RENATO SILVESTRE MARINHO

Vida e consentimento: o tratamento da eutanásia no Direito Penal

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Associada Mariângela Gama de Magalhães Gomes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2017

RENATO SILVESTRE MARINHO

Vida e consentimento: o tratamento da eutanásia no Direito Penal

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação da Professora Associada Mariângela Gama de Magalhães Gomes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2017

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Marinho, Renato Silvestre

Vida e consentimento : o tratamento da eutanásia no Direito Penal / Renato Silvestre Marinho ; orientadora Mariângela Gama de Magalhães Gomes. -- São Paulo, 2017.

268 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Penal. 2. Eutanásia. 3. Consentimento. 4. Disponibilidade da Vida. 5. Direito à Morte. I. Gomes, Mariângela Gama de Magalhães, orient. II. Título.

Nome: MARINHO, Renato Silvestre

Título: Vida e consentimento: o tratamento da eutanásia no Direito Penal

Orientador: Professora Associada Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

AOS MEUS PAIS, SIMPLESMENTE POR TORNAREM TUDO POSSÍVEL.

À SOPHIA, COM TODO O MEU AMOR.

AGRADECIMENTOS

A escolha do tema de um trabalho acadêmico geralmente parte de uma inquietação. Desde o final da minha graduação na Faculdade de Direito da UFMG, motivado pelo amigo Frederico Horta, hoje professor daquela casa, a quase completa desconsideração da figura da "vítima" no Direito Penal já me intrigava, sobretudo diante do escasso debate na doutrina e jurisprudência nacionais.

Afinal, por que, para o Direito Penal, quase sempre, pouco ou nada importa o comportamento do titular do bem jurídico passível de lesão? E por que, em pleno século XXI, o Estado ainda insiste em valer-se do poder punitivo penal para proteger o indivíduo de suas próprias escolhas e para impor padrões morais?

A busca por respostas a estas perguntas passou pela Especialização cursada na PUC/MG, mas iniciou-se, de fato, com a pesquisa de Mestrado nesta Faculdade de Direito da USP, conduzida sob a orientação do Professor Titular Miguel Reale Júnior, e que, com a consideração do *princípio da autorresponsabilidade* como decorrência da adoção do Estado Democrático de Direito, concluiu pela ilegitimidade dessa atuação paternalista estatal por meio do Direito Penal. A consideração da vítima se arvora não como uma simples escolha legislativa, mas como uma imposição constitucional, o que deve, necessariamente, provocar a superação de velhos conceitos e práticas.

Um tema específico, porém, permaneceu com expoentes interrogações: o da indisponibilidade da vida humana e o da consequente irrelevância do consentimento em relação a este bem jurídico no âmbito penal, consideração que ainda ostenta a condição de verdadeiro dogma. Por que a enorme maioria dos autores afirma, sem grandes questionamentos, que a vida é um bem indisponível? O que poderia justificar a indisponibilidade de um bem jurídico individual em um ordenamento jurídico presidido pela Constituição de 1988? E, finalmente, por que a prática da chamada *eutanásia* indica a abertura de uma eventual exceção apenas em casos absolutamente restritos de omissão em situações de sofrimento intenso e doença incurável e terminal?

Assim, a mim pareceu fundamental um estudo verticalizado do tema, de modo a expor e contrapor argumentos, a compreender o chamado *estado da arte*, objetivando, em suma, analisar criticamente o vigente cenário jurídico-penal, projetando novas respostas legítimas, proposta que foi prontamente acolhida pela Professora Associada Mariângela

Gama de Magalhães Gomes, agora em trabalho de Doutorado, também na Faculdade de Direito da USP.

Com essas considerações explicativas, gostaria de expressar, aqui, a minha gratidão a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para esta caminhada acadêmica.

Inicialmente, agradeço à Faculdade de Direito da USP, especialmente aos professores do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia (DPM), por propiciar, ao longo de todos esses anos, todas as condições para a realização do trabalho e pelo constante estímulo a reflexões críticas e ao exercício da liberdade científica.

Ao Professor Miguel Reale Júnior, pelo exemplo, pelo privilégio do convívio e por abrir-me as portas da Faculdade de Direito da USP.

À Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes, minha cara orientadora, pela confiança em mim depositada, pela compreensão afetuosa, pelas fundamentais observações e direcionamentos, e pelo modelo de competência e seriedade na vida acadêmica.

Às Professoras Gisele Mendes de Carvalho e Marina Pinhão Coelho Araújo, pela atenção da leitura e pelas importantes considerações e sugestões trazidas no exame de qualificação da presente tese.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), pela sua incomparável biblioteca e pela presteza de seus funcionários, fundamentais na elaboração de qualquer trabalho jurídico-penal no país.

Ao Fernando Fernandes Advogados e ao Moraes Pitombo Advogados, pelo incentivo à incursão acadêmica, pela valorização do conhecimento técnico, e por compreenderem as minhas inevitáveis ausências.

Aos colegas de advocacia do Kalil e Pires Advogados, pela parceria diária, por, no meu retorno a Belo Horizonte, tornarem bem mais prazeroso o enfrentamento da rotina de batalhas da advocacia criminal e das horas de dedicação à tese, e, ainda, por contribuírem para o sucesso do Renato Marinho Advogados.

Aos queridos amigos da academia e da vida, Adriano Tanus, André Diniz, Conrado Gontijo, Liliana Carrard, Anderson Lopes, Pedro Machado de Almeida Castro, Ricardo Sidi e Douglas Ibarra, pelo companheirismo e pelo compartilhamento de ideias e de momentos especiais.

Aos meus pais, Mílton e Marialice, fontes inesgotáveis de amor, inspiração e incentivo. Todas as linhas deste trabalho foram, de alguma forma, também escritas *por* e *para* vocês.

Ao meu irmão Rodrigo, Tati e queridíssimos Pedro Marinho e Giovana Marinho, por me mostrarem, ainda que a uma dolorosa distância, que a alegria mais intensa está na família, nos encontros possíveis, nas pequenas coisas, nas brincadeiras e nos sorrisos mais puros.

À família Rocha Machado, por me acolher tão carinhosamente desde o primeiro dia e por me ajudar perceber os valores mais importantes da vida.

À Bebel, por trazer uma felicidade especial e inesperada à minha vida, todos os dias.

E, finalmente, à Sophia, por todo o amor e imprescindível apoio de tantos anos, por compartilhar comigo todos os projetos, sonhos e conquistas, e por ser a companheira inabalável de todos os momentos.

- Ela é tão livre que um dia será presa.

- Presa por quê?

- Por excesso de liberdade.

- Mas essa liberdade é inocente?

- É. Até mesmo ingênua.

- Então por que a prisão?

- Porque a liberdade ofende.

Clarice Lispector

RESUMO

MARINHO, Renato Silvestre. *Vida e consentimento: o tratamento da eutanásia no Direito Penal.* 2017. 268 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O presente trabalho busca avaliar criticamente a relação entre a vida humana e o consentimento em matéria penal, destacando-se a análise da legitimidade do tratamento jurídico-penal da eutanásia no Brasil. Para tanto, primeiramente, busca-se tecer algumas considerações sobre o significado do termo eutanásia, concluindo-se, preliminarmente, pelo resgate à sua concepção etimológica de morte boa, salientando que esta avaliação deve ser feita exclusivamente sob a perspectiva do titular do bem jurídico, afastando-se a sua tradicional consideração restrita como a morte do enfermo terminal e submetido a intenso sofrimento. Em seguida, o objetivo será o de confrontar os argumentos contrários e favoráveis à existência de um direito à livre disposição da vida, apontando-se, ainda, uma posição intermediária estabelecida com o recurso à dignidade humana. No momento seguinte, realiza-se uma exposição do cenário legislativo e jurisprudencial penal sobre o tema, de modo a compreender de que forma os argumentos foram ou não incorporados, no Brasil e no exterior. Após, parte-se para a construção dos fundamentos para a afirmação do direito constitucional à livre disposição da vida no Brasil, com a adoção de um posicionamento pessoal e com a formulação de críticas aos argumentos levantados em sentido contrário. Posteriormente, procede-se a uma avaliação do impacto e dos contornos da afirmação desse direito no Direito Penal brasileiro, enfrentando-se as mais variadas e complexas situações que envolvem, sobretudo, a atuação consentida em morte alheia. Por fim, são formuladas propostas de *lega lata* e de *lege ferenda* de alteração do atual quadro jurídico-penal brasileiro, em conformidade com o estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Penal. Estado Democrático de Direito. Estado Constitucional de Direito. Eutanásia. Vida. Consentimento. Princípios Constitucionais. Disponibilidade da Vida. Direito à Morte. Suicídio. Participação em Suicídio. Homicídio a Pedido. Omissão de Socorro. Constrangimento Ilegal. Tratamento Médico Arbitrário.

ABSTRACT

MARINHO, Renato Silvestre. *Life and consent: the treatment of euthanasia in Criminal Law*. 2017. 268 p. Thesis (Doctorate) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The present work aims at critically evaluating the relation between human life and consent in criminal matters, with a special emphasis on the analysis of the legitimacy of the judicial and criminal approach towards euthanasia. In order to do so, we will first consider the meaning of the term euthanasia, deciding preliminarily to refer to its etymological origin of good death. It is important to point out that euthanasia should be evaluated exclusively from the perspective of the person entitled to this legal interest, disregarding its traditional meaning as death of a terminal patient in extreme pain. At a later stage, our objective will be to confront the arguments in favor and against the existence of the right to decide on one's own life, pointing to yet another intermediate position which appeals to human dignity. After that, we will present an overview of the legislation and criminal jurisprudence on the topic, so to understand whether the arguments in favor and against have been incorporated and how, both in Brazil and abroad. Subsequently, we will set about developing the fundamentals for the assertion of the constitutional right to decide on one's own life in Brazil, taking a personal stand and pointing out the flaws in the arguments against it. Then, we will evaluate the impact and characteristics in the assertion of this right in Brazilian Criminal Law, taking into consideration a wide variety of complex situations which above all involve the consent, given to a third party, to one's own death. Finally, we will present proposals *de lege lata* and *de lege ferenda* to modify the current Brazilian judicial and criminal framework, in accordance with the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Criminal Law. Democratic State of Law. Constitutional State of Law. Euthanasia. Life. Consent. Constitutional Principles. Authority over One's Own Life. Right to Die. Suicide. Complicity in Suicide. Homicide on Request. Duty to Rescue. Coercion. Arbitrary Medical Treatment.

RIASSUNTO

MARINHO, Renato Silvestre. *Vita e consenso: il trattamento dell'eutanasia nel Diritto Penale.* 2017. 270 p. Tesi (Dottorato) - Facoltà di Diritto, Università di São Paulo, São Paulo, 2017.

Nel presente lavoro si cerca di valutare in modo critico il rapporto tra la vita umana e il consenso in materia penale, evidenziando l'analisi della legittimità del trattamento giuridico-penale dell'eutanasia in Brasile. A questo fine, in primo luogo, si cercherà di avanzare delle considerazioni sul significato del termine eutanasia, decidendo, inizialmente, di fare riferimento alla sua concezione etimologica di morte buona, sottolineando che questa valutazione deve essere fatta esclusivamente dal punto di vista del titolare del bene giuridico, escludendo la concezione tradizionale che la restringe alla morte del malato terminale vittima di grandi sofferenze. In seguito, l'obiettivo sarà quello di confrontare gli argomenti contrari e favorevoli all'esistenza di un diritto alla libera disponibilità della vita, indicando anche una posizione intermedia stabilita facendo appello alla dignità umana. Dopodiché, si esporranno lo scenario legislativo e la giurisprudenza penale sul tema, al fine di capire in che modo gli argomenti di cui sopra vi siano stati incorporati o meno, in Brasile come all'estero. Successivamente, si passerà alla costruzione delle fondamenta per l'affermazione del diritto costituzionale alla libera disponibilità della vita in Brasile, assumendo una posizione personale e avanzando delle critiche agli argomenti contrari. In seguito, si procederà alla valutazione dell'impatto e delle caratteristiche dell'affermazione di questo diritto nel Diritto Penale brasiliano, affrontando le più varie e complesse situazioni che coinvolgono, soprattutto, il consenso, a terzi, di agire sulla propria morte. Infine, si presenteranno delle proposte *de lege lata* e *de lege ferenda* di modifica dell'attuale quadro giuridico-penale brasiliano, in conformità a quanto stabilito dalla Costituzione Federale del 1988.

Parole-chiave: Diritto Penale. Stato Democratico di Diritto. Stato Costituzionale di Diritto. Eutanasia. Vita – Consenso. Principi Costituzionali. Disponibilità della Vita. Diritto alla Morte – Suicidio – Partecipazione al Suicidio – Omicidio su Richiesta – Omissione di Soccorso. Violenza Privata. Trattamento Medico Arbitrario.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **17**

PRIMEIRA PARTE

1 CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS E DELIMITAÇÃO DO TEMA **20**

1.1 PONTO DE PARTIDA: UMA CITAÇÃO DE NELSON HUNGRIA 20

1.2 SIGNIFICAÇÃO JURÍDICO-PENAL 24

1.3 LIMITES DO TRABALHO: O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA NO BRASIL 30

2 EUTANÁSIA, VIDA E CONSENTIMENTO: A QUESTÃO DA DISPONIBILIDADE DA VIDA HUMANA **32**

2.1.1 A sacralidade da vida **33**

2.1.2 A coletivização do interesse **37**

2.1.3 A relevância e a posição na hierarquia constitucional **40**

2.1.4 O paternalismo estatal **41**

2.1.5 A necessidade de manutenção do tabu e a teoria da ladeira escorregadia **44**

2.2 A DEFESA DO DIREITO À LIVRE DISPOSIÇÃO DA PRÓPRIVA VIDA 48

2.2.1 O pensamento de Enrico Ferri **48**

2.2.2 O pensamento de Fernd Schünemann **53**

2.2.3 O pensamento de Günther Jakobs **55**

2.2.4 O pensamento de Juan Carlos Carbonell Mateu **59**

2.2.5 O pensamento de Jose Manuel Valle Muniz **61**

2.2.6 O pensamento de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara **62**

2.3 O RECURSO À DIGNIDADE HUMANA COMO SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA . 64

3 EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO **77**

3.1 HISTÓRICO 77

3.2 O CÓDIGO PENAL DE 1940 80

3.2.1 Eutanásia como homicídio 82

3.2.2 Eutanásia como homicídio com pena reduzida 83

3.2.3 Eutanásia como homicídio omissivo impróprio 85

3.2.4 Eutanásia como participação em suicídio 86

3.2.5 Eutanásia como crime de omissão de socorro 89

3.2.6 Eutanásia e excludentes do crime de contrangimento ilegal 90

3.3 EUTANÁSIA NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL 92

3.3.1 O crime de eutanásia 95

3.3.2 O crime de constrangimento ilegal 98

4 EUTANÁSIA EM ORDENAMENTOS JURÍDICO-PENAIS ESTRANGEIROS 100

4.1 HOLANDA 101

4.2 BÉLGICA 104

4.3 SUÍÇA 105

4.4 ALEMANHA 106

4.5 ESPANHA 107

4.6 ITÁLIA 109

4.7 PORTUGAL 111

4.8 ARGENTINA 114

4.9 URUGUAI 116

4.10 COLÔMBIA 118

4.11 PERU 119

4.12 ESTADOS UNIDOS 120

4.13 DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS DA UNESCO/ONU 122

SEGUNDA PARTE

5 APONTAMENTOS JURISPRUDENCIAIS 124

5.1 EUTANÁSIA NA JURISPRUDÊNCIA PENAL BRASILEIRA 124

5.2 EUTANÁSIA NA JURISPRUDÊNCIA PENAL ESTRANGEIRA 129

6 FUNDAMENTOS PARA A AFIRMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À LIVRE DIPOSIÇÃO DA PRÓPRIA VIDA NO BRASIL 136

6.1 ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO E LIMITES AO PODER PUNITIVO PENAL 136

6.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, VIDA E CONSENTIMENTO 148

6.2.1 O direito à vida 148

6.2.2 A dignidade humana 152

6.2.3 O pluralismo 157

6.2.4 O direito à liberdade 160

6.2.5 A liberdade religiosa e ideológica 161

6.2.6 A liberdade de expressão 165

6.2.7 A inviolabilidade da intimidade e da vida privada 166

6.2.8 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade 167

6.2.9 O princípio da autorresponsabilidade 170

6.3 CRÍTICA AOS CONTRA-ARGUMENTOS 171

6.3.1 - Vida sagrada? 172

6.3.2 Interesse coletivo? 173

6.3.3 Relevância e posição na hierarquia constitucional? 176

6.3.4 Paternalismo justificado? 178

6.3.5 Risco de abusos e manutenção de um tabu? 181

6.4 FORMULAÇÃO SINTÉTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À LIVRE DISPOSIÇÃO DA PRÓPRIA VIDA 185

7 IMPACTO E CONTORNOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL À LIVRE DISPONIBILIDADE DA PRÓPRIA VIDA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO 188

7.1 A QUESTÃO TERMINOLÓGICA 188

7.2 O ATO LIVRE E CONSCIENTE DE DISPOSIÇÃO DA PRÓPRIA VIDA 189

7.3 O SUICÍDIO 191

7.4 A QUESTÃO DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO E HOMICÍDIO A PEDIDO 194

7.5 A QUESTÃO DA DIFERENCIAÇÃO ENRE CONDUTAS ATIVAS E PASSIVAS 198

7.6 DIREITO À MORTE DIGNA? 201

7.7 OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO? 203

7.8 O PROBLEMA DAS PESSOAS INCAPAZES DE EXPRIMIR A PRÓPRIA VONTADE 204

7.8.1 Incapacidade por falta de consciência 205

7.8.2 Incapacidade por idade 208

7.8.3 Incapacidade por deficiência mental 213

7.9 CONSENTIMENTO INFORMADO, DIREITO A NÃO SABER E PRIVILÉGIO TERAPÊUTICO 215

7.10 DEVER DE INTERVENÇÃO EM SUICÍDIO ALHEIO? 219

7.11 CRIMINALIZAÇÃO DE ATOS CONTRÁRIOS? 221

7.12 POSSIBILIDADE DE CONTENÇÃO TEMPORÁRIA E DE INSTITUIÇÃO DE PROCEDIMENTOS BUROCRÁTICOS 222

7.13 MORTE CONSENTIDA E CANIBALISMO: UM CASO LIMITE? 223

8 O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988 227

8.1 PROPOSTA DE LEGE LATA 227

8.2 PROPOSTA DE LEGE FERENDA 229

8.2.1 Cláusula geral de consentimento do titular do bem jurídico 229

8.2.2 Participação em ato alheio de livre disposição da própria vida 233

8.2.3 Intervenção ou tratamento médico arbitrário 234

8.2.4 Constrangimento ilegal e intervenção coativa em ato alheio de livre disposição da própria vida 237

8.3 DIÁLOGO FINAL COM NELSON HUNGRIA 238

CONCLUSÕES 241

REFERÊNCIAS 244

INTRODUÇÃO

A consideração da vida humana como um bem indisponível para o indivíduo e a consequente ineficácia do consentimento nos delitos que contra ela atentam constitui um dogma que durante séculos permaneceu praticamente inabalável no âmbito do Direito Penal, sendo que apenas em um período relativamente recente começou a ser questionado seriamente, normalmente apenas em contextos restritos de enfermidade grave e incurável, ligados à prática tradicionalmente conhecida como eutanásia.

Considerando que a concepção de Estado Democrático de Direito propugnada pela Constituição Federal de 1988, é, por essência, avessa a dogmas, o objetivo deste trabalho é justamente o de avaliar criticamente essa máxima repetida incansavelmente durante muito tempo. Afinal, deve haver alguma justificativa para se afirmar que o indivíduo não possui o domínio sobre a sua própria vida.

Esse tema, como se sabe, está muito longe de ser uma exclusividade do Direito ou do Direito Penal. O presente trabalho, no entanto, restringe-se ao campo jurídico-penal, o qual se coloca como a forma de intervenção mais grave do Estado na esfera individual e que busca, em última análise, estabelecer padrões de conduta mediante a ameaça da imposição de uma sanção restritiva de liberdade de locomoção. Afirmar que a vida é indisponível na seara penal possui, portanto, um especial significado, uma vez que acaba por representar um ato de imposição estatal em grau máximo, com todas as consequências a ele inerentes.

Buscando enfrentar esta problemática de forma direta, sem maiores rodeios, o trabalho desenvolve-se em duas partes: a primeira (capítulos 1, 2, 3, 4 e 5), de caráter predominantemente expositivo, objetiva compreender o atual cenário jurídico que envolve a questão da vida e do consentimento em matéria penal, com o estudo da doutrina, da legislação e da jurisprudência, nacionais e estrangeiras; a segunda (capítulos 6, 7 e 8), de caráter predominantemente crítico, pretende apresentar uma profunda análise jurídico-penal da matéria a partir do sistema jurídico vigente no Brasil, com o estabelecimento de premissas e conclusões, e com a formulação de propostas de alteração do quadro atual, objetivando sempre superar qualquer dogmatismo e fixar os limites de uma intervenção penal legítima.

