill, mas não em Kant.