O primeiro capítulo, após uma ilustrativa e instigante citação de Nelson Hungria, busca estabelecer algum consenso em torno significado jurídico-penal do termo *eutanásia*, adiantando-se, já neste ponto, a conclusão pela impropriedade de sua utilização – absolutamente dominante, diga-se de passagem - como morte boa sob uma perspectiva externa, alheia ao titular do bem jurídico, ligada exclusivamente a um contexto de enfermidade grave, incurável e terminal. Eutanásia deve, assim, para fins de aferição da legitimidade da intervenção estatal, ser compreendida - assim o é durante todo o trabalho- como *a boa morte sob a perspectiva exclusiva do titular do bem jurídico, ou seja, como a morte decorrente da concretização de sua vontade do livre e consciente.* Fixada esta premissa, passa-se, ainda neste mesmo capítulo, a elaboração de breves considerações acerca dos precisos limites do trabalho, reconhecendo-se limitações próprias de qualquer trabalho científico.

Em seguida, no segundo capítulo, adentra-se efetivamente no debate da relação entre eutanásia, vida e consentimento, com a contraposição dos principais argumentos contrários e favoráveis à existência de um direito à disponibilidade da vida humana, sem olvidar-se daqueles que se colocam em uma posição intermediária, recorrendo-se ao postulado da dignidade humana.

Nos capítulos terceiro e quarto, buscando aferir de que forma tais argumentos foram assimilados pelos diversos sistemas penais, parte-se para uma exposição da legislação atinente à matéria, iniciando-se com o ordenamento jurídico brasileiro e chegando-se à legislação estrangeira, realizando-se um estudo de legislação comparada.

Para encerrar a primeira parte, o capítulo quinto traz alguns apontamentos jurisprudenciais, de modo a demonstrar, ainda que sinteticamente, como o tema é tratado pelos tribunais, nacionais e estrangeiros.

O capítulo sexto abre a segunda parte do trabalho e consiste na construção dos fundamentos para a afirmação do direito constitucional à livre disposição da própria vida no Brasil, revelando, pois, a adoção de um posicionamento pessoal, não sem a elaboração da devida crítica aos argumentos levantados em sentido contrário.

O sétimo capítulo, por sua vez, trata de avaliar criteriosamente o impacto e os contornos da afirmação desse direito à disposição da própria vida no Direito Penal brasileiro, enfrentando-se as mais variadas e complexas situações que envolvem, sobretudo, a atuação consentida em morte alheia.

Por derradeiro, no oitavo capítulo, são formuladas propostas de *lege lata* e de *lege ferenda* ao Código Penal brasileiro, em consonância com o posicionamento adotado, e realiza-se o impreterível diálogo final com Nelson Hungria.

Como se poderá perceber, trata-se, em última análise, de um trabalho de defesa da liberdade individual frente a intervenções ilegítimas do Estado, baseado não apenas em qualquer argumento de interesse ou conveniência, mas, fundamentalmente, no pacto firmado em 1988.

Advirta-se, nesta linha, que, definitivamente, não há que se falar em qualquer defesa da morte ou de culto ao suicídio. Ao contrário, cuida-se da defesa do ser humano enquanto ser capaz e autorresponsável, sujeito da sua própria história, apto a realizar as suas escolhas, inclusive no que tange ao seu bem jurídico vida. É este, acredita-se, o propósito da Constituição Federal de 1988, o que deve, necessariamente, impactar tanto a política criminal quanto a dogmática penal.

Como não poderia deixar de ser, o trabalho que ora se apresenta não possui qualquer pretensão de esgotar o tema ou de resolver todos os intricados problemas relacionados com a vida e o consentimento no âmbito penal. Espera-se que, diversamente, o trabalho se coloque, precipuamente, como instrumento de reflexão e de estímulo ao debate, firme na convicção de que uma das grandes missões do trabalho acadêmico é a de questionamento do cenário jurídico vigente.

1 CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS E DELIMITAÇÃO DO TEMA

1.1 PONTO DE PARTIDA: UMA CITAÇÃO DE NELSON HUNGRIA

Buscando enriquecer o trabalho, faz-se, aqui, a opção metodológica por iniciá-lo com uma citação doutrinária, tomando-a como ponto de partida para a instigação de reflexões que serão posteriormente desenvolvidas.

Não se trata, logicamente, de qualquer citação. Cuida-se de manifestação do jurista Nelson Hungria, que foi ministro do Supremo Tribunal Federal, apontado, por muitos, como o maior penalista brasileiro do século XX, integrante da Comissão elaboradora do Código Penal brasileiro de 1940, e, ainda hoje, importante referência para o estudo do Direito Penal no país, sobretudo quando se está a tratar de temas da Parte Especial do Código Penal. É considerado, por muitos, como o principal intérprete do vigente Código Penal[1].

Como se verá abaixo, o trecho escolhido foi extraído da sua obra *Comentários ao Código Penal*, publicada no ano de 1942, e constitui uma defesa da opção do Código Penal brasileiro por criminalizar a eutanásia (entendida em sua forma clássica como a morte do enfermo incurável e em estado de intenso sofrimento)[2], inserindo-a, implicitamente[3], entre

---

[1] "Nelson Hungria escreveu a obra mais importante do Direito Penal brasileiro, e é o maior intérprete do Código Penal vigente. Foi e continua sendo a mais respeitada e acatada palavra do Direito Penal brasileiro. Elevou o nome de nosso país a alturas não imaginadas. Nada escapava à sua argúcia e tenacidade." (VARGAS, José Cirilo de. Instituições de direito penal: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t. 1. p. 64). Renê Ariel Dotti classifica a obra *Comentários ao Código Penal* como "antológica e imortal", destacando que "a teoria e prática do Direito Criminal em nosso País não conheceram expressão mais fulgurante de mestre e humanista". Cf. DOTTI, René Ariel. Metáforas e pensamentos de Nélson Hungria. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 258, p. 4, maio. 2014. p. 4.

[2] Vide cap. 1.2, infra.

[3] A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940 é, todavia, explícita: "39. Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado "por motivo de relevante valor social, ou moral", ou "sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima". Por "motivo de relevante valor social ou moral", o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc.". (Vide cap. 3.2.2, infra).

aquelas hipóteses de crime motivado por relevante valor moral, apta a atrair a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 1º do art.121 do diploma legal[4].

Deve-se ressaltar, por oportuno, que nunca se deve perder de vista o contexto e todas as circunstâncias em que o texto foi redigido e publicado, elementos sempre fundamentais para a análise e interpretação do objeto de estudo e de comparação.

Com essas considerações e ressalvas, assim manifesta-se Nelson Hungria acerca da eutanásia:

> É inegável o acerto de decisão do novo Código, ao enjeitar a completa isenção de pena no caso do homicídio por piedade, ainda que sem remédio o sofrimento da vítima e preceda a súplica ou aprovação desta. Sobre o tema, já escrevemos alhures o seguinte: 'Se é verdade que *honestidade* do móvel e o *consentimento expresso* da vítima como que tiram ao homicídio seu caráter alarmante e anti-social, não é menos verdade que a pretendida impunibilidade da chamada eutanásia não passa de um desses paradoxos característicos de extrema liberdade intelectual da época atual...O homem, ainda que irremediavelmente acuado pela dor ou minado por um mal físico, não é precisamente a rês estropiada, que o campeiro abate. Repugna à razão e à consciência humanas que se possa confundir com a prática deliberada de um homicídio o nobre sentimento de solidariedade e abnegação que manda acudir os enfermos e desgraçados. Além disso, não se pode olvidar que o sofrimento é um fator de elevação moral. Não nos arreceemos, nesta época de retorno ao espiritualismo, de formular também o argumento religioso: eliminar o sofrimento com a morte é ato de estreito materialismo, é desconhecer que uma alma sobrevive ao perecimento do corpo e que a dor é o crisol em que essa alma se purifica e se redime para a sua progressiva ascensão às claridades eternas. *Ad augusta per augusta*. Os brados, os gemidos da dor humana ecoam, retumbam no seio infinito de Deus. O sofrimento é o preço da perfeição moral, é o tributo de peagem na peregrinação do homem pelo mundo. Um escritor de nossos dias, fazendo o elogio da dor, reclama-a com entusiasmo: 'Fere dor! Sem covardia, sem rodeio, sem erro, sem viez: sei esperar-te a pé firme' . Tal desafio, porém, é mero devaneio literário. Raro é o homem que sabe suportar nobremente a dor. Esta, de regra, produz a impaciência e é um espetáculo que contrista e apieda. É quase sempre o mesmo lastimoso e aflitivo drama que Agesandro talhou no mármore, reproduzindo o suplico Laocoonte. Mas, se devemos chorar a dor alheia, quando sem cura e sem alívio, a lágrima da nossa compaixão e do nosso desespero, não podemos jamais interceptar a existência humana na sua função finalística, que se projeta além de coisas terrenas.
> Rejeitando o conceito filosófico de que a vida é um direito inalienável, a Escola Positiva, por intermédio de Ferri, proclamou o *direito de morrer* e, consequentemente, chegou à conclusão de que o consentimento da vítima é uma descriminante do homicídio. Se o direito à vida – diz o autor de *L'omicidio-suicidio* – é tangível e anulável em certos casos, quer por

[4] "Art.121, § 1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço".

parte do Estado (pena de morte), quer por parte de um particular (legítima defesa, estado de necessidade), tal direito também pode ser abdicado ou renunciado por parte de seu titular. Nem a família, nem a sociedade tem um *verdadeiro e próprio* direito à vida de cada um de seus membros. Que a sociedade e a família tenha, em regra, *interesse* na existência de cada um de seus membros é inegável; mas interesse não é direito, pois que um deriva da simples utilidade, outro da imprescindível *necessidade*: faltando esta, inexiste o direito. Nem mesmo em tese, o argumento seria irresistível (pois o *jus in se ipsum* seria o contrassenso de um direito *associal*); mas, na realidade, atribuir valor jurídico ao consentimento que, à própria morte, dá alguém no raptus de angústia provocado pela dor, é, sem dúvida alguma, adotar um critério tão formalísitico quanto o do direito romano primitivo ao prescrever que *voluntas coacta est voluntas*. Juridicamente, é imponderável o consentimento de quem, sob a coação de uma dor cruciante, despede-se do *tenerrimus affectus* da própria conservação. Poderia dizer-se – indaga Morseli – que está na integridade das suas faculdades mentais o enfermo que pede a morte? Não é o suicídio, quase sempre, um motivo para duvidar-se da saúde mental de quem se priva da vida? É preciso reconhecer – continua o escritor de *L'uccisione pietosa* – que muito duvidosa é a consistência jurídica do desejo ou vontade expressos ou concebidos em momentos de dor, quando o espírito está dominado pela emoção e pela angústia, quando pelo estado auto-tóxico do cérebro podem faltar de todo ou estar muito diminuídas a consciência e a espontaneidade dos próprios atos.

O indivíduo que autoriza a própria morte não está, não pode estar na integridade do seu entendimento. O apego à vida é um sentimento tão forte, que o homem, no seu estado psíquico normal, prefere todas as dores e todos os calvários à mais suave de suas mortes. Aquele mísero Chanteau, que Zola descreve em *La joie de vivre*, é de uma realidade flagrante. Anquilosado pela gota, a uivar entre as tenazes da dor física, reduzira-se ele a um lamentável farrapo humano, atirado para o fundo de uma cadeira de rodas. O próprio alimento era preciso que lhe desse à boca. Era um trabalho na casa onde parentes o haviam acolhido por caridade. No entanto, que insaciável direito de viver! Certa vez, à hora do jantar, quando já o haviam transportado para junto da mesa, ocorreu um contratempo: decobrira-se que uma antiga criada enforcara-se numa árvore do quintal. Foi um reboliço. E Chanteau, ante a simples perspectiva da refeição adiada, indignou-se: *Faut-il être bête pour se tuer!*

Ainda que a vida se transforme numa tortura de cada instante, há uma força imperiosa que nos traz chumbados a ela: é o instintivo medo da morte. Não há religião ou filosofia que faça o homem conciliar-se com a ideia do próprio inevitável exício. O homem, enquanto lhe resta o senso normal dos fatos e das coisas, não troca o sofrimento de mil agonias pelo "sono de que não se acorda". E não é somente a morte, em si mesma, que apavora: é também, o vago sentimento do *desconhecido*, o incoercível medo do *além túmulo*. Maerterlinck, ao reputar absurdo que o horror da morte exija a prolongação da agonia, não atendeu a que o instinto só admite uma lógica: a que o identifica consigo mesmo.

A licença para a eutanásia deve ser repelida, principalmente em nome do direito. Mesmo admitindo-se que o assentimento da vítima pudesse anular a criminalidade de fato, não seria ele jamais o produto de uma vontade consciente ou de uma inteligência íntegra. De outro lado, reconhecer no intuito caritativo do matador um motivo de plena exculpação importaria, como acentuava Carrara, na adoção de um

> precedente subversivo em matéria penal: aquele que, numa sexta-feira, furtasse a ração de carne do vizinho, poderia dizer, para garantir-se isenção de pena: 'Assim procedi para impedir que meu vizinho pecasse' ; aquele outro que prevaricasse com a mulher do amigo que em vão deseja descendência, poderia alegar: 'Meu intuito foi proporcionar-lhe o consolo de um filho...' E assim por diante.
> Defender a eutanásia é, sem mais, nem menos, fazer a apologia de um crime. Não desmoralizemos a civilização contemporânea com o preconício do homicídio. Uma existência humana, embora irremissivelmente empolgada pela dor e socialmente inútil, é sagrada. A vida de cada homem, até o seu último momento, é uma contribuição para a harmonia suprema do Universo e nenhum artifício humano, por isso mesmo, deve truncá-la. Não nos acumpliciemos com a Morte. [5]

Como se observa, o trecho selecionado, com uma beleza destacada, indica que o tema da eutanásia sempre foi objeto de intensos debates, muitos deles apaixonados e permeados por convicções morais e religiosas, debates estes que permanecem bastante atuais.

Para os fins propostos neste trabalho, interessa explicitar que o autor rechaça veementemente o consentimento em relação à eliminação da vida na eutanásia com base nos seguintes argumentos principais: 1) eliminar o sofrimento com a morte é ato de estreito materialismo, é desconhecer que uma alma sobrevive ao perecimento do corpo e que a dor é o crisol em que essa alma se purifica e se redime para a sua progressiva ascensão às claridades eternas; 2) o sofrimento é um fato de elevação moral e suportá-lo é um ato nobre; 3) não se pode jamais interceptar a existência humana na sua função finalística, que se projeta além de coisas terrenas; 4) o indivíduo que autoriza a própria morte não pode estar na integridade do seu entendimento e, portanto, o seu consentimento não tem valor jurídico; 5) defender a eutanásia é fazer apologia de um crime, e reconhecer a sua exculpação importaria a adoção de um precedente subversivo em matéria penal; 6) a existência humana é sagrada, é uma contribuição para a harmonia suprema do Universo.

Os debates e as controvérsias em torno da eutanásia iniciam-se, todavia, a partir de sua própria conceituação, o que torna imprescindível, para o desenvolvimento do trabalho, o preciso estabelecimento da significação jurídica do termo eutanásia.

---

[5] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5 Art.121 a 136. p. 116-120.

1.2 SIGNIFICAÇÃO JURÍDICO-PENAL

A eutanásia é, por natureza, um tema multidisciplinar, sendo tratado ao longo da história, entre outras, pela Teologia, Literatura, Filosofia, Sociologia, Psicologia, Medicina, Bioética e pelo Direito, fato que acaba por proporcionar a utilização variada e, muitas vezes, imprecisa e confusa do termo, o qual assume diferentes significados conforme o setor e o contexto de utilização[6].

Diante disso, para a realização de um trabalho científico sobre o tema, mostra-se fundamental explicitar justificativamente o conceito de eutanásia adotado, afastando-se o risco de indeterminação conceitual.

Em princípio, parece haver dois consensos entre os principais estudiosos do assunto. O primeiro deles concernente ao significado etimológico do tema. O termo "euthanasia" é originário dos vocábulos gregos *eu* (adjetivo: bom ou boa) e *thanatos* (substantivo: morte), significando, pois, "boa morte".

Também aparentemente não há divergências quanto à utilização primeira do termo pelo filósofo inglês Francis Bacon, em 1623, em sua obra *Historia Vitae et Mortis*, em que indica a eutanásia como o tratamento adequado a sofrimentos e doenças incuráveis. [7]

A partir deste momento, o termo passou a ser utilizado em diversos contextos, pelas mais variadas áreas do conhecimento humano e com variadas significações, chegando ao ponto de servir ao Programa de Governo de Adolf Hitler na Alemanha, que utilizava a expressão eutanásia para efetivar o extermínio de pessoas "indesejadas", "inválidas", "socialmente inúteis" ou "indignas de viver", logicamente, sem qualquer consideração acerca do consentimento do titular do bem jurídico. A este propósito, Arthur Kaufmann assevera, inclusive, que a discussão sobre a eutanásia na Alemanha se mostra dificultada

---

[6] Claus Roxin lembra que "também médicos, filósofos, teólogos e literatos reclama para si – e com razão – o direito de ingressar no debate, direito esse cujo exercício por um lado enriquece a discussão, ao mesmo tempo em que, por causa das diversas premissas extrajurídicas que, na opinião pública, advêm das ideologias ou concepções de mundo entre si contraditórias, dificulta o consenso sobre a apreciação jurídico-penal". (ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 189-235,191).

[7] Cf., por todos, NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad. Madrid: Tecnos, 1999. p. 31 et seq.

em razão da comoção provocada pelo erroneamente denominado “programa de eutanásia” da ditadura hitleriana, o qual continua repercutindo até os dias atuais[8].

Para a finalidade do presente estudo, acredita-se ser necessário e suficiente o estudo tão somente do significado jurídico do termo eutanásia, abstendo-se de proceder a uma análise histórica aprofundada de sua utilização nos mais diversos setores e áreas que, de alguma forma, dedicam-se ao tema.

Visando a restringir ainda mais o debate acerca da terminologia, em consonância com os limites e objetivos do presente trabalho, parte-se para a análise tão somente do significado jurídico-penal do termo, na forma trazida por autores, nacionais e estrangeiros, que, de algum modo, estão ligados ao Direito Penal.

Com essas considerações, inicia-se com Jorge de Figueiredo Dias[9], que define eutanásia como o auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, frequentemente em insuportável sofrimento, no sentido de lhe tornar possível uma morte em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que repute, humanamente dignas. Prefere o termo “ajuda à morte” à eutanásia, para afastar confusões com experiências históricas horrorosas (programa nazista) e evitar qualquer clima de paixão e demagogia, e por acreditar ser este um óbice às tentativas de considerar como “eutanásia” somente aquelas hipóteses em que se considera a conduta como ética, deontológica, jurídica e jurídico-penalmente proibida. Distingue, ainda, a ajuda à morte em sentido estrito, quando o processo da morte já se iniciou e está irremediavelmente próxima, de uma ajuda à morte em sentido amplo, quando o enfermo pode ainda viver algum ou mesmo muito tempo, mas manifesta a vontade, ou esta é de presumir, de pôr fim a uma vida que, por força da doença e do sofrimento, lhe parece como insuportável.

Ferrando Mantovani[10] traz uma definição ampla de eutanásia como “morte branda” ou “morte indolor”, ligada ao significado etimológico, abrangendo as mais variadas espécies de eutanásia coletiva não consensual e eutanásia individualista ou piedosa.

---

[8] KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54, 1987. p. 46.

[9] DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 137. n. 3949. mar./abr. 2008.

[10] MANTOVANI, Ferrando. Aspectos jurídicos da eutanásia. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 32-53, out./dez. 1991.

Claus Roxin[11] define eutanásia com a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana. À semelhança de Figueiredo Dias, faz a distinção entre eutanásia em sentido estrito da eutanásia em sentido amplo. Tem-se a eutanásia em sentido estrito quando a ajuda é prestada após o início do processo morte, em casos, portanto, em que a morte, com ou sem ajuda, é iminente. Em sentido amplo, fala-se em eutanásia quando se contribui para a morte de outra pessoa que, apesar de poder viver mais tempo, pretende – real ou presumidamente – pôr fim à sua vida, já tida como insuportável por causa do sofrimento provocado pela doença.

Carlos Maria Romeo Casabona[12] define eutanásia como a privação da vida de outra pessoa realizada por razões humanitárias, a requerimento do interessado, que sofre uma enfermidade terminal incurável ou uma situação de invalidez irreversível no estado atual da ciência média e deseja pôr fim a seus sofrimentos.

Ronald Dworkin restringe o significado de eutanásia ao ato de matar deliberadamente uma pessoa por razões de benevolência[13].

Miguel Ángel Núñez Paz[14] aponta a eutanásia como aqueles comportamentos que acarretam a privação da vida de uma pessoa ou a antecipação ou o não adiamento de sua morte, por motivos humanitários e a pedido ou requerimento daquele que sofre uma enfermidade terminal incurável, lesão ou invalidez irreversível que lhe ocasiona graves e insuportáveis sofrimentos e que afetam a sua qualidade de vida. Estão incluídos no conceito aqueles casos nos quais a vítima não pode manifestar a sua vontade, p.ex., menor de idade, inconsciência, etc., em que a pessoa não está em condições de consentir, especialmente se a atuação ocorre por motivos humanitários. Não se incluem no conceito as hipóteses de eutanásia eugenésica, morte eliminadora ou da chamada eutanásia econômico-social.

---

[11] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.189-192. Adotando a mesma definição do autor alemão, cf. GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 226.; ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico:* SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra, 2008. p. 76.

[12] ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioetica ante los limites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Rámon Areces, 1994. p. 421.

[13] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 1.

[14] NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 55.

José Luiz Diéz Ripollés[15] entende eutanásia como aquele comportamento que, de acordo com a vontade ou interesse de outra pessoa que sofre de uma lesão ou enfermidade incurável, geralmente mortal, que causa graves sofrimentos e/ou afeta consideravelmente a sua qualidade de vida, dá lugar à produção, antecipação, ou não adiamento da morte do afetado.

José Luis Medina Frisancho[16] compreende eutanásia como aquele comportamento, médico ou não, que realiza uma pessoa para materializar a decisão mortal autorresponsável de outra, cuja saúde tenha sido fatalmente afetada devido a uma enfermidade terminal, ou em meio a determinadas circunstâncias fáticas o fazem ingressar em um processo irreversível que inevitavelmente o levará a morte, com o fim de impedir que sofra de maneira desnecessária e/ou humanamente insuportável.

Martin Diego Farrel[17], de forma mais genérica, define eutanásia como o ato de privar a vida de outra pessoa sem sofrimento físico, a seu requerimento ou em seu interesse.

Jesús Barquín Sanz[18] divide eutanásia em eutanásia em sentido amplo, significando qualquer morte sem dor, e eutanásia em sentido estrito, que vem a ser o encurtamento voluntário da vida de quem sofre uma enfermidade incurável, para colocar fim a seus sofrimentos.

Nelson Hungria[19], citado no item anterior[20], define homicídio eutanásico como aquele que é praticado para abreviar piedosamente o irremediável sofrimento da vítima, e a seu pedido ou com o assentimento desta.

Magalhães Noronha[21], na mesma linha, define eutanásia como a morte dada a pedido ou com o consentimento da vítima, que padece de enfermidade incurável ou muito penosa, tendo o fim de lhe abreviar agonia dolorosa ou prolongada.

---

[15] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Eutanasia y derecho. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p. 113-139, dez. 1995.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes juridicos fundamentales:* vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 254.

[16] MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 48-49.

[17] FARRELL, Martin Diego. La eutanasia y los principios morales. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 67-87, out./dez. 1991.

[18] SANS, Jesús Barquín. La eutanásia como forma de intervencion en la muerte de outro. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 157.

[19] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5 Art.121 a 136p. 114-115.

[20] Cap. 1.1, supra.

Aníbal Bruno[22] define eutanásia como o auxílio para bem morrer, que se pratica por sentimento verdadeiro e intenso de piedade que leva o homem ao ato constrangedor de dar morte a outro homem.

Luiz Regis Prado[23] define eutanásia como aqueles comportamentos que dão lugar à produção, antecipação ou não adiamento da morte de uma pessoa que sofre de uma lesão ou enfermidade incurável, geralmente mortal, que lhe causa graves sofrimentos e/ou afeta consideravelmente sua qualidade de vida.

Cezar Roberto Bitencourt[24] indica a eutanásia como o auxílio piedoso para que alguém que esteja sofrendo encontre a morte desejada, salientando que um intenso sentimento de piedade leva alguém bom e caridoso à violência de suprimir a vida de um semelhante, para minorar-lhe ou abreviar-lhe um sofrimento insuportável.

Gisele Mendes de Carvalho[25], a seu turno, define eutanásia como um *contexto*, como um conjunto de circunstâncias determinadas, com a privação da vida de outra pessoa realizada por razões humanitárias, a requerimento do interessado, que sofre uma enfermidade terminal, incurável ou uma situação de invalidez irreversível no estado atual da ciência médica e deseja pôr fim a seus sofrimentos, assim como as situações em que aquele não pode manifestar sua vontade ou em que esta não pode ser levada em conta por qualquer motivo. Afirma que o significado original da palavra – antes restrito a uma morte sem sofrimentos físicos e morais - evoluiu para abarcar novas situações complexas, como as relativas aos recém-nascidos com malformações congênitas, aos pacientes em estado vegetativo irreversível, mas não terminal, e às vítimas de acidentes cujos graves ferimentos as impedem de causar-se por si mesmas a própria morte (paraplégicos, tetraplégicos e demais pessoas incapacitadas de valer-se por si mesmas).

Como se observa, a maior parte dos autores, na linha do proposto por Francis Bacon, opta por restringir a utilização do termo eutanásia àquelas situações em que há uma enfermidade terminal, incurável e causadora de intenso sofrimento, ou, no máximo,

---

[21] NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 25

[22] BRUNO Aníbal. *Direito Penal.* São Paulo: Forense, 1966. v. 1. t. 4. p. 121.

[23] PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2. p. 62.

[24] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 48. nota 42.

[25] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*: estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 267-279.

também aos casos de invalidez irreversível. Alguns autores, contudo, a exemplo de Claus Roxin, fazem questão de destacar que o importante é a concepção de dignidade humana do próprio indivíduo interessado, e não de terceiros.

No âmbito deste trabalho, diferentemente, busca-se, por motivos que serão explicitados mais adiante[26], retomar o significado etimológico do termo eutanásia como "*boa morte*". Deve-se consignar que o adjetivo contido na expressão está ligado a uma concepção subjetiva que, necessariamente, deve estar vinculado ao interesse do titular do bem jurídico, e não a qualquer interesse social, coletivo ou de terceiros. Por razões que serão mais bem detalhadas ao longo do texto, acredita-se que não cabe ao Estado ou a qualquer terceiro definir o valor que cada indivíduo confere à sua própria vida ou o que ele deve entender por morte *boa* ou *ruim*, *digna* ou *indigna*. *Eutanásia é, portanto, a boa morte sob a perspectiva exclusiva do titular do bem jurídico.*

Sendo assim, no âmbito deste trabalho, de forma mais ampla, *considera-se eutanásia, para fins jurídico-penais, como a morte decorrente da concretização da vontade livre e consciente do titular do bem jurídico*, independentemente de qualquer avaliação acerca dos motivos determinantes.

Para que se possa falar em eutanásia, a vontade do titular do bem jurídico deve ter como objeto o efetivo resultado morte, e não apenas a admissão ou assunção do risco de que este resulta venha a se produzir, situação que envolve uma diversa e ampla problemática que não será aqui estudada[27].

Para que não restem dúvidas, ressalte-se, ainda, que restam excluídas do conceito qualquer morte em desacordo com a vontade do titular do bem jurídico - não havendo nenhuma possibilidade de confusão com elementos do programa nazista[28] - e também o complexo problema da causação da morte de recém-nascidos portadores de graves e

---

[26] Vide cap. 7.1, infra.

[27] Para tanto, cf., p. ex., LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a próprio risco*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputacíon objetiva em derecho penal*. Bogotá: Bosch. 2001.

[28] Gisele Mendes de Carvalho adverte acerca do prejuízo causado à discussão do tema pela existência de "atitudes preconceituosas e ignorantes que insistem em revestir o termo 'eutanásia' de um inexplicável e nefasto conteúdo pejorativo (como se se tratasse aqui da morte cruel dada contra a vontade de enfermos indefesos, e não da 'boa morte', único e autêntico significado que esse termo deve ter no contexto de um Estado de Direito democrático e social)". (CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224).

incuráveis doenças ou malformações, comumente chamada de *eutanásia precoce* ou *neonatal*, justamente diante da ausência de consentimento válido do indivíduo[29].

Por fim, ainda no campo terminológico, cumpre lembrar que se costuma a criar inúmeras subdivisões para *eutanásia*, merecendo destaque, aqui, apenas a diferenciação entre eutanásia *ativa* e *passiva*, muito embora este tipo de classificação tenha a sua importância diminuída na perspectiva adotada neste trabalho[30].

De uma forma geral, diz-se *eutanásia ativa* a causação da morte alheia por uma ação, mediante a prática de atos positivos, consistentes, exemplificativamente, na aplicação de uma injeção letal pelo médico. Fala-se em *eutanásia passiva*, ou mesmo em *ortotanásia*, quando há uma omissão frente a medidas prolongadoras da vida, com a abstenção ou a interrupção de um tratamento médico, por exemplo[31]. Ambos os casos, logicamente, pressupõem o consentimento do titular do bem jurídico ou, ao menos, de seus representantes legais.

1.3 LIMITES DO TRABALHO: O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA NO BRASIL

O tema da eutanásia, aqui entendida, portanto, como toda morte decorrente da concretização da vontade livre e consciente de próprio indivíduo, como dito, foi e continua sendo, historicamente, objeto de intensos debates nas mais variadas áreas do conhecimento humano.

O presente trabalho centra-se unicamente no campo jurídico, em que as relações humanas são regulamentadas com apoio na força do Estado, mais precisamente no campo

---

[29] "Não se trata de um caso autêntico de eutanásia individual, pois a criança recém-nascida não possui vontade, e igualmente não é possível encontrar uma vontade presumida". (ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 232). Sobre o tema, cf., por todos, MONIZ, Helena. Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 45, p. 29-42, abr./jun. 2012.

[30] Vide cap. 7, infra.

[31] Para uma exposição dos diversos tipos de classificação, cf., p.ex.: MANTOVANI, Ferrando. Aspectos jurídicos da eutanásia. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 32-53, out./dez. 1991.; MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 73-80. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad. Madrid: Tecnos, 1999. p. 58-173.; PÊCEGO, Antonio José F. de S. *Eutanásia:* uma (re)leitura do instituto à luz da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. p. 89-100.

jurídico-penal, que representa a forma mais grave de intervenção do Estado na esfera individual e que, por essa razão, encontra-se normalmente submetido a limites de incidência mais rigorosos, aos menos em um modelo de Estado Democrático de Direito.

Não tem o trabalho, portanto, qualquer pretensão de expor, analisar, discutir ou influenciar o debate do tema em áreas estranhas ao campo jurídico-penal, as quais se encontram fundadas em pressupostos diversos, inseridas em diferentes sistemas, e submedidas a princípios e regras que lhe são próprios.

Não há, também, o objetivo de realizar maiores digressões históricas, com a concentração dos esforços nas discussões, debates e perspectivas atuais.

No campo jurídico-penal, a eutanásia normalmente assume as roupagens de suicídio, participação em suicídio e homicídio a pedido, geralmente com repercussões substancialmente distintas.

Embora se aproveite do fato de se tratar de um tema debatido de forma universal para se buscar fontes e referências estrangeiras, fundamentais neste tipo de trabalho científico, o estudo será desenvolvido tendo como parâmetro inafastável o sistema jurídico-penal brasileiro, o qual deve ser submetido a constante análise crítica, e, ao final, conforme o caso, objeto de proposta de alteração da realidade atual.

Em termos bem claros e diretos, a pergunta central para a qual se busca uma resposta é: *no atual sistema jurídico-penal brasileiro, qual o tratamento legítimo da eutanásia?*

Para iniciar a busca por uma resposta, fundamental a análise dos principais argumentos contrários e favoráveis à existência de um direito à livre disponibilidade da vida, o que impacta diretamente no valor a ser conferido ao consentimento em situações que envolvam a vida e a morte.

2 EUTANÁSIA, VIDA E CONSENTIMENTO: A QUESTÃO DA DISPONIBILIDADE DA VIDA HUMANA

Como já ressaltado, o debate jurídico em torno da eutanásia – no sentido aqui adotado - e da disponibilidade da vida por seu titular vem atravessando os séculos, permanecendo, ao mesmo tempo, atual, intenso e desprovido de grandes consensos.

No presente capítulo, o objetivo é traçar as linhas gerais dos posicionamentos favoráveis e contrários à existência de um direito à disponibilidade da vida humana, sem olvidar-se daqueles que recorrem ao elemento dignidade humana para fundamentar algumas exceções.

Para a análise do posicionamento contrário à existência de um direito à livre disponibilidade da vida humana, optou-se por uma separação por espécie de argumento, por entender ser esta a forma mais clara e funcional. Necessário pontuar que tais argumentos, muitas vezes, encontram-se interligados, sendo muito frequente, inclusive, como se poderá perceber, a adoção simultânea de mais de um deles pelo mesmo autor.

Para a análise do posicionamento favorável à existência do direito à livre disponibilidade da vida humana, optou-se, diferentemente, por uma separação por autor, buscando explicitar, de modo mais completo, o caminho que o levou àquela conclusão. Não há, logicamente, a pretensão de abordar todos os autores defensores da livre disponibilidade da vida, sendo o objetivo somente proceder à análise de alguns nomes de destaque.

Por opção metodológica, neste primeiro momento será feita apenas uma análise predominantemente expositiva, deixando a apreciação crítica para a segunda parte do trabalho[32].

---

[32] Vide cap. 6.3, infra.

2.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO DIREITO À LIVRE DISPOSIÇÃO DA VIDA HUMANA

2.1.1 A sacralidade da vida

Seguindo o pensamento religioso, defende-se que a vida humana é uma dádiva divina, algo sagrado, concedida por Deus e que, portanto, somente ele pode estabelecer a forma e o momento de seu fim[33].

O homem, enquanto filho de Deus, em nenhuma hipótese ou circunstância, pode dispor de sua vida, sendo o suicídio associado a um grave pecado, geralmente considerado crime[34]. Em termos bem claros, a vida de cada indivíduo pertence a Deus – *dom divino* - e somente ele pode determinar o seu destino. O homem é coisa sagrada para outro homem, destaca Magalhães Noronha[35], citando os dizeres de Sêneca: "*Homo res homini sacra*".

Especificamente acerca dos enfermos, afirma-se que a dor purifica, redime, aperfeiçoa[36], sendo o sofrimento um ato de elevação e suportá-lo um ato nobre[37].

---

[33] Para uma análise aprofundada da eutanásia sob o ponto de vista da doutrina moral católica, cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad. Madrid: Tecnos, 1999. p. 178-186. Há quem se refira ao caráter sagrado da vida como sinônimo de absoluto, inviolável, não passível de valoração ou ponderação, sem, necessariamente, aludir-se a aspectos religiosos, ao menos não explicitamente. Nesse sentido, contrapondo *santidade* e *qualidade de vida*, p.ex.: ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 37, n. 3, p. 747-781, set./dez. 1984. Também Ronald Dworkin vale-se do termo "sagrado" em um sentido que diz ser secular, sinônimo de "inviolável". Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 33 et seq.

[34] Heleno Cláudio Fragoso lembra que na Idade Média, por influência do direito canônico, o suicídio era considerado grave pecado contra Deus e equiparado ao homicídio. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Provocação ou auxílio ao suicídio. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 35-47, jul./dez. 1973. p. 35). Sobre o direito canônico nesta matéria, cf. MESTIERI, João. *Curso de Direito Criminal.* São Paulo: Alba, 1970, *n. 141.* Apenas com o Iluminismo, no séc. XVIII, e sob a influência de autores como Cesare Beccaria (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 90-93.), o suicídio começou a deixar de ser considerado crime, ao menos na maior parte dos países de cultura ocidental europeia. Existem exceções como a Costa Rica, cuja legislação penal, até 2008, punia a tentativa de suicídio com medida de segurança consistente em um "adequado tratamento psiquiátrico". Sobre as razões dessa mudança de postura e os argumentos utilizados, cf. FERRI, Enrico. *L'omicidio-suicidio.* Torino: Fratelli Bocca Editori: 1892. p. 43-46. Günther Jakobs lembra, todavia, que, no contexto do Iluminismo e no período que se seguiu, vários importantes pensadores – tais como Feurbach, Wolff, Pufendorf, Kant e Hegel - continuaram a defender a proibição do suicídio. (JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Barueri: Manole, 2003. p. 5-18.

[35] NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 25.

[36] Ibid.,, p. 26.

[37] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5 Art.121 a 136. p. 116-120.

Para ilustrar tal pensamento, importante a leitura de trecho da Carta Encíclica *Evagelium Vitae*, escrita no ano de 1995, de autoria do Papa João Paulo II, que ilustra muito bem o pensamento segundo o qual preconiza-se a soberania absoluta de Deus sobre a vida e a morte, com a condenação de todas as formas de eutanásia (suicídio, participação em suicídio e homicídio a pedido), classificadas como pecado, como grave violação à Lei de Deus:

> Reivindicar o direito ao aborto, ao infanticídio, à eutanásia, e reconhecê-lo legalmente, equivale a atribuir à liberdade humana um significado perverso e iníquo: o significado de um poder absoluto sobre os outros e contra os outros. Mas isto é a morte da verdadeira liberdade: « Em verdade, em verdade vos digo: todo aquele que comete o pecado é escravo do pecado » (Jo 8, 34).
> [...]
> [...] Recusando ou esquecendo o seu relacionamento fundamental com Deus, o homem pensa que é critério e norma de si mesmo e julga que tem inclusive o direito de pedir à sociedade que lhe garanta possibilidades e modos de decidir da própria vida com plena e total autonomia. Em particular, o homem que vive nos países desenvolvidos é que assim se comporta: a tal se sente impelido, entre outras coisas, pelos contínuos progressos da medicina e das suas técnicas cada vez mais avançadas. Por meio de sistemas e aparelhagens extremamente sofisticadas, hoje a ciência e a prática médica são capazes de resolver casos anteriormente insolúveis e de aliviar ou eliminar a dor, como também de sustentar e prolongar a vida até em situações de debilidade extrema, de reanimar artificialmente pessoas cujas funções biológicas elementares sofreram danos imprevistos, de intervir para tornar disponíveis órgãos para transplante.
> Num tal contexto, torna-se cada vez mais forte a tentação da eutanásia, isto é, de apoderar-se da morte, provocando-a antes do tempo e, deste modo, pondo fim « docemente » à vida própria ou alheia. Na realidade, aquilo que poderia parecer lógico e humano, quando visto em profundidade, apresenta-se absurdo e desumano. Estamos aqui perante um dos sintomas mais alarmantes da « cultura de morte » que avança sobretudo nas sociedades do bem-estar, caracterizadas por uma mentalidade eficientista que faz aparecer demasiadamente gravoso e insuportável o número crescente das pessoas idosas e debilitadas. Com muita frequência, estas acabam por ser isoladas da família e da sociedade, organizada quase exclusivamente sobre a base de critérios de eficiência produtiva, segundo os quais uma vida irremediavelmente incapaz não tem mais qualquer valor. [...].
> [...] Em conformidade com o Magistério dos meus Predecessores e em comunhão com os Bispos da Igreja Católica, confirmo que a eutanásia é uma violação grave da Lei de Deus, enquanto morte deliberada moralmente inaceitável de uma pessoa humana. Tal doutrina está fundada sobre a lei natural e sobre a Palavra de Deus escrita, é transmitida pela Tradição da Igreja e ensinada pelo Magistério ordinário e universal.
> A eutanásia comporta, segundo as circunstâncias, a malícia própria do suicídio ou do homicídio.

Ora, o suicídio é sempre moralmente inaceitável, tal como o homicídio. A tradição da Igreja sempre o recusou, como opção gravemente má. Embora certos condicionalismos psicológicos, culturais e sociais possam levar a realizar um gesto que tão radicalmente contradiz a inclinação natural de cada um à vida, atenuando ou anulando a responsabilidade subjectiva, o suicídio, sob o perfil objectivo, é um acto gravemente imoral, porque comporta a recusa do amor por si mesmo e a renúncia aos deveres de justiça e caridade para com o próximo, com as várias comunidades de que se faz parte, e com a sociedade no seu conjunto.No seu núcleo mais profundo, o suicídio constitui uma rejeição da soberania absoluta de Deus sobre a vida e sobre a morte, deste modo proclamada na oração do antigo Sábio de Israel: « Vós, Senhor, tendes o poder da vida e da morte, e conduzis os fortes à porta do Hades e de lá os tirais » (Sab 16, 13; cf. Tob 13, 2).

Compartilhar a intenção suicida de outrem e ajudar a realizá-la mediante o chamado « suicídio assistido », significa fazer-se colaborador e, por vezes, autor em primeira pessoa de uma injustiça que nunca pode ser justificada, nem sequer quando requerida. « Nunca é lícito — escreve com admirável actualidade Santo Agostinho — matar o outro: ainda que ele o quisesse, mesmo se ele o pedisse, porque, suspenso entre a vida e a morte, suplica ser ajudado a libertar a alma que luta contra os laços do corpo e deseja desprender-se; nem é lícito sequer quando o doente já não estivesse em condições de sobreviver ». Mesmo quando não é motivada pela recusa egoísta de cuidar da vida de quem sofre, a eutanásia deve designar-se uma falsa compaixão, antes uma preocupante « perversão » da mesma: a verdadeira « compaixão », de facto, torna solidário com a dor alheia, não suprime aquele de quem não se pode suportar o sofrimento. E mais perverso ainda se manifesta o gesto da eutanásia, quando é realizado por aqueles que — como os parentes — deveriam assistir com paciência e amor o seu familiar, ou por quantos — como os médicos —, pela sua específica profissão, deveriam tratar o doente, inclusive nas condições terminais mais penosas.

A decisão da eutanásia torna-se mais grave, quando se configura como um homicídio, que os outros praticam sobre uma pessoa que não a pediu de modo algum nem deu nunca qualquer consentimento para a mesma. Atinge-se, enfim, o cúmulo do arbítrio e da injustiça, quando alguns, médicos ou legisladores, se arrogam o poder de decidir quem deve viver e quem deve morrer. Aparece assim reproposta a tentação do Éden: tornar-se como Deus « conhecendo o bem e o mal » (cf. Gn 3, 5). Mas, Deus é o único que tem o poder de fazer morrer e de fazer viver: « Só Eu é que dou a vida e dou a morte » (Dt 32, 39; cf. 2 Re 5, 7; 1 Sam 2, 6). Ele exerce o seu poder sempre e apenas segundo um desígnio de sabedoria e amor. Quando o homem usurpa tal poder, subjugado por uma lógica insensata e egoísta, usa-o inevitavelmente para a injustiça e a morte. Assim, a vida do mais fraco é abandonada às mãos do mais forte; na sociedade, perde-se o sentido da justiça e fica minada pela raiz a confiança mútua, fundamento de qualquer relação autêntica entre as pessoas.[38]

[38] CARTA encíclica evangelium vitae do sumo pontífice João Paulo II aos bispos aos presbíteros e diáconos aos religiosos e religiosas. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>. Acesso em: 25 set. 2016

O domínio da vida humana pertence unicamente a Deus e a criminalização de qualquer ato que atente contra ela, até mesmo daquele praticado contra si mesmo, está, pois, plenamente justificada pela sua sacralidade. Confirma-se, assim, que a eutanásia é uma grave violação à "Lei de Deus", aflorando, na realidade, como sintoma de uma "cultura da morte".

Cumpre destacar, por oportuno, que o recurso a este tipo de argumento não é – como se poderia imaginar - prática exclusiva de autores do pré-Iluminismo ou daqueles que escreveram até meados do séc.XX, período que antecedeu a elaboração das Constituições democráticas do pós-guerra, sendo possível encontrá-lo em autores atuais do Direito, implícita ou explicitamente.

Nesse sentido, veja-se, exemplificativamente, a seguinte transcrição de trabalho publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional, no ano de 2006, e na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 2008:

> O ser humano não tem um direito absoluto com relação a seu corpo. Sob o ponto de vista judaico-cristão, colocou-se à disposição do ser humano por um determinado tempo seu corpo e sua alma, e cada ser humano é responsável por cuidar bem tanto de seu corpo como de sua alma. Não se pode, portanto, considerar como sendo admissível dispor livremente de seu corpo no sentido de autorizar a prática da eutanásia. A vida humana tem um valor infinito. A santidade da vida humana deve ser considerada absoluta, com um valor inatacável e indestrutível, um valor imensurável, mesmo que apenas por um minuto ou segundo. Não importa sua duração nem sua expectativa de duração. Pode ser de segundos, minutos, anos ou décadas. Suprimir a vida de um paciente em estado de decrepitude significa o mesmo que suprimir a vida de um jovem perfeitamente saudável. Suprimir a vida de um ser humano doente significa o mesmo que suprimir a vida de um ser humano saudável. Cada momento da vida humana tem o mesmo valor e dignidade. Se a dignidade de uma pessoa que tem apenas alguns minutos ou segundos de vida fosse menor do que a de uma pessoa que tem anos de vida pela frente, então o valor infinito da vida humana perderia seu caráter absoluto. Tornar-se-ia relativo[39].

[39] CHACON DE ALBUQUERQUE, Roberto. A Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e a Constituição Holandesa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 8, jul./dez. 2006.; CHACON DE ALBUQUERQUE, Roberto. 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, 2008.

Seguindo esta linha, os portugueses Antônio José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo[40] asseveram que face à "nossa" formação cristã e educação moral, deve-se reconhecer que o homem é uma simples peça da ordem universal, pelo que não deve o mesmo usar mal o seu livre-arbítrio para subvertê-la, sendo que a "simples dor" não deve justificar atos extremos.

Como se observa, em pleno séc.XXI, ainda afirma-se, no campo jurídico, ser a vida humana um bem indisponível com base em razões de caráter religioso, com a aclamação da sacralidade ou santidade da vida.

2.1.2 A coletivização do interesse

Outro argumento frequentemente utilizado para justificar a indisponibilidade da vida por seu titular é o de que a preservação da vida de cada indivíduo interessa também à sociedade, operando-se praticamente a consagração de um bem jurídico de natureza coletiva ou transindividual.

Afirma-se, seguindo esta linha, que existe, assim, um interesse do Estado na preservação da vida de todos os cidadãos, o que justificaria a existência de um verdadeiro dever de viver, sendo o suicídio, por consequência, considerado como ato ilícito, diante da violação a uma obrigação perante a comunidade[41].

Como indica Carmen Tomás-Valiente Lanuza, os defensores desse argumento aduzem que o cidadão está obrigado frente ao Estado ou à comunidade a continuar vivendo, seja porque estes últimos detenham um direito a extrair daquele determinadas prestações (seu trabalho, sua contribuição econômica à sociedade) às quais o sujeito não pode subtrair-se buscando ou simplesmente deixando que ocorra a sua própria morte, seja

---

[40] BRITO, Antônio José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. *Estudo jurídico da eutanásia em Portugal*: direito sobre a vida ou dever de viver?. Coimbra: Almedina, 2000. p. 138-139.

[41] Em sentido contrário, já argumentava Cesare Beccaria, defensor da injustiça e da inutilidade da punição do suicídio, que "*aquele que se mata comete um mal menor à sociedade do que aquele que lhe atravessa para sempre as fronteiras, pois o primeiro deixa pra trás todos os bens, mas o segundo se transfere com boa parte dos havares. Assim, se a força da sociedade consiste no número de cidadãos, aquele que renuncia à nação para entregar-se a uma nação vizinha causa dano duas vezes maior do que aquele que simplesmente renuncia à sociedade pela morte*". (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 90)

porque, além disso, entende-se que a sociedade não pode permitir a aniquilação (ainda que seja por vontade de seu titular) do bem que constitui a própria base de sua subsistência[42].

De acordo com vários autores que seguem esta tendência, não há um direito *sobre* a vida, mas apenas um direito à vida, sendo induvidoso que este é um bem do qual não se pode dispor, para utilizar as palavras de Paulo José da Costa Jr.[43].

Segundo Magalhães Noronha[44], por exemplo, existe um interesse ético-político do Estado na conservação da vida humana, como condição de vida e desenvolvimento do conglomerado social ou do povo politicamente organizado, ou ainda como condição de sua própria existência, sendo o Estado diretamente interessado na tutela da vida humana, que possui função social. Não existe nem o direito de matar nem o de morrer, pois a vida tem função social, resume o autor.

Em sentido semelhante, Miguel Reale Júnior, entende que a vida pertence a alguém, mas a sua perda atinge a toda a sociedade e aos que são próximos à vítima, o que deve conduzir à recusa de sua disponibilidade[45].

Cezar Roberto Bintencourt[46], por sua vez, com base em autores como Arturo Rocco e Nelson Hungria, afirma que a proteção jurídica da vida humana interessa conjuntamente ao indivíduo e ao próprio Estado, não havendo um direito de dispor validamente sobre a própria vida, pois a vida de cada homem diz com a própria existência da sociedade e representa uma função social, sendo o suicídio um ato ilícito.

Seguindo esta mesma linha, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcinni[47] afirmam que a integridade do bem jurídico vida responde a um interesse não somente de um indivíduo, mas também da coletividade, o que justifica a indisponibilidade do bem jurídico[48].

---

[42] LANUZA, Carmen Tomás-Valiente. *La disponibilidad dela propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,.1999. p. 128.
[43] COSTA JR., Paulo José da Costa. *Curso de Direito Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 358.
[44] NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 19, 26.
[45] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 174.
[46] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 29-30.
[47] MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 229.
[48] No mesmo sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 9. ed. Madrid: Reppertor, 2012, p. 520.; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 14. ed. Milano: Giuffrè, 1997. p. 286. Em sentido semelhante, Mário Ferreira Monte defende ser o suicídio e o consentimento no homicídio um assunto do Estado, o que demanda um "compromisso social" de prevalência do *ethos* comunitário sobre o indivíduo. (MONTE, Mário Ferreira. Da relevância penal de aspectos onto-axiológico-normativos na eutanásia. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 305-341).

Gladio Gemma[49] também ressalta que existe um interesse público, constitucionalmente fundado, que limita o direito a renunciar à própria vida. Se o Estado deve assegurar um complexo de prestações aos cidadãos, necessita da existência dos indivíduos, enquanto necessários à realização dos direitos reconhecidos pelo próprio Estado. O autor cita como exemplo obrigação constitucional dos genitores de alimentar e educar os filhos, o que tornaria ilógico entender como desprovida de relevância constitucional o suicídio de um genitor, com a consequente lesão a um interesse tido como fundamental pela Constituição.

Antônio José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo[50] apontam, nesse sentido, que o homem é um animal social, estabelecendo múltiplas relações com os demais membros da coletividade e, por essa razão, ninguém pode dispor da sua própria vida porque ela não é apenas dele, é de um grupo humano concreto, é de uma humanidade em crescimento e que precisa dele.

Os defensores deste argumento, muitas vezes, chegam ao ponto de afirmar, como decorrência lógica, a exemplo do já citado Cezar Roberto Bitencourt, a ilicitude do suicídio e até um dever de aceitar a vida[51], sendo o suicídio um ato que, nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso[52], ofende interesses morais e demográficos do Estado, somente não sendo punível – na forma tentada - pela absoluta inutilidade e injustiça de pena[53].

Assim, com a afirmação de uma espécie de "função social da vida" – semelhante a que a Constituição brasileira atribui à propriedade -, retira-se a vida do domínio exclusivo de seu titular, inserindo-a entre aqueles interesses sociais e coletivos, para os quais não há que se falar em consentimento válido em relação a perigo ou ofensa a este bem jurídico[54].

---

[49] GEMMA, Gladio. Libertá Costituzionale di porre fine alla aropriavita e resistenza al suo riconoscimento. *AFDUDC*, Coruña, n. 13, p. 283-299, 2009. p. 287.

[50] BRITO, Antônio José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Estudo jurídico da eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou dever de viver?. Coimbra: Almedina, 2000. p. 139.

[51] MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.* v. I4. Saraiva: São Paulo, 1961. p. 61-63.

[52] FRAGOSO, Heleno Cláudio FRAGOSO, Heleno Cláudio. Provocação ou auxílio ao suicídio. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 35-47, jul./dez. 1973.

[53] No mesmo sentido, p.ex., NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal. 3. ed.* São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 25.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. p. 82. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2. p. 82-83.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 114.; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.* Saraiva: São Paulo, 1961. v. 4. p. 120-122.

[54] Exatamente nesse sentido, dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da UFMG no ano de 2010: "Percebemos que há um interesse geral do ordenamento jurídico na preservação da vida dos membros da comunidade, ensejando um interesse social em sua proteção. O Direito existe em função do homem vivendo em sociedade. O ser humano não é o único dono de sua vida, já que pertence também à sociedade. [...]. A punição para o homicídio consentido não diminui a liberdade individual, representando

2.1.3 A relevância e a posição na hierarquia constitucional

Não são poucos aqueles que sustentam que a indisponibilidade da vida se apresenta como decorrência lógica da relevância e do tratamento constitucional especial conferido a este bem jurídico, que assumiria a condição de fundamento ou pressuposto de todos os demais direitos.

Nesse sentido, justifica-se o caráter indisponível deste bem jurídico afirmando que a vida possui altíssima relevância[55], que ocupa o primeiro e indisputado lugar na hierarquia dos bens jurídicos dignos e carecidos de tutela[56], que é bem jurídico de incontestável magnitude[57], que ocupa um lugar especial entre os bens jurídicos individuais[58], que constitui elemento necessário de todos os demais direitos[59], ou que, simplesmente, seria um bem jurídico indisponível por excelência[60].

Fala-se, nesta mesma linha, na existência de um *princípio da proteção absoluta da vida*, que, como afirma Arthur Kaufmann, poderia ser excepcionado apenas em situações médicas especiais, além das hipóteses clássicas como a legítima defesa e o tempo de guerra[61].

Invoca-se, ainda, um *princípio da intangibilidade da vida humana*, que, de acordo com Angel Torio Lopez, deve se elevar sobre qualquer outra consideração, não sendo

---

uma segurança para o individuo, já que a conduta é uma ofensa à dignidade da pessoa humana e um atentado contra a humanidade". (GOMES, Enéas Xavier. *Do consentimento no homicídio*. 2010. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2010)

[55] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1959, v. 1. p. 32 e 55-56.; PASCHOAL, Janaína Conceição. *Auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto*. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1.p. 46-55, p. 54.

[56] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 480.

[57] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2. p. 83.; SANS, Jesús Barquín. La eutanásia como forma de intervencion en la muerte de outro. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 209.

[58] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 341.

[59] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes juridicos fundamentales:* vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 204.; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.* Saraiva: São Paulo, 1961. v. 4. p. 62; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 24.

[60] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. Niterói: Impetus, 2008. p. 379.

[61] KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida*? Cuadernos de Política Criminal,* Madrid, n. 31, p. 39-54, 1987.

legítima, neste campo, a invocação da liberdade constitucional, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou da dignidade humana[62].

Com base em argumentos dessa espécie, destacando sempre o grau de importância da vida, busca-se legitimar a intervenção penal sobre qualquer tipo de conduta que lesione ou coloque em risco tal bem jurídico, independentemente da vontade de seu titular.

2.1.4 O paternalismo estatal

Segundo a doutrina do paternalismo estatal cabe ao Estado atuar como verdadeiro *pater*, protegendo os seus cidadãos e guiando suas condutas pelo que entende ser o melhor ou o moralmente desejável, independentemente da vontade individual de cada um. Parte-se da concepção de que é o Estado e não o indivíduo – mesmo autônomo, perfeitamente capaz e dotado de pleno discernimento - o mais apto a fazer as chamadas escolhas de vida, operando-se a infantilização dos membros da sociedade com a imposição de valores e concepções tidas como dominantes[63].

Sobre o tema, Joel Feinberg:

> The principle of legal paternalism justifies state coercion to protect individuals from self-inflicted harm or, in its extreme version, to guide them, whether they like it or not, toward their own good. Parents can be expected to justify their interference in the lives of their children (e.g., telling them what the must eat and when they must sleep) on the ground that 'We know best'. Legal paternalism seems to imply that since the

---

[62] TORÍO LÓPEZ, Ángel. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. *Estudios penales y criminológicos, Santiago de Compostela*, n. 14, p. 217-245, 1991.

[63] Para um estudo aprofundado do paternalismo estatal, com diversas referências, cf. MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.; MARTINELLI, João Paulo Orsini. 2010. *Paternalismo jurídico-penal.* 2010. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 1-89. LANUZA, Carmen Tomás-Valiente. *La disponibilidad dela propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 15-124.; SARTORIUS, Rolf (Ed.). Paternalism. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.; ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 56, n. 227, p. 333-341, 2007.; REALE JÚNIOR, Miguel. Paternalismo no Brasil. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 227, p. 287-319, 2007.; RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 227, 2007.; FEINBERG, Joel. Harm to others: the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1; FEINBERG, Joel. *Harm to self:* the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3.

> state often can kwom the interest of individuals citzens better than the citzens know them themselves, it stands as a permanent guardian of those interests *in loco parentis*[64].

O Estado pode atuar de forma paternalista valendo-se de diversos instrumentos, seja apenas orientando e aconselhando seus cidadãos, seja verdadeiramente proibindo determinadas condutas, com a aplicação de multas, por exemplo, ou, inclusive, por meio da ameaça da sanção penal (paternalismo jurídico-penal). Porte de drogas para o consumo pessoal, a contravenção da vadiagem e vários crimes sexuais são alguns exemplos de incriminações que recorrem a fundamentos de cunho paternalista, ainda que de forma não explícita, uma vez que buscam apenas proteger o indivíduo de si próprio ou impor determinado padrão de conduta em conformidade com a moral dominante[65].

Fala-se em *paternalismo direto* quando a atuação estatal visa a impedir alguém de se autolesionar e em *paternalismo indireto* quando pretende impedir comportamentos que provoquem lesão a outro, mesmo a pedido ou com o consentimento deste. Em ambos os casos, a atuação é paternalista em relação ao indivíduo que deseja ou consente em se lesionar, ainda que a norma de proibição e a sanção possa recair sobre terceiro[66].

Costuma-se, ainda, a diferenciar o *paternalismo rígido ou duro* (*hard paternalism*) - que se propõe a prevenir danos à pessoa mesmo contrariando sua vontade plenamente responsável – do *moderado ou brando* (*soft paternalism*) – que se propõe a prevenir danos somente àquelas pessoas com capacidade de discernimento reduzida ou inexistente, ou quando existam dúvidas sobre a voluntariedade e capacidade de autonomia, ainda que temporariamente[67].

---

[64] FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism.* Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983. p. 3.

[65] Para uma análise dos diversos tipos penais paternalistas no Brasil, cf. REALE JÚNIOR, Miguel. Paternalismo no Brasil. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 227, p. 287-319, 2007.; ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 56, n. 227, p. 333-341, 2007.; MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.

[66] FEINBERG, Joel. *Harm to self:* the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3. p. 9-10.; Gerald Dworkin prefere a distinção entre de paternalismo *puro (pure paternalism)* ou *impuro (impure paternalism)* (DWORKIN, Gerald. *Paternalism.* In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). Paternalism. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983. p. 22).

[67] Cf. FEINBERG, Joel. *Harm to self:* the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3. p. 12-16. Para essa e outras classificações cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. p. 115-120.; FEINBERG, Joel. *Harm to self:* the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3. p. 8-10.

No caso específico do suicídio e da participação em morte alheia consentida, espécies de eutanásia, defende-se a ideia de que a pessoa que faz a opção pela morte quase sempre se encontra incapacitada de tomar decisões conscientes e responsáveis, na maioria das vezes em razão de estados graves de depressão. Nas palavras de Nelson Hungria[68], o indivíduo que autoriza a própria morte não pode estar na integridade do seu entendimento, pois o apego à vida é um sentimento tão forte, que o homem, no seu estado psíquico normal, prefere todas as dores e todos os calvários à mais suave de suas mortes.

Seguindo esta linha, Claus Roxin[69] lembra que um consentimento precipitado ou influenciado por alterações psíquicas desconhecidas pode causar danos irreparáveis, de modo que a vítima deve ser protegida também de si mesma.

Eugênio Raúl Zaffaroni[70], após reconhecer a complexidade do problema, acaba por consignar a validez constitucional da limitação ao consentimento do titular do bem jurídico vida, pelo que se cuida de situações em que normalmente é incompreensível a conduta do sujeito.

Janaína Conceição Paschoal[71] aponta que o suicídio atenta contra a natureza das coisas, sendo um ato incompreensível a religiosos e ateus, devendo-se concluir que a pessoa que ceifa a própria vida nunca está totalmente sã. Por essa razão, defende a manutenção do crime de participação em suicídio, por se mostrar mais seguro para proteger o bem jurídico vida, mesmo admitindo o caráter paternalista da incriminação.

Assim, com o discurso no sentido da necessidade de se proteger a pessoa de suas próprias escolhas, procura-se justificar a irrelevância do consentimento em relação ao bem jurídico vida humana.

---

[68] Vide cap. 1.1, supra.
[69] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 529 .
[70] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 498-499.
[71] PASCHOAL, Janaína Conceição. *Auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto*. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1, p. 46-55.

2.1.5 A necessidade de manutenção do tabu e a teoria da ladeira escorregadia

O caráter indisponível da vida é também constantemente justificado pela necessidade de manutenção de tabus, entendidos estes como certas normas e concepções morais compartilhadas pela sociedade, normalmente por um longo período histórico.

No caso específico, argumenta-se que a instituição e manutenção de um tabu em torno da conduta de matar, em qualquer caso, possui a função de evitar o enfraquecimento da proteção geral conferida à vida humana, fundamentando-se, assim, a criminalização de todos os atos de lesão ou de perigo e lesão a tal bem jurídico.

Tal posição é defendida, exemplificativamente, por Claus Roxin[72], que afirma ser totalmente ineficaz o consentimento no caso do bem jurídico individual vida humana também ao argumento de que a criação de tabus a respeito de qualquer morte de um terceiro consolida o respeito pela vida humana e, assim, contribui com a proteção a este supremo bem jurídico.

De forma semelhante, Inês Fernandes Godinho[73], ao buscar o fundamento do delito de homicídio a pedido no sistema penal português[74], posiciona-se no sentido do interesse geral, partilhado pela comunidade de homens e mulheres, de manutenção do tabu de ofensa à vida humana, ressaltando a importância do dogma da intangibilidade da vida humana e justificando, dessa forma, a exceção ao princípio *volenti non fit injuria*[75]. O dogma da intangibilidade da vida humana impõe-se, segundo a autora, como o interesse público que aqui se sobrepõe à autodeterminação pessoal[76].

Ainda, Manuel da Costa Andrade[77] assevera, ao analisar o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio, que o que está em causa na incriminação é o propósito de densificar e

---

[72] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 529.

[73] GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 349-350.

[74] A respeito do ordenamento jurídico português, cf. cap. 4.7, infra.

[75]"De acuerdo con el principiuo *volenti non fit iniuria*, no realiza injusto penal alguno quien altera (negativamente) un bien jurídico individual con la aprobacíon previa de su titular" (KINDHÄUSER, Urs. El consentimiento en el derecho penal reflexiones desde la teoría de las normas. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 2. (Studia Iuridica, 99, 5. Ad Honorem). p. 559.

[76] GODINHO, op. cit. p. 357.

[77] ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 79.

reforçar o “halo de tabu” com que a ordem jurídica quer rodear a vida humana alheia, protegendo-a contra todas ou quase todas as formas de desrespeito.

Igualmente, Urs Kindhäuser considera que o interesse geral pode declarar irrestritivamente vinculante o estandarte generalizado do tabu de matar outrem, o que justificaria a existência do tipo de homicídio a pedido no sistema alemão[78].

Diretamente relacionado à defesa da manutenção do tabu, encontra-se o fundamento da ladeira escorregadia (*slipery slope ou pendiente resbaladiza)*, segundo o qual a descriminalização de determinados grupos de atos contrários à vida de terceiro acarretaria riscos incontroláveis de ocorrência de abusos ou mesmo de equívocos, fragilizando, por demais, a proteção do bem jurídico[79]. As eventuais dificuldades em se provar a seriedade e a idoneidade de um pedido ou consentimento, seguindo esta linha, também justificaria a manutenção da incriminação.

De acordo com os partidários deste argumento, a descriminalização de comportamentos de participação em suicídio e homicídio a pedido em contextos eutanásicos, por exemplo, criaria o risco de se estender a não punição a comportamentos não eutanásicos, diante de fatores como a dificuldade em se aferir a seriedade e a legitimidade do consentimento, dificuldades probatórias processuais, e a possibilidade de ocorrência de erros de diagnósticos médicos.

Utilizado para justificar várias outras incriminações, como o aborto, as manipulações genéticas e o uso e tráfico de drogas, tal argumento funda-se na ideia de que, se a permissão de um comportamento “A” pode levar a execução de comportamentos “B”, não desejados, então a única forma de se evitar “B” é punir por completo “A”, ainda que este último possa ser considerado moralmente justificado ou aceitável do ponto de vista ético[80].

---

[78] KINDHÄUSER, Urs. El consentimiento en el derecho penal reflexiones desde la teoría de las normas. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 2. (Studia Iuridica, 99, 5. Ad Honorem). p. 579.

[79] Enrico Ferri, no final do séc. XIX, já considerava a possibilidade de o participante em suicídio alheio sempre alegar motivos legítimos, com risco de abusos. (FERRI, Enrico. *L’omicidio-suicidio.* Torino: Fratelli Bocca Editori: 1892. p. 37). Sobre o pensamento deste autor, cf. cap. 2.2.1, infra.

[80] Para uma análise mais aprofundada, cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 95-125.

Trata-se da aclamação do risco de uma "ruptura ou rebentamento do dique", o que, por menor que fosse, acabaria por ocasionar um desmoronamento da proibição de todo e qualquer homicídio.

Nesse sentido, posiciona-se Gisele Mendes de Carvalho[81], para quem a insegurança quanto à legitimidade do pedido do suicida - seja porque na maioria dos casos o sujeito sofre de uma forte depressão, seja porque não há tempo suficiente para que terceiros comprovem a seriedade de sua decisão - justifica a proibição estatal da participação de terceiros na morte consentida de outro, sendo esta a razão pela qual a lei penal da maioria dos países segue castigando estes comportamentos. Esclarece a autora, aceitando expressamente uma certa dose de paternalismo, que a avaliação dos motivos – precisamente quanto à *racionalidade* dos motivos - que estão por detrás de uma resolução suicida, ainda que suponha certo menosprezo da liberdade do sujeito interessado, é fundamental para que se possa controlar de forma efetiva os riscos de abuso e demais efeitos temerários dos quais adverte o argumento da *ladeira escorregadia* Assim, a completa descriminalização de todas as formas de participação em suicídio e de homicídio a pedido, com independência do contexto e dos motivos do pedido da vítima, acarretaria uma série de riscos que a sociedade não estaria disposta a tolerar em troca de uma ampla esfera de disponibilidade sobre a vida por seu próprio titular[82].

Na mesma linha, Inês Fernandes Godinho[83] acrescenta ao argumento da necessidade de manutenção do tabu, exposto acima, a existência de um *risco bastante elevado de abuso* no caso de eliminação do crime de homicídio a pedido do ordenamento jurídico português.

---

[81] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 96, 122-125. A autora esclarece que o argumento da *pendiente resbaladiza* é de tipo consequencialista, ou seja, é um argumento segundo o qual, na hora de se escolher entre as possíveis alternativas de atuação, avalia-se globalmente a bondade ou a maldade que acompanha a situação que desenvolve cada curso de ação e as consequências que ocorrem ou podem ocorrer (p. 122). Deve-se ressalvar que a autora faz uma defesa do direito fundamental à disposição da própria vida, decorrente da Constituição espanhola, justificando, porém, seus limites, quando a situação envolve terceiros, com base no argumento exposto e na diferenciação entre disponibilidade e renúncia (p. 212/221).

[82] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 204. Partindo da Constituição espanhola, a autora aponta os valores da *solidariedade* e da *segurança* como suporte a este argumento (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 219).

[83] GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 370. nota 1278.

José de Faria Costa[84] sustenta os perigos – segundo ele, reais e verdadeiros - do "efeito de arrastamento" ou dos "passos sucessivos", apontando que a sociologia do direito ensina e a experiência comum indica que a quebra de uma qualquer barreira pode levar ao arrastamento de situações que jamais estariam no horizonte daqueles que "estilhaçaram" os selos daquele primitivo e irredutível limite. O autor lança a seguinte pergunta: quem pode garantir que a não punibilidade penal da eutanásia ativa consentida e pedida não possa ser alargada para situações menos rigorosas na sua definição legal, chegando-se à não punição da intolerável eutanásia ativa não consentida?

Arthur Kaufmann[85] também aponta o risco de se abandonar um tal *princípio da proteção absoluta da vida*[86], o que poderia provocar rapidamente a formação de uma opinião que deixe de ver como exceção o sacrifício da vida humana.

Antônio José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo[87] asseguram que a legalização da eutanásia traria mais problemas do que soluções, dificultando o progresso da medicina e acarretando o grave risco de ocorrência frequente de eutanásia involuntária, tendo em vista a dificuldade de comprovar se o paciente estava ou não consciente no momento em que solicitou que o deixassem morrer para não sofrer mais de qualquer doença incurável, com a possibilidade de erros, vícios de vontade, simulações e fraudes.

Em linha semelhante, Angel Torio Lopez, defendendo que a interpretação jurídica da Constituição deve levar em conta as consequências que produz, chega a apontar que o rompimento da ideia de intangibilidade da vida poderia até favorecer a prática de transplante de órgãos mediante contraprestação financeira[88].

Mirentxu Corcoy Bidasolo, a seu turno, destaca que os problemas de prova sobre a ocorrência de um consentimento não viciado podem justificar que, em uma regulação

---

[84] COSTA, José de Faria. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.*Coimbra: Coimbra, 2003. p. 783-785.

[85] KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54, 1987. p. 52.

[86] Vide cap. 2.1.3, supra.

[87] BRITO, Antônio José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. Estudo jurídico da eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou dever de viver?. Coimbra: Almedina, 2000. p. 133-141.

[88] TORÍO LÓPEZ, Ángel. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 14, p. 217-245, 1991. p. 229-231.

penal, se parta de uma presunção *iuris et de iure* de ausência de consentimento livre, castigando os partícipes com penas mínimas[89].

Claus Roxin, novamente, defende a manutenção da punibilidade do homicídio consentido também ao argumento de que a ocorrência de uma decisão autônoma sobre a própria vida somente se poderá demonstrar indubitavelmente, no máximo, nos casos de suicídio à própria mão, mas não no caso de atuação de um terceiro[90].

São estes, portanto, os principais fundamentos trazidos por aqueles que defendem a regra da indisponibilidade da vida em razão da necessidade de manutenção de um tabu e do risco de ocorrência de abusos.

2.2 A DEFESA DO DIREITO À LIVRE DISPOSIÇÃO DA PRÓPRIVA VIDA

2.2.1 O pensamento de Enrico Ferri

O italiano Enrico Ferri foi um dos expoentes da chamada escola positiva e um dos autores das ciências criminais mais importantes e influentes da virada do séc. XIX para o séc.XX, responsável por obras de referência, tais como *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio* (1878), *Sociologia Criminale (1892)* e *Principi di Diritto Criminale (1928[91])*.

Segundo as suas próprias palavras, ao contrário da escola clássica, que estuda o delito em si, como ente abstrato, colocando o homem em segunda linha, a escola positiva

---

[89] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales: en particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. In: CEREZO MIR, José et al. *El nuevo Código Penal*: presupuestos y fundamentos*:* libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999. p. 263-265.

[90] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 58-59.

[91]Escapa aos limites deste trabalho o estudo completo sobre a biografia do autor, não se desconhecendo, todavia, a sua opção posterior por apoiar o regime fascista italiano de Benito Mussolini. Tal fato, acredita-se, não retira o valor de referência de sua obra monográfica sobre a disponibilidade da vida humana escrita ainda no séc.XIX. Sobre o autor, classificando-o como "um dos mais lúcidos e brilhantes espíritos que já se ocuparam dos problemas do crime", cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal:* parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. 1. p. 64-65.

estuda o delito como ação humana, como sinal e efeito da constituição orgânica e psíquica do delinquente, somada aos incentivos do ambiente físico e social[92].

No âmbito do presente trabalho, merece destaque a obra *L'omicidio-suicidio*[93], com terceira edição publicada em 1892, que trata, de forma monográfica, da repercussão jurídico-penal do suicídio, da participação em suicídio e do homicídio consentido.

Ferri inicia o estudo apresentando os dois questionamentos principais: 1) Pode o homem dispor da sua vida? 2) O consentimento do paciente quanto à sua própria morte possui valor jurídico, e sob quais limites, para o autor e o ajudante da sua morte?[94]

Salienta que os criminalistas geralmente partem diretamente para o segundo questionamento, contentando-se em repetir, sem maiores reflexões, a distinção entre direitos alienáveis (adquiridos) e inalienáveis (inatos) oriunda da filosofia do direito, enquadrando-se na última categoria o direito à existência. Debruçando sobre o assunto, Ferri chega a declarar que tal afirmação é tomada pelos criminalistas como postulado apriorístico e aceito como um legado ético-religioso transmitido de geração em geração, sem o benefício do inventário. [95]

O autor descreve o pensamento dominante entre os criminalistas, que se apoiam no argumento de que o direito à existência, porquanto inato e condição de todos os outros direitos, seria intangível e inalienável. Aduzem, nesta linha, que, tendo cada homem um fim supremo a alcançar, imposta da suprema lei moral, e, sendo a vida um meio indispensável para o alcance desse fim, de um lado, todos os outros homens possuem a obrigação de respeitar o direito de existência alheio, e, de outro lado, cada homem tem a obrigação de conservar a sua própria existência. Por fim, há também a defesa de que não é o homem que dá a si a própria existência, mas a recebe de uma potência sobre-humana, afirmando-se, ainda, que sobre determinada vida também possuem direito os membros da família e da sociedade, sendo certo, portanto, que o homem não pode dispor de sua própria vida e que o suicídio constitui uma violação da lei moral[96]

Ferri rebate fortemente este pensamento, questionando a tradicional distinção entre direitos inatos e adquiridos – que, segundo ele, é provisória e relativa - e afirmando que o

---

[92] FERRI, Enrico. *L'omicidio-suicidio.* Torino: Fratelli Bocca Editori: 1892. p. 33 (FERRI, Enrico. Para uma análise crítica dessa dicotomia entre as escolas clássica e positiva, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97-136.
[93] FERRI, Enrico. *L'omicidio-suicidio.* Torino: Fratelli Bocca Editori: 1892.
[94] Ibid., p. 11
[95] Ibid., p. 11p. 11-12
[96] Ibid., p. 13

direito nada mais é do que a limitação necessária e recíproca da atividade externa de cada indivíduo, sem a qual a vida social seria realmente impossível, sendo que, por essa razão, o único critério positivo de limitação é a necessidade de existência social. Essa necessidade justificaria, por exemplo, a pena de morte e o homicídio em legítima defesa, evidenciando que o direito à vida é sempre tangível e anulável. [97].

O autor italiano declara que o direito à vida é renunciável e abdicável, havendo, da mesma forma que o direito de viver, o *direito de morrer*, sendo certo que o homem tem o direito de dispor de sua própria vida[98].

Em seguida, em constante diálogo com autores como Francesco Carrara, trata de desconstruir os dois únicos argumentos sustentados em sentido contrário, os quais, inclusive, apontam para a ilegalidade do suicídio: 1) que o homem, tendo um fim supremo a alcançar, a ele imposta pela suprema lei moral, tem a obrigação de conservar a própria existência, que é o meio para o alcance de tal fim; 2) que a vida de um homem é um direito não apenas dele, mas também da família e do príncipe, para os juristas medievais, e da sociedade, para os juristas do último século[99].

Quanto ao primeiro, salienta que não possui qualquer valor jurídico, referindo-se somente ao aspecto moral e religioso do ato humano[100]. No que tange ao segundo, adentra em debates da Filosofia do Direito, pontuando que Estado e indivíduo não se colocam em uma relação de sujeição, mas sim de necessária coexistência, sendo que o homem só possui deveres jurídicos perante a sociedade enquanto vive, subtraindo-se de qualquer relação jurídica com essa mesma sociedade quando renuncia à vida de modo absoluto[101]. Admite que a família e a sociedade possam ter interesse na existência de cada um de seus membros, mas ressalta que interesse não é direito, porque o primeiro tem origem na simples *utilidade*, enquanto o segundo advém da *necessidade*[102], sempre comparando o suicídio com o ato de emigração, na esteira de Cesare Beccaria[103]. Por fim, acrescenta argumentos práticos e das ciências naturais, recorrendo a autores como Darwin, com a

---

[97] FERRI, Enrico. *L'omicidio-suicidio.* Torino: Fratelli Bocca Editori: 1892. p. 14-19
[98] Ibid., p. 19-20
[99] Ibid., p. 20
[100] Ibid., p. 20-21
[101] Ibid., 24-25
[102] Ibid., p. 28.
[103] Ibid., p. 26-27. (vide cap. 2.2.1, supra)

afirmação de que o suicídio pode se colocar como fator de seleção natural, rechaçando, todavia, o direito de matar os mais fracos e doentes[104].

Passando à análise do valor jurídico do consentimento quanto à morte, fixada a premissa da livre disponibilidade da vida, Ferri defende que a responsabilidade jurídica do agente, por um ato que lesa outro, seja estabelecida pelos motivos determinantes da ação, que podem ser jurídicos ou antijurídicos, legítimos ou ilegítimos, vale dizer, sociais ou antissociais[105].

Assim, quem mata outro com o seu consentimento não é juridicamente responsável se a ação foi determinada por um motivo jurídico ou social. Contrariamente, o agente é juridicamente responsável se o motivo de sua ação é antijurídico e antissocial[106]. Se o consenso é obtido com fraude ou violência, por exemplo, o agente é determinado por motivos antijurídicos e pratica, portanto, um verdadeiro homicídio[107]. Defende, nessa linha, a aplicação da regra *volenti non fit injuria*, vinculada a duas condições: que o consenso seja dado por quem possui esse direito; que o agente seja determinado por motivos jurídicos, legítimos, sociais[108].

Em seguida, Ferri passa ao estudo do que chama das principais formas de homicídio-suicídio: suicídio, participação em suicídio e homicídio consentido.

Iniciando-se pelo suicídio, lembra que o lento processo de extração do direito dos critérios éticos e religiosos, que por tanto tempo o dominaram, resultou na admissão quase unânime, por distinções e concessões mais ou menos lógicas, da completa impunidade do suicídio[109]. Argumenta que os criminalistas justificam tal impunidade com base em três princípios fundamentais: 1) o direito que o homem tem de dispor de sua própria vida; 2) a inexistência de relação jurídica do homem com si mesmo; 3) razões extrínsecas, que mostram a inconveniência ou a impossibilidade da pena. Destaca sua adesão ao primeiro princípio, recusado quase unanimemente pelos criminalistas, tido como a razão jurídica mais positiva e completa, fazendo importantes ressalvas e críticas aos dois outros princípios[110].

---

[104] FERRI, Enrico. *L'omicidio-suicidio.* Torino: Fratelli Bocca Editori: 1892. p. 28-29.
[105] Ibid., p. 34.
[106] Ibid., p. 35.
[107] Ibid., p. 36.
[108] Ibid., p. 41.
[109] Ibid., p. 43.
[110] Ibid., p. 43-46.

No que se refere à participação em suicídio, o autor destaca que a quase unanimidade dos criminalistas sustenta a sua incriminação, admitindo, eventualmente, como circunstância atenuante, a bondade dos motivos determinantes, em casos especiais[111]. Segundo Ferri, porém, sendo o suicídio uma ação juridicamente lícita, a participação nesse suicídio não pode ser, por si só, uma ação juridicamente ilícita[112]. Fazendo novamente alusão à importância dos motivos determinantes, defende que a participação em suicídio é ato juridicamente lícito, desde que não seja determinado por motivos antijurídicos, ilegítimos, e antissociais[113].

Por fim, no que tange ao homicídio consentido, Ferri apresenta, desde logo, a sua discordância quanto à profunda e enorme distinção feita pelos criminalistas entre este delito e o delito de participação em suicídio, que é, segundo ele, muito pouco consentânea aos fatos, uma abstração destituída de diferença moral e jurídica e que pode corresponder a uma grave diferença de pena[114]. Dessa forma, defende a mesma solução oferecida à participação em suicídio: como o homem tem o direito de dispor da sua vida, de todos os modos, e já que todos admitem que o suicídio seja um ato não criminoso, o homicídio consentido não constitui crime, salvo quando o agente seja determinado por motivos ilegítimos e antissociais[115]. O consenso, reitera, descriminaliza todo ato que, concorrendo de qualquer modo ao êxito final da morte, não seja determinado por motivos ilegítimos e antissociais[116].

Após analisar longamente a legislação penal comparada[117] e a jurisprudência[118] acerca do tema, Enrico Ferri finaliza a obra apresentando três conclusões principais: 1) que o Código deva explicitamente considerar as duas principais hipóteses de homicídio-suicídio, a participação em suicídio, por instigação ou por auxílio, e o homicídio consentido; 2) que a punibilidade seja subordinada aos motivos determinantes; 3) que, ao mesmo tempo em que declara a impunidade do homicídio-suicídio determinado por motivos legítimos ou sociais, eleve o grau de pena daqueles determinados por motivos

---

[111] FERRI, Enrico. *L'omicidio-suicidio.* Torino: Fratelli Bocca Editori: 1892. p. 47-48.
[112] Ibid., p. 48.
[113] Ibid., p. 49.
[114] Ibid., p. 51-52.
[115] Ibid., p. 52.
[116] Ibid., p. 56.
[117] Ibid., p. 57-91.
[118] Ibid., p. 92-139.

ilegítimos, antissociais, considerando-os como verdadeiro homicídio, consumado ou tentado, por fraude ou violência[119].

2.2.2 O pensamento de Fernd Schünemann

Bern Schünemann é professor catedrático da Universidade de Munique (Alemanha) e um dos grandes nomes da doutrina penal alemã atual, com ampla produção científica publicada em vários países, inclusive no Brasil. Nos limites deste trabalho, será brevemente analisada a posição do autor sobre a disponibilidade da vida em dois de seus trabalhos publicados no Brasil: *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal*[120] e *A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo?*[121]

Para Schünemann, o fim do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos por meio da cominação de sanção. Apontando autores como Cesare Beccaria e Karl Hommel, Feurbach e Birnbaum, destaca que deve o Direito Penal se ocupar de violações do contrato social que fundamenta a vida em comum, e não do âmbito da moral privada[122]. O princípio da proteção de bens jurídicos encontra-se alicerçado na própria concepção do contrato social, estando pressuposto em toda e qualquer Constituição, sob a ideia reitora da garantia da possibilidade do livre desenvolvimento dos indivíduos pelo Estado, sendo, portanto, ilegítima a utilização do Direito Penal para fins de imposição de determinadas formas de vida[123].

Em seu trabalho, Schünemann trata de defender tal princípio das diversas críticas formuladas e analisa criticamente decisões do Tribunal Constitucional de seu país[124],

---

[119] FERRI, Enrico. *L'omicidio-suicidio*. Torino: Fratelli Bocca Editori: 1892. p. 141-142.

[120] SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

[121] SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 91-111.

[122] SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005. p. 13-14

[123] Ibid., p. 17-18

[124] Ibid., p. 14 et seq.

passando, em seguida, ao exame detalhado do que, de concreto, deve derivar da fórmula da *ultima ratio*, com a análise do critério da *necessidade* de proteção do bem jurídico[125].

Indo diretamente ao ponto que interessa ao presente estudo, o autor alemão declara que não se pode proteger bem jurídico contra a vontade de seu titular, citando o exemplo do § 228 do Código Penal alemão, que declara ineficaz o consentimento quando o fato viole os bons costumes, a seu ver, em clara tentativa ilegítima de imposição de determinadas formas de vida[126].

Assim, tratando da questão da punibilidade do auxílio ao suicídio ou do homicídio a pedido, afirma que o único bem jurídico que se pode vislumbrar nessas situações é a vida de uma pessoa que não age do modo completamente responsável. Defende, desse modo, uma punibilidade restrita aos casos de auxílio a um suicídio não fruto de reflexão uma madura e o homicídio a pedido de uma vítima ainda apta a agir de mão própria, restando, nesse caso, duvidosa a seriedade do desejo de morrer[127].

No trabalho dedicado especialmente ao paternalismo jurídico-penal, Schünemann inicia com uma reconstrução histórica do dogma do paternalismo, associando-o a uma época pré-iluminista e colocando-o como diretamente conexo à dogmática cristã, salientando que, atualmente, há uma tendência de ampliação das diferentes formas de paternalismo jurídico[128].

Destaca que, como a liberdade do cidadão é garantida como direito fundamental à liberdade de ação, cada norma penal paternalista deve apresentar uma específica legitimação constitucional[129], o que segundo o autor, citando decisões sobre a posse de entorpecentes e sobre o direito de transplantes, não é levado a sério pelo Tribunal Constitucional Federal alemão[130].

Rechaçando a legitimidade constitucional de qualquer paternalismo jurídico-penal direto, Schünemann termina por admitir a legitimidade de um paternalismo jurídico-penal

---

[125] SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005. p. 21 et seq.

[126] Ibid., p. 32.

[127] Ibid., p. 33-34. Para uma análise crítica deste fundamento, cf. cap. 7.4 e 7.5, infra

[128] SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 92-98.

[129] Ibid., p. 100.

[130] Ibid., p. 103-107.

indireto, apenas como forma de proteção contra decisões apressadas e irrefletidas ou contra a exploração da fraqueza humana do titular do bem jurídico[131].

Resumidamente, para Schünemann, o que é normalmente chamado de paternalismo duro (*hard paternalism*) – a proteção do indivíduo responsável contra decisões tidas por irracionais, ainda que bem refletidas e tomadas em condições de normalidade – é indefensável em um direito penal de um Estado de Direito. Mas há espaço para a proteção de irresponsáveis – o chamado paternalismo suave (*soft paternalism*), bem como para a proteção contra decisões apressadas e tomadas em condições de especial debilidade.

2.2.3 O pensamento de Günther Jakobs

Günther Jakobs é Professor Catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn (Alemanha), e, sem dúvidas, um dos mais importantes autores do Direito Penal na atualidade, com extensa produção bibliográfica publicada em diversas línguas. Dentre suas obras, destacam-se *Derecho penal: parte general - fundamentos y teoría de la imputación*[132] , *Direito Penal do Inimigo*[133] *e A Imputação Objetiva no Direito Penal*[134].

Deve-se ressaltar, antes de tudo, que Jakobs, contrariando o pensamento amplamente majoritário, rechaça a função de Direito Penal de proteção de bens jurídicos, embora sem negar a existência de algum sentido penal ao conceito de bem jurídico, ainda que de menor importância. Atribuindo fundamental valor ao papel desempenhado por cada pessoa na estrutura social – com premissas de uma teoria sistêmica -, e, conferindo especial relevo à teoria da imputação do resultado, o autor defende o Direito Penal como instrumento de proteção da vigência da norma. A pena surgiria, então, para reafirmar a vigência da norma desacreditada pelo agente criminoso[135].

---

[131] SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 107-11.

[132] JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general: fundamentos y teoría de la imputación.. Madrid: Marcial Pons, 1995

[133] JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

[134] JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[135] Para uma exposição detalhada, cf..:JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general*:* fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal:

Por essa razão, importante ressaltar que, em uma visão estritamente técnica, talvez não se mostre absolutamente preciso enquadrá-lo entre os defensores de um direito à livre disponibilidade do bem jurídico vida[136]. Todavia, como o autor constrói sua argumentação dogmática sobre este tema específico partindo da premissa de que, no modelo de Estado atual, o sentido da vida é matéria exclusivamente inserida no âmbito privado, restringindo-se, portanto, à livre decisão do indivíduo responsável, entende-se como justificada a sua inserção neste tópico do trabalho.

Com essas considerações e ressalvas, destaque-se a afirmação de Jakobs de que, em uma época em que já não existe um programa de direito natural que obrigue o ser humano a aperfeiçoar-se moralmente e, em que os vínculos religiosos correspondem, em todo caso, a um espaço residual inserido no âmbito privado, não é mais o Estado aquela instituição que administra a "objetividade, verdade e moralidade". A eticidade em si mesma já não é um fim do Estado e *per definitionem* não pode sê-lo em um Estado que garante através dos direitos fundamentais o pluralismo e o individualismo[137]. Assim, como já apontado, a resposta à pergunta pelo sentido da vida não vem da esfera do público, mas encontra-se inserida no âmbito privado de cada indivíduo[138].

Nesse cenário, a autolesão de pessoas responsáveis, ou até a autodestruição, não pode constituir um injusto penal, como tampouco pode ser a participação em tal conduta, e nem sequer a heterolesão com consentimento ou participação a próprio risco do lesionado[139].

---

os bens jurídicos ou a vigência da norma?. In: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 159/177. JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

[136] O autor não concebe os delitos contra a pessoa como lesão a um bem jurídico, mas sim como lesão a um direito – usurpação de um âmbito de organização - em razão da função do direito penal de garantir a validade da norma. Assim, por exemplo, para Jakobs um homicídio não é um delito porque acaba com uma vida humana, mas porque a pessoa tem o direito de manter-se em seu corpo Cf. JAKOBS, Günther. Sobre el concepto de delito contra la persona. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 149-170, 2003

[137] JAKOBS, Günther; Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 7, p. 413-430, 1997. p. 420-421.

[138] La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 396. JAKOBS, Günther; Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 7, p. 413-430, 1997. p. 425-426.

[139] La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

Trabalhando com elementos próprios de sua concepção de teoria do delito, aduz que uma lesão que não se produz por usurpação do âmbito de organização do outro, senão que, ao contrário, também constitua uma auto-organização desta outra pessoa responsável, apenas de maneira aparente vulnera algum bem jurídico pessoal. Na realidade, assegura o autor, trata-se de uma forma (mais ou menos habitual ou pouco comum, mas sempre privada) de modelar a vida de cada um, que não somente se pode levar a cabo de própria mão, como também em regime de divisão de tarefas. Aquele que solicita a sua própria morte organiza com seu pedido um fato que serve a seus próprios fins. Dessa forma, aquele que pede a outro que lhe mate não renuncia a uma decisão pessoal sobre o bem personalíssimo vida, como tampouco faz o suicida propriamente dito; ao contrário, ajusta a conduta do outro a seus fins, empregando-o para que realize suas próprias decisões[140].

Esta constatação, segundo ele, tão evidente que dispensa explicações, não se vê, todavia, correspondida pelo Direito positivo. No Direito positivo alemão, por exemplo, proíbe-se o homicídio a pedido da vítima e são impostos certos limites à efetividade do consentimento nos casos de lesões corporais[141]. Lembra, ainda, que, em muitos países, diversamente do que ocorre na Alemanha, vigora uma proibição de participação em suicídio de mão própria[142].

Jakobs coloca-se, ainda, à semelhança do que faz Enrico Ferri, como um grande crítico da distinção meramente naturalista entre participação em suicídio alheio e homicídio a pedido baseada no critério de quem realiza o último ato de execução, lembrando que, na Alemanha, tal elemento justifica, em um caso, a impunidade do comportamento, e no outro, a punição por homicídio a pedido[143]. O único elemento diferenciador entre as duas condutas é, como visto, a divisão do trabalho que se produz na forma de homicídio a pedido[144]. A organização em comum não é uma usurpação de organização[145].

---

[140] JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Barueri: Manole, 2003. p. 20.
[141] Para uma exposição da legislação penal alemã, cf. cap. 4.4, infra.
[142] Para uma exposição comparada, cf. cap. 4, infra.
[143] La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 396-398.; JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Barueri: Manole, 2003. p. 4 e 18 et seq.
[144] JAKOBS, op. cit., p. 21 et seq.
[145] JAKOBS, Günther; Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 7, p. 413-430, 1997. p. 424.

Acerca do crime de homicídio a pedido previsto na Alemanha, Jakobs argumenta que a norma proclama o caráter sacrossanto da vida[146] e a sua origem não poderia ser explicada sem considerar que Deus, em todo caso não o ser humano, administra o começo e o fim da vida, portanto, sem considerar que o ser humano é uma criatura, ou, dito de modo secularizado, sem o entendimento da imutabilidade das 'coisas naturais', como também vinculado a uma "ideia ética". Acrescenta, ainda, que, se o homicídio a pedido é punível, mas a participação em suicídio é impune, portanto, se o que é posto em relevo é o atuar de própria mão, então, provavelmente também repercute o mito de que as mãos do autor estão manchadas de sangue, mais precisamente, esta redução da decisão sobre o "sim" ou "não" a um mito. Isso pode ser invocado quanto ao suicídio: seu próprio sangue mancharia suas mãos[147].

Para os casos em que se trabalha com o elemento *risco*, ressalta que aquilo que habitualmente se chama de *consentimento* ou *atuação a próprio risco* impede a geração de um injusto, porque retira da organização alheia o elemento da usurpação. Importante lembrar, também, que, dentro de sua teoria da imputação objetiva, mais útil no âmbito do tipo culposo, Jakobs coloca como um dos fundamentos o que chama de *competência da vítima*, o que, em casos como esses, exclui a competência do autor[148].

Para Jakobs, a razão pela qual o Direito positivo adota essa postura paternalista, valorando como injusto a lesão consentida pela vítima, é, provavelmente, a existência de um medo difuso de não poder assumir tal comportamento através de uma argumentação racional. Assim, deve-se concluir, por exemplo, que a proibição do homicídio a pedido, presente no sistema jurídico-penal alemão, contém, na melhor das hipóteses, uma abstrata proteção de intenção paternalista frente a decisões precipitadas e desprovidas de maturidade[149], concluindo-se, de *lege lata*, pela defesa de uma interpretação restritiva do tipo para incluir na proibição apenas os casos de morte por um pedido que não pode ser

---

[146] JAKOBS, Günther. La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el par. 216 StGB - homicidio a petición de la víctima. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas / UAM, 1997. p. 413-422. p. 413.

[147] JAKOBS, Günther; Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 7, p. 413-430, 1997. p. 425

[148] Para mais detalhes, cf. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

[149] La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 396. Crítico dessa solução proposta por Jalobs, chamando-a de artificiosa e pouco convincente, cf. KINDHÄUSER, Urs. El consentimiento en el derecho penal reflexiones desde la teoría de las normas. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 2. (Studia Iuridica, 99, 5. Ad Honorem). p. 562 et seq.

considerado como objetivamente razoável[150]. Esclarece, por fim, que deve ser entendido como razoável o que a maioria solicita enquanto ainda possa fazê-lo de um modo inteligível, formando-se um padrão de comportamento, excluindo-se, por exemplo, os meros caprichos individuais e o sofrimento de amor[151].

2.2.4 O pensamento de Juan Carlos Carbonell Mateu

Juan Carlos Carbonell Mateu é Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência (Espanha) e referência quando se está a tratar do estudo da legitimidade da intervenção penal a partir da Constituição espanhola de 1978.

Em seu trabalho *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicídio e aborto*[152], cuida de analisar a constitucionalidade dos crimes de participação em suicídio e aborto, ainda que tomando como referência as redações do antigo Código Penal espanhol.

Carbonell Mateu parte do artigo 10 da Constituição espanhola[153], combinado com os seus artigos 1º[154] e 9º[155], para afirmar que o Estado somente pode proibir condutas que

---

[150] JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Barueri: Manole, 2003. p. 34-44. Rechaçando a transformação do crime de homicídio a pedido em delito de perigo abstrato, cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 123.

[151] JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Barueri: Manole, 2003. p. 42 et seq. O autor esclarece, ainda, que a proteção paternalista frente às decisões precipitadas perde a sua justificação quando da situação objetiva se deduz que a vontade de morrer apresenta fundamentos que são, quando menos, aceitáveis, segundo aqueles princípios que são os únicos sobre a base dos quais cabe formular o juízo público. Cf. JAKOBS, Günther; Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 7, p. 413-430, 1997. p. 427-428.

[152] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida: dos cuestiones: suicidio y aborto. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 45, p. 661-672, 1991.

[153] Art. 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

[154] Art. 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

[155] Artículo 9.1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la

afetem liberdades alheias, sendo que toda a interpretação acerca dos direitos e liberdades fundamentais deve se dar considerando como eixo principal o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, decorrência da dignidade humana[156].

Analisando especificamente os delitos contra a vida, o autor trata de afastar qualquer interpretação contraditória entre "vida" – prevista com direito fundamental no art.15[157] - e "liberdade" – prevista nos art.1º e 9º, acima mencionados. Salienta que uma interpretação integradora entre esses dispositivos à luz do livre desenvolvimento da personalidade leva à conclusão de que somente a vida livremente desejada por seu titular pode merecer o qualificativo de bem jurídico protegido pelo Direito Penal[158].

Em seguida, lança a seguinte questão: diante da decisão livremente adotada por um ser humano absolutamente são do ponto de vista psíquico, e sem pressões de nenhum tipo, de pôr fim à sua vida, é legítima a intervenção do Estado castigando a todos aqueles que de alguma maneira intervenham no fato de suicídio?

A partir da compreensão constitucional de que, em um Estado Democrático, a intervenção penal deve ter como eixo central o livre desenvolvimento da personalidade, aponta que somente posturas eticistas e moralistas podem explicar a punição de condutas relacionadas com o suicídio e assevera que a vida imposta contra a vontade de seu titular não é um valor constitucional e nem pode configurar-se como um bem jurídico digno de tutela penal. Conclui, dessa forma, pela inconstitucionalidade do tipo penal espanhol de participação em suicídio[159].

---

jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

[156] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida: dos cuestiones: suicidio y aborto. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 45, p. 661-672, 1991. p. 691-663

[157] Artículo 15**.** Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o a tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

[158] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida: dos cuestiones: suicidio y aborto. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 45, p. 661-672, 1991. p. 664.

[159] Ibid., p. 665-667.

2.2.5 O pensamento de Jose Manuel Valle Muniz

José Manuel Valle Muniz foi Professor Titular de Direito Penal da Universidade de Barcelona (Espanha) e um dos mais importantes comentaristas do Código Penal espanhol.

Em sem trabalho *Relevancia juridico-penal de la eutanasia*[160], trata de examinar a questão da disponibilidade da vida e da repercussão jurídico-penal da eutanásia.

O autor inicia discorrendo acerca da importância de se compreender o Direito Penal a partir dos princípios e valores constitucionais, os quais possuem valor normativo direto e imediato. Cabe, pois, à Constituição a tarefa guiar a dogmática penal, de delimitar os bens jurídicos merecedores de tutela penal e de servir de parâmetro para a interpretação dos tipos penais. Dessa forma, afirma não ser coerente afirmar o caráter típico de uma conduta que constitui o exercício legítimo de um direito fundamental[161].

Em seguida, parte de uma interpretação chamada de articulada e dinâmica dos direitos fundamentais previstos na Constituição espanhola de 1978, baseada na adoção da dignidade da pessoa e do livre desenvolvimento da personalidade como fundamento e valores-guias dos direitos fundamentais, para afirmar que a vida é um bem jurídico livremente disponível por seu titular. Ressalta, com efeito, que o suicídio é um ato livre e juridicamente não desaprovado, afigurando-se, na realidade, como expressão de um direito constitucionalmente amparado[162].

De acordo com o autor, considerando o caráter direto e imediato do texto fundamental espanhol, deve-se considerar a existência de sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da incriminação de comportamentos de auxílio ao suicídio, aventando-se, de *lege ferenda*, a sua descriminalização.

---

[160] VALLE MUÑIZ, José Manuel. Relevancia juridico-penal de la eutanasia. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 37, p. 155-189, 1989.
[161] Ibid., p. 155-159.
[162] Ibid., p. 164-167.

2.2.6 O pensamento de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara é Professora Associada do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e também Professora de Pós-Graduação da Universidade de Salamanca (Espanha). No ano de 2011, na Universidade de São Paulo, defendeu a Tese de Livre-Docência intitulada *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*[163]. Neste trabalho, como se verá, a autora acaba por tratar do tema ora em estudo, concluindo pela livre disponibilidade da vida e pela existência do direito de morrer.

O objetivo principal do trabalho, como próprio título indica, é determinar a capacidade de rendimento atual da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade da intervenção penal, iniciando-se com a fixação de premissas relacionadas à função do Direito Penal e ao conceito material de delito em um Estado Democrático de Direito[164].

Após traçar um panorama da evolução histórica da função do Direito Penal em cada modelo de Estado, chega-se a um modelo de intervenção penal presido pela Constituição Federal do Estado Democrático de Direito, em um contexto democrático, laico e pluralista, sendo a pessoa – tomada como ser autônomo e direcionada à busca de seu livre desenvolvimento - a destinatária e o fundamento da norma penal, com a preponderância dos direitos individuais em relação ao interesse da maioria, à ideia de bem comum ou a valorações morais dominantes[165]. Nesse modelo de Estado, a função precípua do Direito Penal é a de proteção subsidiária de bens jurídicos, sendo o conteúdo material do delito a ofensa a um bem jurídico[166].

Sustenta, em seguida, a tomada do bem jurídico como interesse, que relaciona um sujeito a um valor relevante ao seu desenvolvimento social e à materialização de sua dignidade, não sendo possível, dessa forma, a sua utilização contra os interesses de cuja proteção se deveria tratar[167]. De acordo com Bechara, dentro de uma teoria pessoal do bem

---

[163] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. Trabalho posteriormente publicado em versão comercial como: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2013.

[164] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 18.

[165] Ibid., p. 41-63.

[166] Ibid., p. 65-82.

[167] Ibid., p. 182.

jurídico, interesse juridicamente reconhecido não pode ser convertido em dever jurídico, imposto contra a vontade de seu titular[168].

Fixadas tais premissas, defende a autora seja realizada uma verdadeira reformulação da teoria do consentimento, vinculada, antes de tudo, aos princípios constitucionais relacionados aos direitos e garantias individuais, com a impossibilidade de proteção de um interesse (bem jurídico) individual contra a vontade do respectivo titular[169]. A disponibilidade do bem jurídico individual já não deve ser tratada como exceção no ordenamento jurídico-penal, passando a representar, ao contrário, uma consequência natural de sua própria essência, a qual determina a irrelevância penal de determinados comportamentos concretos em razão da ausência de bem jurídico a ser tutelado pela norma[170].

Dentro desse contexto, Bechara defende a disponibilidade da vida humana e afirma a existência do *direito de morrer*, ressaltando que se trata de interesse que concerne tão somente a seu titular, refutando argumentos ligados à moral, à religião, à própria dignidade derivada de Kant e ao paternalismo penal. Salienta que a questão fundamental, dessa forma, reduz-se à verificação efetiva do exercício da autonomia do indivíduo, isto é, de seu efetivo desinteresse pela vida[171].

Seguindo esta linha, destaca a falta de legitimidade da incriminação do auxílio ao suicídio, afastando, ainda, a tradicional distinção entre os sentidos de eutanásia – em sua acepção tradicional de enfermidade incurável e causadora de intenso sofrimento - e participação em suicídio. Para a autora, tal diferenciação, baseada em argumentos ligados a sentimentos humanitários relacionados a sofrimento do indivíduo gravemente enfermo[172], encerra um juízo moral, e não objetivo. Em ambas as hipóteses, se está diante

---

[168] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 185.

[169] Em outro trabalho, a autora também adverte acerca da ilegitimidade da tutela penal das autolesões e de situações de disposição do bem jurídico por seu titular, evidenciando-se nesses casos o interesse autoritário do Estado que pretende se sobrepor à própria autonomia do indivíduo. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio (Coord.). *Direito penal contemporâneo:* questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153-194, p. 161. nota 27)

[170] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 181-187.

[171] Ibid., p. 181-187.

[172] Para uma exposição deste tipo de argumentação, cf. cap 2.3, infra.

objetivamente de um desinteresse pela própria vida, que apenas deve dizer respeito ao seu titular, dotado de dignidade, e, assim, de autonomia e autorresponsabilidade[173].

Ana Elisa Bechara faz questão de destacar que, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a legitimidade do Direito Penal advém do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos[174], sendo que, por essa razão, mostra-se incompatível a pretensão delimitar tal desenvolvimento da personalidade conforme opções morais, mesmo que majoritárias, que não sejam próprias do indivíduo[175].

2.3 O RECURSO À DIGNIDADE HUMANA COMO SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA

Entre aqueles que defendem a inexistência do direito à livre disponibilidade da vida humana pelo titular do bem jurídico e aqueles que advogam a sua existência, há, ainda, autores que se colocam em uma posição, de certa forma, intermediária, admitindo uma espécie de flexibilização acerca da disposição da vida exclusivamente em situações extremas e sempre excepcionais, aludindo-se, frequentemente, a um *direito à morte digna*. Em tais casos, costuma-se a defender a redução de pena ou até mesmo a impunidade do terceiro interveniente em morte alheia.

Normalmente, argumenta-se que o inegável avanço da Medicina nas últimas décadas trouxe consigo o desenvolvimento de técnicas de postergação inútil da morte, as quais, muitas vezes, acabam por prolongar o intenso sofrimento físico e mental do indivíduo, em contrariedade ao postulado constitucional da dignidade humana, bem como à norma constitucional que veda o tratamento desumano ou degradante.

---

[173] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 182 e 186-187

[174] "Se se puder entender o Direito Penal como instrumento subsidiário de controle social formal, voltado à proteção de interesses fundamentais dignos de tutela, ter-se-á como reflexo do conteúdo material do delito uma condição de vida que afeta a autonomia e o livre desenvolvimento do indivíduo no sistema social. A ideia de liberdade individual ou autonomia reflete, portanto, a base de justificação e legitimidade da intervenção jurídico-penal." (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio (Coord.). *Direito penal contemporâneo:* questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153-194, 187).

[175] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 326.

Nessa específica situação de intenso sofrimento decorrente de enfermidade irrecuperável, seria, pois, admitida, com o consentimento do indivíduo – expresso ou presumido -, o abreviamento da morte com a participação – geralmente apenas na forma *omissiva* – de um terceiro, sem que sobre este houvesse qualquer repercussão negativa de caráter cível ou criminal. Costuma-se a rotular esta conduta como *ortotanásia (do grego orthos: normal, correto; e thanatos: morte), eutanásia passiva* ou *ajuda à morte passiva*, que consiste exatamente nesta inação ou até mesmo na suspensão ou interrupção de um tratamento diante da morte iminente do indivíduo doente terminal e irrecuperável e que esteja submetido a sofrimento intenso. Fala-se em uma espécie de "morte dada a seu tempo", "no momento justo", quando não é possível fazer mais nada pela vida do paciente e o respeito à dignidade humana impõe que a equipe médica deixe de intervir, permitindo que a morte siga seu curso natural[176].

Na realidade, os debates em torno deste tema, como já pontuado, embora tenham atravessado os séculos em áreas como a Filosofia, a Ética, a Religião e o próprio Direito, estão cada vez mais presentes em diversas áreas do conhecimento humano, a exemplo da Bioética[177] e das Ciências Médicas em geral, e integram os estudos de variados setores do Direito, com destaque para o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Biodireito e, finalmente, o Direito Penal.

No campo do Direito Constitucional, por exemplo, Luís Roberto Barroso[178], embora declare que a morte não seja uma escolha, mas uma fatalidade, reconhece, com fundamento na Constituição, a autonomia individual como expressão da dignidade humana e afirma a existência de um *direito à morte digna* exclusivamente nos casos de pessoas em estado terminal ou em estado vegetativo persistente, legitimando-se a chamada *ortotanásia*. Segundo Barroso, a comunidade e o Estado não devem ter o direito de impor

---

[176] CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224.

[177] Costuma a ser apontada como obra precursora da Bioética atual: BEACHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2013. Sobre a repercussão jurídico-penal dos princípios da Bioética, cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001. p. 71-93

[178] BARROSO, Luis Roberto. A Morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 19-63, 2010. Também no campo do Direito Constitucional, cf. DIAS, Roberto. O *direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

suas concepções moralistas e paternalistas sobre alguém que é vítima de um sofrimento[179]. O autor faz questão de destacar que o homicídio consentido – chamado por ele de eutanásia – e o suicídio assistido, ambos no contexto médico acima descrito, são possibilidades compatíveis com a concepção de dignidade humana extraída do texto constitucional, preferindo, todavia, por razões práticas, concentrar o debate no estabelecimento de consensos mínimos em torno da *ortotanásia*.

Na esfera do Biodireito e da Bioética, Letícia Ludwig Moller[180] é uma das que defendem a existência de um direito do paciente terminal a morrer de acordo com seus valores e crenças, da maneira que lhe pareça digna, sem que lhe seja imposta uma determinada forma de encarar o final da vida e morrer, com a afirmação de um *direito à morte digna* amparado pela Constituição Federal e por tratados internacionais sobre direitos humanos. Ressalta a autora que a definição do que seja morte digna cabe apenas ao indivíduo, de acordo com seus valores e concepções pessoais, não sendo legítima a imposição de concepções particulares de vida e morte boas.

Seguindo esta tendência de flexibilização do suposto *dever de viver ou de tratar a qualquer custo* e de afirmação de um *direito à morte digna*, merece destaque, no Brasil, o texto do Código de Ética Médica de 2010:

> Princípios fundamentais
> XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.
> XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.
>
> É vedado ao médico: [...]
>
> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

---

[179] BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar': a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 919, p. 127-196, 2012. p. 189-193.

[180] MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Juruá: Curitiba, 2012. Cf., ainda, MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*. Belo Horizonte: Delrey, 2012. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

> Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.
>
> Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.
>
> Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
> Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.
> (grifo nosso)

Como base nos dispositivos acima descritos, verifica-se uma preocupação constante com o respeito à vontade do paciente, ainda que com a inarredável ressalva relativa à situação de risco iminente de morte[181].

Observa-se, nesse sentido, que o texto do Código de Ética Médica, após afirmação da proibição de abreviar a vida do paciente, ainda que a seu pedido, acaba por estabelecer que, levando em consideração a vontade do paciente ou de seu representante legal, deve o médico abster-se de empreender ações reputadas "inúteis" ou "obstinadas", desde que se esteja diante de um quadro de doença "incurável" e "terminal".

A edição das Resoluções nº 1805/2006 e nº 1995/2012, ambas do Conselho Federal de Medicina, parecem caminhar no mesmo sentido. Enquanto a primeira autoriza o médico "*limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu*

---

[181] Cf., a respeito, REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1. p. 191-192. Gisele Mendes de Carvalho defende que a autorização do médico a não respeitar o direito à autonomia do paciente nos casos de "iminente risco de morte" conduz à "inconstitucionalidade manifesta" do art.31 do Código de Ética Médica. (CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224). Diversamente, a Lei dos direitos dos pacientes da Argentina apenas autoriza a ação do médico sem o consentimento informado do paciente em caso de grave perigo para a saúde pública ou em situação de emergência, com grave perigo para a saúde e a vida do paciente, "y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales." (art. 9º da Lei 26.529/2009 – vide cap. 4.8, supra)

representante legal" [182], a segunda, seguindo uma tendência internacional[183], estabelece e disciplina o chamado "Testamento Vital" – ou "Diretivas Antecipadas de Vontade" -, por meio do qual o indivíduo pode se manifestar sobre cuidados e tratamentos médicos que deseja ou não receber quando estiver impossibilitado de se comunicar, manifestação esta, ressalte-se, que deverá ser levada em consideração pelo médico desde que em consonância com os ditames do Código de Ética Médica.

Além disso, o próprio Código Civil brasileiro de 2002, com redação um tanto quanto controversa e criticável, ao mesmo tempo em que declara que "*os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*" (art.11), proclama que "*salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes*" (art.13), e assegura que "*ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica*" (art.15), dando a entender que a obstinação pela manutenção da vida nem sempre pode ser uma imposição legal[184].

---

[182] Cf.: CARVALHO, Gisele Mendes de. *Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil*. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 227-268, jan./jun. 2007.; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224.

[183] Em Portugal, vide Lei nº 25/2012, que cria, inclusive, um Registro Nacional do Testamento Vital. Na Argentina, as diretivas antecipadas estão previstas no art.11 da Lei 26.529/2009, que tem a seguinte redação: "Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes". (vide cap. 4.8, infra). Inês Fernandes Godinho (GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015) cita a edição de leis similares em outros países, a exemplo da Espanha (2002), Alemanha (2009), Suíça (2013). Cf., sobre o tema, COSTA, José de Faria. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.*Coimbra: Coimbra, 2003. p. 792 et seq. Ronald Dworkin informa que todos os estados americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada ("testamentos de vida") ou as procurações para a tomada de decisões em questões médicas (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 252)

[184] Avaliando o art.15 do Código Civil, Miguel Reale Júnior ressalta que o dispositivo, mesmo com redação ruim, constitui um reconhecimento da autonomia, ao permitir que a pessoa se negue a se submeter a tratamento ou cirurgia que apresente risco de vida, apesar de aconselhada pelos medico. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011 v. 1. p. 193) Acerca do tema, no campo do Direito Civil, cf., por todos, defendendo a existência do direito à morte digna, SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 31-70.

Deve-se destacar que o debate acerca do direito à livre disposição da vida, exclusivamente no contexto médico e em situações específicas, está cada vez mais presente nos Tribunais brasileiros, especialmente em suas Câmaras de competência cível[185], com a jurisprudência ainda sem qualquer tipo de consolidação.

Interessante observar alguns exemplos, os quais, quando favoráveis à disposição da própria vida, invariavelmente recorrem ao argumento da dignidade humana, com a proclamação de um direito à morte digna, entendida como a morte "no seu devido tempo" ou "no seu tempo certo".

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), merecem destaque dois julgados que terminam por reconhecer a impossibilidade de se obrigar o paciente a se submeter a intervenção ou a tratamento médico vitais – amputação de pé necrosado, no primeiro[186], e hemodiálise, no segundo[187] –, com a consagração da autonomia do indivíduo capaz, com o respeito ao desejo de ter a "morte no seu tempo certo" e consignando a inexistência de um dever a vida estabelecido pela Constituição Federal. Em sentido contrário, há, contudo, no mesmo Tribunal, decisão que, diante da recusa a transfusão sanguínea manifestada por paciente testemunha de jeová e havendo iminente perigo de

---

[185] Para uma consideração acerca da jurisprudência criminal, cf. cap. 5, infra.

[186] APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (TJRS. Apelação Cível nº 70054988266, Primeira Câmara Cível. Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013)

[187] CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (TJRS - Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011)

vida, estabelece o dever do profissional de saúde de empreender todas as diligências necessárias para o tratamento, mesmo contra a vontade do titular do bem jurídico ou de seus familiares[188].

Do mesmo modo, no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), também frente à recusa à transfusão sanguínea por testemunha de jeová, é possível encontrar decisão nos dois sentidos, seja consagrando a liberdade de crença e a dignidade humana, com a impossibilidade de "salvar a pessoa dela própria"[189], seja afirmando que o direito à vida deve se sobrepor aos demais direitos, o que deve conduzir à imposição da terapêutica recusada[190].

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), há julgado que estabelece um confronto entre dignidade humana, direito à vida e liberdade de consciência e de crença nos casos de recusa à transfusão sanguínea por testemunhas de jeová, afastando a possibilidade de imposição do tratamento ao paciente lúcido e capaz, especialmente diante da existência de técnicas alternativas[191].

---

[188] APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido. (TJRS - Apelação Cível Nº 70020868162, Quinta Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2007)

[189] AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (TJSP - Agravo de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010)

[190] Testemunhas de Jeová. Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão do médico que atende o paciente. Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença. Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos. Sentença autorizando a terapêutica recusada. Recurso desprovido.
(TJSP – Apelação nº 0072694-07.1999.8.26.0000. Rel.Des. Boris Kauffmann.10.07/2003)

[191] PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Ainda sobre a mesma situação das testemunhas de jeová, deve-se destacar decisão liminar da Justiça Federal do Rio de Janeiro (JFRJ), que declara expressamente a indisponibilidade da vida e a possibilidade de criminalização do médico por homicídio, por força do art. 13, §2º, "a", do Código Penal brasileiro, concluindo pela imposição do tratamento forçado, "sob pena de se homologarem as maiores atrocidades"[192].

Como se observa, a maior parte dos julgados envolve a recusa à transfusão sanguínea de pessoas da religião testemunhas de Jeová em iminente risco de vida, com o recurso frequente ao argumento da dignidade humana, muitas vezes ampliando o debate também para o direito constitucional à liberdade de crença[193]. Todavia, como bem

---

LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar. (TJMG – Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.197519-6/001. Rel.Des.Alberto Vilas Boas.14/08/2007) (grifo nosso)

[192] "Objetiva a União a concessão de medida judicial que lhe possibilite, por meio da equipe médica do Hospital Federal do Andaraí, proceder à transfusão sanguínea na ré, apesar da expressa recusa da mesma por motivos religiosos. A liberdade religiosa é garantia fundamental, estampada no art. 5º, VI, da Constituição da República, de modo que a legislação infraconstitucional não crie embaraços ao exercício de determinada crença. Ocorre, porém, que tal garantia não pode se contrapor à vida, bem indisponível e de valor maior, sem a qual não existe qualquer credo ou crença religiosa. Não cabe, aqui, adentrar os motivos que norteiam a referida crença. A questão é que a Constituição Brasileira, apesar de resguardar a liberdade de convicção religiosa, apenas relativiza o direito à vida na circunstância de atividade terrorista ou caracterizadora de traição à Pátria, consubstanciando-se como um Estado laico, portanto neutro, quanto à perspectiva religiosa. Deve, por conseguinte, prevalecer a proteção à vida sobre a liberdade de convicção religiosa. Estando a ré aos cuidados da União, cabe a ela o zelo pela sua integridade física, sob pena de responsabilização tanto do Hospital Federal de Andaraí (responsabilidade objetiva) quanto dos médicos envolvidos em sua terapia. Importa destacar, ademais, que na seara penal o médico que não realiza a transfusão de sangue em seu paciente pode ser acusado de homicídio, se a falta de tal terapia ocasionar a morte do paciente, em razão do que prevê o art. 13, parágrafo 2º, "a" do Código Penal. [...] Assim, diante do atestado risco de morte da ré e da necessidade de terapia que inclui transfusão de sangue, o bem maior da vida deve ser preservado, em detrimento da liberdade de crença religiosa, sob pena de se homologarem as maiores atrocidades. Diante do exposto, DEFIRO o pedido de tutela antecipada, nos termos em que formulada à exordial". (JFRJ – Decisão liminar na Ação ordinária nº 0014859-61.2014.4.02.5101. Juíza Federal Frana Elizabeth Mendes.27.11.2014)

[193] Para uma análise diferenciada do tema das testemunhas de Jeová, com a defesa da intervenção mesmo contra a vontade do paciente, diante de uma aventada "irracionalidade" da crença, cf. PEREZ TRIVIÑO, José Luis. Testigos de Jehová: entre la autonomia y el paternalismo justificado. *Indret:* Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 2, p. 12, 2010. Defendendo o direito do paciente a recusar a transfusão, cf., p.ex., DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes juridicos fundamentales:* vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 249-254. No Brasil, existe a Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina, que indica que "a interpretação constitucional, aliada aos princípios da liberdade e da autonomia, justifica o acatamento da vontade do paciente de recusar a transfusão, desde que seja maior e capaz". Há, ainda um antiga Resolução do mesmo Conselho (nº 1.021/80) – anterior à Constituição Federal e ao atual Código de Ética Médica -, que vai em sentido contrário: "Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2º -

demonstram o 1ª e o 2º julgados do TJRS acima mencionados, a tendência parece ser de extensão do debate ao cerne da questão, a saber, à existência ou não de um direito à disponibilidade da vida e ao valor a ser conferido ao consentimento, com a consequente repercussão em diversos outros grupos de casos.

No campo propriamente penal, alguns autores, mesmo sem necessariamente negar o caráter indisponível do bem jurídico, defendem a irrelevância penal da conduta do terceiro - geralmente no caso específico de *omissão* - perante a morte decorrente de *enfermidade terminal incurável* e que impõe *grave sofrimento*, reconhecendo um *direito à morte digna*.

Miguel Reale Júnior[194] assevera que o direito à vida digna compreende o direito a não sofrer manobras invasivas não curativas prolongadoras do curso da morte, para se reconhecer a vontade do paciente, em estado incurável e terminal, no sentido de ser auxiliado "no morrer", com meios paliativos e sem imposições obstinadas de levar avante não a vida, mas sim o já instalado processo doloroso de morrer. Defende, assim, a exclusão da ilicitude deste tipo de conduta, vez que não haveria ofensa ao bem jurídico ao se praticar a *ortotanásia*, mas se estaria agindo em defesa do valor do direito de alguém determinar como quer que a sua vida se desenrole no processo morte inevitável, para ter um fim digno e uma *morte digna*. Sugere, por fim, para que haja maior segurança, a alteração da lei penal para que seja prevista expressamente a *exclusão da ilicitude* atendendo aos seguintes requisitos: 1) morte iminente e inevitável; 2) atestado dessa situação por dois médicos; 3) ação consistente em deixar de manter artificialmente a vida do paciente; 4) consentimento do paciente; 5) na impossibilidade de dar o paciente o consentimento, deve este ser dado pelo ascendente, descendente, conjugue, companheiro ou irmão.

Luiz Flávio Gomes[195], por sua vez, declara que a *morte digna* – entendida como aquela do indivíduo em estado terminal e em intenso sofrimento - é constitucionalmente incensurável. Aponta que, desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada de condições razoáveis, a morte ativa, a morte assistida e a ortotanásia

---

Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis".

[194] REALE JÚNIOR, Miguel. Morte digna. In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Discursos sobre o Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 245-248.

[195] GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte. *Boletim do Instituto de Ciências* Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 77, p. 7-8, jan./fev. 2007. GOMES, Luiz Flávio. Ortotanásia: morte digna? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre*, v. 8, n. 43, p. 56-57, ago./set. 2011.

não constituem um fato materialmente típico, porque não constituem um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão a favor dela. Invoca, ainda, o Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seus artigos 6º e 4º, respectivamente, proíbem exclusivamente a privação *arbitrária* da vida, sendo que, nas hipóteses mencionadas, não haveria que se falar em *morte arbitrária*.

Antônio José Pêcego[196] assevera que, em doentes terminais, constata-se que a obstinação terapêutica por meios paliativos se transforma num verdadeiro tratamento degradante e indigno, na medida em que não há mais esperança e a vida passa a não ter mais sentido para muitos que a viveram intensamente com dignidade, passando-se, muitas vezes, a ser tratado o indivíduo como objeto ou coisa e não como um fim em si mesmo. Analisando a legislação brasileira e rechaçando a imposição de uma obrigação de se viver com indignidade, recomenda a adoção do consentimento como causa supralegal de justificação para os casos de eutanásia ativa e passiva praticada por médico ou de causa de inexigibilidade de conduta diversa quando praticada por familiar ou responsável.

Muitos autores, algumas vezes sem referência direta à dignidade humana, em uma análise inserida na estrutura jurídica do delito, defendem que, na hipótese em discussão, deixaria de existir o dever de garante dos crimes omissivos impróprios, previsto, no caso brasileiro, no art. 13, § 2º, do Código Penal[197].

A este propósito, no cenário brasileiro, Paulo Vinicius Sporleder de Souza[198] assevera que, embora o médico seja o garantidor da vida e da saúde do paciente, se a conduta negativa do médico tiver origem no consentimento do paciente, exclui-se o seu vínculo de garantidor. Com efeito, continua o autor, o médico não responderá por homicídio (eutanásico) quando o próprio paciente recusa o tratamento ou aceita a sua interrupção ou limitação, pois inexiste dever de garantia nestas hipóteses, já que a proteção da vida não pode ser feita contra a vontade do interessado, sobretudo quando se trata de fase terminal, de enfermidades graves e incuráveis e quando não existem mais perspectivas de melhora.

---

[196] PÊCEGO, Antonio José F. de S. *Eutanásia:* uma (re)leitura do instituto à luz da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

[197] Gisele Mendes de Carvalho pontua que atualmente a doutrina majoritária em matéria de delitos omissivos tende a considerar que a oposição da vítima cancela a posição de garante do sujeito ativo, fazendo que as suspensões de terapias vitais não devam ser consideradas delito por absoluta falta de tipicidade do comportamento (CARVALHO, Gisele Mendes de. Ainda sobre a eutanásia: é possível justificar o homicídio piedoso mesmo sem contar com o consentimento da vítima. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 169, p. 13, dez. 2006)

[198] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias[199], sob o prisma do direito português, afirma que a omissão ou a interrupção de tratamento – o que chama de ajuda à morte passiva - não conforma uma omissão típica no sentido do crime de homicídio, devendo o médico respeitar a vontade do enfermo em qualquer caso, inclusive quando, segundo um juízo objetivo, tal vontade surja como não razoável ou mesmo irresponsável, sob pena, ainda, de cometimento do crime do art.156 do Código Penal português[200]. Destaca, também, que, numa ordem jurídica como a portuguesa, que considera inviolável a liberdade de consciência, não pode ser conferido peso jurídico-penal decisivo a motivações de ordem religiosa ou a concepções do mundo, da vida e da morte de terceiros. No caso do que chama de ajuda à morte ativa direta, o autor posiciona-se com reservas, admitindo, no entanto, a criação de uma cláusula de isenção de pena absolutamente excepcional, reservada aos casos em que o mortalmente enfermo, em cruel sofrimento e desejoso de morrer, não pode, por um lado, dar-se a morte por suas próprias mãos, nem, por outro, ser liberto do sofrimento em medida que o torne insuportável. `

Claus Roxin[201], ao tratar do que chama de eutanásia passiva, abrangendo os casos de omissão ou suspensão de medidas prolongadoras da vida especialmente no cenário jurídico alemão, também declara a inexistência do dever de atuação do médico ou do particular, com a predominância da vontade do paciente mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores, ressalvando os casos de *perturbação psíquica reconhecível*. Destaca, embora reafirmando a sua posição contrária ao que chama de eutanásia ativa, que a desaprovação moral, na maior parte decorrente de motivos religiosos, não pode ter relevância em uma ordem jurídica que acolhe a liberdade de religião e de consciência.

José Luis Díez Ripollés[202], no cenário jurídico espanhol, parte da proibição de tratamentos desumanos e degradantes derivada do direito fundamental à vida para afirmar que, quando a medicina mostra-se incapaz de assegurar uma mínima qualidade de vida,

---

[199] DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 137. n. 3949. mar./abr. 2008.

[200] Trata-se do crime de *intervenções e tratamentos médicos-cirúrgicos arbitrários*, inexistente no ordenamento penal brasileiro (vide cap. 4.7, infra). No Brasil, seguindo o raciocínio do autor português, seria possível cogitar, em algumas hipóteses, da incidência do genérico crime de constrangimento ilegal, previsto no art.146 do Código Penal (vide cap. 3.2, infra).

[201] ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 189-235.

[202] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Eutanasia y derecho. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p. 113-139, dez. 1995.; p. 130.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes juridicos fundamentales:* vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 258-267.

cessa-se o dever de garante, que, na realidade, transforma-se em dever constitucional de assegurar uma *morte digna*. O autor chega, inclusive, a admitir, nessas situações, a impunidade da morte a pedido por comportamento *ativo,* com a incidência da causa de justificação do estado de necessidade.

Angel Torio Lopez, também na Espanha, afirma que o médico não pode ser obrigado a prosseguir com um tratamento artificial *ad infinitum*, sendo a sua interrupção, de acordo com os critérios técnicos e deontológicos, conduta adequada ao ordenamento jurídico[203].

No âmbito italiano, Ferrando Mantovani[204] também defende a impunidade do "deixar morrer", diante da recusa da cura por parte do paciente. Salienta que tal recusa faz cessar o dever jurídico do médico e, portanto, a ele não pode ser atribuída nenhuma omissão juridicamente relevante. Gladio Gemma[205], também na Itália, acrescenta que a versão que restringe o direito a dispor da própria vida a casos de intenso sofrimento e privação de qualidade é absolutamente dominante na cultura e na opinião comum daqueles favoráveis à possibilidade de morte antecipada, o que deve justificar o exercício desse direito, ainda que de forma apenas excepcional.

Em linha semelhante, outros autores, como Gisele Mendes de Carvalho[206], defendem uma consideração valorativa da vida, contrária à concepção puramente ontológica ou como mera realidade físico-biológica, e, assim, afirmam a existência de um *princípio da qualidade de vida*, fundado no valor constitucional da dignidade humana e da proibição de tratamentos desumanos e degradantes. A vida não seria, dessa forma, um bem jurídico excluído, *a priori*, de toda ponderação com outros interesses. A imposição de um tratamento médico sem perspectivas reais e objetivamente determináveis de seguir vivendo seria, pois, um exemplo de violação a este *princípio da qualidade de vida*. Assim, a autora, embora defenda a criminalização dos atos comissivos de participação em suicídio e homicídio a pedido justificada pelos riscos de abusos[207], sustenta a possibilidade de

---

[203] TORÍO LÓPEZ, Ángel. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 14, p. 217-245, 1991. p. 235-238.

[204] MANTOVANI, Ferrando. Aspectos jurídicos da eutanásia. *Fascículos de Ciências Penais,* Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 32-53, out./dez. 1991. p. 42.

[205] GEMMA, Gladio. Libertá Costituzionale di porre fine alla aropriavita e resistenza al suo riconoscimento. *AFDUDC*, Coruña, n. 13, p. 283-299, 2009. p. 288/289.

[206] Gisele 195/200. CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224.

[207] Vide cap. 2.1.5, supra.

construção de algumas “soluções excepcionais” quando, além da comprovação da vontade do titular do bem jurídico, estão presentes motivos e razões objetivamente razoáveis ou legítimos, o que ocorre com frequência no contexto da eutanásia[208].

Expostos os principais argumentos do debate em torno do direito à livre disponibilidade da vida humana, passa-se, agora, à análise de como a legislação penal, brasileira e estrangeira, trata a matéria, o que permitirá avaliar em que medida tais argumentos foram ou não incorporados por cada sistema penal.

[208] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 212-221.

3 EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

3.1 HISTÓRICO

A história do programa de criminalização brasileiro é marcada, entre outros elementos, por forte influência de preceitos religiosos, de concepções morais e de posturas paternalistas, o que é evidenciado desde as normas penais das Ordenações Filipinas, passando pelos Códigos Criminais de 1830 e de 1890 e, finalmente, chegando ao Código Penal de 1940, ainda vigente, somando-se sempre, claro, o enorme rol de crimes previstos em leis extravagantes[209].

Pode-se dizer que o Estado brasileiro, de uma forma geral, sempre se utilizou do aparato repressivo penal para impor os valores e interesses das classes políticas e sociais dominantes, independentemente de seu caráter eminentemente religioso ou moral, cenário que, aparentemente, vem sendo lentamente modificado no sistema pós-Constituição Federal de 1988.

Importa dizer, inicialmente, que, embora com repercussões de variadas naturezas, sobretudo no campo moral, social e religioso, o suicídio – entendido, em uma perspectiva tradicional, como ato de causação da própria morte, sem qualquer participação de terceiros - nunca foi considerado crime no Brasil, por razões predominantemente de política criminal, sendo, todavia, tradicionalmente, considerado um ilícito civil[210].

No que se refere às demais formas de eutanásia, historicamente, no plano legislativo penal, até mesmo seguindo o panorama internacional e, ainda, fiel aos padrões religiosos e morais dominantes, sempre houve consenso acerca da absoluta indisponibilidade da vida humana por seu titular, o que acarretou a inabalável

---

[209] Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 411-488.; PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.; REALE JÚNIOR, Miguel. Paternalismo no Brasil. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 227, p. 287-319, 2007.; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 55-78.

[210] Vide. Cap. 2.1, supra.

criminalização – possivelmente muito mais primária do que secundária[211] - de todos os atos contrários à vida, mesmo que a pedido ou com o consentimento de seu titular.

No período colonial, em que coexistia um sistema penal doméstico senhorial e um sistema regido pelas ordenações portuguesas[212] – com destaque para o Livro V das Ordenações Filipinas, não havia qualquer distinção entre as espécies de lesões à vida, sendo prevista a criminalização, indistintamente, de qualquer pessoa que *matar outra* (Livro V, Título XXXV).

O Código Criminal de 1830, do período imperial brasileiro, pós-independência do Brasil, trouxe, sob a influência do Código da Luisiana de 1822, de Livigston[213], pela primeira vez, em seu art.196, a criminalização da prática de auxílio ao suicídio, excepcionando-se a regra de que não há participação punível em fato não criminoso.

> Art. 196: Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa:
> Penas – de prisão por dous a seis annos.

Percebe-se, pela leitura do tipo penal, a criminalização da contribuição material ao suicídio, seja na forma direta ("ajudar alguém"), seja de modo indireto ("fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa"), com pena de prisão de 2 a 6 anos.

O homicídio a pedido ou consentido, ou seja, aquele em que, de acordo com a concepção dominante, o último ato de execução é realizado pelo terceiro, independentemente dos motivos ou do contexto, seria punido como crime de homicídio, com a previsão de penas de morte ou de prisão perpétua (art.192 e 193).

Importante mencionar que tanto o crime de homicídio quanto o de participação em suicídio estão inseridos no mesmo capítulo I ("Dos crimes contra a segurança da pessoa, e vida") e na mesma secção I ("Homicídio").

Vale lembrar, outrossim, que o Código de 1830 foi editado por determinação expressa da Constituição de 1824, em época marcada pela contradição entre liberalismo e

---

[211] Vide cap. 5.1, infra.Sobre a distinção dos conceitos, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 43 et seq.

[212] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 411 et seq.

[213] FRAGOSO, Heleno Cláudio. Provocação ou auxílio ao suicídio. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 35-47, jul./dez. 1973.

escravidão. O texto constitucional, após todas as disposições referentes à organização dos poderes do Império, com a criação do Poder Moderador e, inclusive, com a adoção oficial da religião católica (art.5º), previu, em seu art.179, os direitos civis e políticos dos cidadãos, dentre os quais se encontravam direitos como a liberdade individual e a presunção de inocência, não havendo qualquer referência específica à proteção da vida humana.

O Código Penal de 1890, por sua vez, que vigorou no período marcado pelo fenômeno do coronelismo, no mesmo Título X *(*"Do crime contra a segurança de pessoa e vida*"*), trouxe as figuras estudadas no Capítulo I ("Do homicídio") e no Capítulo III ("Do suicídio").

O crime de participação em suicídio apresentava a seguinte redação:

> Art. 299. Induzir, ou ajudar alguem a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa:
> Pena - de prisão cellular por dous a quatro annos.

Como se observa, foi acrescentada ao tipo a conduta de *induzir* alguém ao suicídio, com a extensão da criminalização também à contribuição não material ao suicídio.

Chama a atenção, tendo em vista o objeto do presente estudo, a redação do art.26, "c", do Código[214], que afasta expressamente a possibilidade de consideração do consentimento do ofendido para qualquer crime, ressalvados aqueles cuja ação penal deva ser promovida pelo próprio ofendido.

Desta vez, porém, o Código Penal - em que pese tenha sucedido o movimento de proclamação da república - antecedeu à Constituição, que teve a sua primeira versão do período republicano em 1891. Da mesma forma que o texto constitucional anterior, após longos dispositivos de regência da organização do Estado, há um item de declaração de direitos (art.72), que traz novidades como o direito a *mais plena defesa* e ao *habeas corpus*. Proclama-se a liberdade individual e abole-se a pena de morte, sem, contudo, qualquer remissão especial à vida humana.

---

[214] "Art. 26. Não dirimem nem excluem a intenção criminosa: [...]. c) o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite a ação criminal."

Em linhas gerais, este é o histórico do tratamento legislativo penal da eutanásia no Brasil até a elaboração do Código Penal de 1940, sendo a prática ora criminalizada com as altas penas do homicídio, ora criminalizada como participação em suicídio, com pena substancialmente inferior. Em todo o período, não se questionou, ao menos no plano legislativo penal, a absoluta indisponibilidade da vida e a consequente irrelevância do consentimento para a exclusão do crime contra a vida.

3.2 O CÓDIGO PENAL DE 1940

O Código Penal brasileiro de 1940, cuja Parte Especial é ainda vigente, foi elaborado no âmbito de um governo ditatorial e imposto por Decreto-lei expedido pelo Presidente da República, Getúlio Vargas, com o Parlamento Nacional fechado. A mais importante fonte de inspiração foi o Código Penal italiano de 1930, conhecido como o Código Rocco, reconhecidamente fascista[215].

Naquele momento, vigorava a Constituição de 1937, fruto de um golpe de Estado[216], de caráter extremamente autoritário, também outorgada pelo Presidente da República, sob a bandeira da defesa da paz, da segurança e do bem estar do povo e apresentada como remédio radical e permanente contra a crescente infiltração comunista[217]. A supressão de direitos individuais foi um de seus traços mais marcantes, incluindo o retorno da pena de morte para diversos crimes, dentre eles, o homicídio (art.122, n.º 13, ‘j’).

À semelhança da Itália, onde até hoje a Constituição de 1948 convive com o Código Rocco de 1930, pode-se dizer que o Brasil vivencia um verdadeiro “dualismo

---

[215] Cf. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 20 et seq.; PALAZZO, Francesco. Direito penal e Constituição na experiência italiana. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 9, n. 1, p. 31 et seq. jan./mar. 1999.

[216] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 112-113.

[217] “A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 83)

antinômico", em que os valores autoritários e moralistas do Código Penal de 1940 se confrontam com os valores liberais e democráticos da Constituição de 1988[218].

No caso brasileiro, deve-se ressalvar, todavia, a reforma da Parte Geral de 1984 - operada, pois, anteriormente à Constituição de 1988 - e as diversas alterações pontuais operadas na Parte Especial ao longo destas várias décadas, isso sem falar no enorme número de leis penais extravagantes, editadas principalmente a partir da década de 1990[219].

No âmbito deste trabalho, interessa salientar que o bem jurídico vida permaneceu com seu caráter de absoluta indisponibilidade, sendo a morte consentida com a participação de terceiro criminalizada como homicídio ou como participação em suicídio, havendo, também, a possiblidade de criminalização como omissão de socorro, destacando-se, ainda, a previsão de excludentes para o crime de constrangimento ilegal, conforme se verá detalhadamente abaixo.

Na realidade, a simples exposição a perigo da vida alheia, ainda que com o consentimento do titular do bem jurídico, já é criminalizada pelo Código de 1940, na Capítulo denominado "Da periclitação da vida e da saúde":

> Perigo para a vida ou saúde de outrem
> Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Analisando este tipo penal Luiz Regis Prado, após afirmar que o bem jurídico objeto de tutela é a vida e a saúde humana, aduz que "*o consentimento do sujeito passivo quanto à situação de perigo é irrelevante, posto que o bem jurídico tutelado é indisponível*"[220].

---

[218] Acerca da experiência italiana, cf. PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 31 et seq. O autor chega a afirmar que essa coexistência entre duas fontes antinômicas tem algo de paradoxal, sobretudo tendo em consideração a sua já longuíssima duração.

[219] Decrevendo o cenário de caos na legislação penal brasileira, com o fenômeno da "descodificação", cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal.* São Paulo: Atlas, 2014. p. 139-145. Cf., ainda, acerca deste fenômeno: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 220-233.*;* SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 3-44.*;* BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68-72, 121-126.

[220] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2. p. 179.

Vale destacar que figura do consentimento do ofendido sequer mereceu previsão legal, ao contrário do que ocorreu com o próprio Código italiano (art.50) [221] e com outros Códigos mais modernos[222]. No Brasil, sem grandes questionamentos, tal instituto vem sendo tratado majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência como causa supra ou extralegal de exclusão de ilicitude, com a elaboração e aplicação de rígidos requisitos para o seu reconhecimento[223].

Neste ponto, importante recordar a importante lição de Bernardo del Rosal Blasco, para quem uma das questões onde mais se aflora a ideologia de um Código Penal é a relativa à eficácia do consentimento do titular do bem jurídico[224].

3.2.1 Eutanásia como homicídio

A eutanásia, aqui entendida como toda morte como concretização da vontade livre e consciente do titular do bem jurídico, quando envolve a participação de terceiro, é, como regra, prevista como crime de homicídio, figura do art.121 do Código Penal de 1940, inserida logo no Título I (Dos crimes contra a pessoa), Capítulo I (Dos crimes contra a vida), da Parte Especial.

O entendimento de que a vida humana não está sob o domínio de seu titular, sendo bem jurídico indisponível com base nos vários argumentos já elencados[225], afasta, por completo, qualquer possibilidade de consideração do consentimento para a exclusão do crime.

---

[221] Vide cap. 4.6, infra.

[222] Cf., p.ex., Códigos Penais da Alemanha, Espanha, Portugal, Colômbia e Peru (vide cap. 4.4, 4.5, 4.7, 4.10 e 4.11, infra). José Henrique Pierangeli informa que o consentimento estava previsto no art.14 do Projeto Alcântara Machado, tendo sido excluído pela Comissão Revisora do Código de 1940 por entende-lo supérfluo. (O Consentimento do Ofendido. p. 92-93). No mesmo sentido, REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 173.

[223] Miguel Reale Júnior, p.ex., entende que "o ato de disposição do titular do bem só pode tornar sem objeto a ação delituosa em hipóteses raras, quando acima do interesse de proteção há um interesse de que a ação delituosa se realize para atender a um outro interessse seu." (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 173) Cf., ainda PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido: na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 171-173, 214-215.

[224] ROSAL BLASCO, Bernardo del. El homicidio y sus formas en el Código Penal de 1995. In: CEREZO MIR, José et al. *El nuevo Código Penal:* presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999. p. 675-697.

[225] Vide Cap. 2.1, supra.

Assim, como regra, a conduta de causar a morte de alguém é criminalizada indistintamente como homicídio, mesmo se praticada a pedido ou com o consentimento do titular do bem jurídico (homicídio a pedido ou consentido).

3.2.2 Eutanásia como homicídio com pena reduzida

A Parte Especial do Código Penal de 1940 estabeleceu, pela primeira vez no cenário jurídico brasileiro, uma causa especial de diminuição de pena ao crime de homicídio *impelido por motivo de relevante valor moral ou social*:

Assim dispõe o seu art.121, § 1º:

> Homicídio simples
> Art. 121. Matar alguém:
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
> Caso de diminuição de pena
> § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.
> (grifo nosso)

A Exposição de Motivos do Código tenta esclarecer o conteúdo desta cláusula:

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

Como se observa, de acordo com o texto da Exposição de Motivos, um motivo de “relevante valor moral ou social” seria aquele aprovado pela “moral prática”, sendo

exemplo aquele praticado “ante irremediável sofrimento da vítima”, classificando-se este como “homicídio eutanásico”.

Costuma-se, porém, distinguir os atos praticados por *relevante valor social* daqueles praticados por *relevante valor moral*[226]. Os primeiros estariam ligados a interesses ou fins da vida coletiva e os exemplos clássicos são a indignação contra um traidor da pátria – apontado pela Exposição de Motivos – e a eliminação de um perigoso bandido para que se assegure a tranquilidade da comunidade. Os segundos, diversamente, estariam relacionados a interesses privados, particulares, do próprio agente criminoso, e os exemplos mais citados são o do pai que mata o estuprador da filha[227] e o do homicídio praticado para livrar o doente irrecuperável de tormentosos sofrimentos, chamado de homicídio eutanásico pela Exposição de Motivos do Código.

Sobre o tema, Nelson Hungria[228], após consignar que os motivos determinantes constituem a pedra de toque de qualquer crime, afirma que o valor social ou moral do motivo é de ser apreciado de acordo com a ética-social geral ou senso comum, e não segundo a opinião ou ponto de vista do agente.

Segundo Paulo José da Costa Júnior[229] e José Frederico Marques[230], motivos de relevante valor moral ou social são aqueles aprovados pela consciência ética de um povo em um dado momento histórico.

Luiz Regis Prado[231] acentua que relevante valor moral é aquele cujo conteúdo revela-se em conformidade com os princípios éticos dominantes em determinada sociedade, sendo os motivos nobres ou altruísticos merecedores de indulgência. Salienta que a aferição da presença destes motivos deve ser balizada por critérios de natureza objetiva, de acordo com aquilo que a moral média reputa digno de condescendência.

Cezar Roberto Bitencourt[232] lembra que a ação continua punível, mas com reprovabilidade mitigada, na medida em que diminui o seu contraste com as exigências ético-jurídicas da consciência comum. Também para este autor, a relevância social ou

---

[226] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. p. 67.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 57.
[227] COSTA JUNIOR, Paulo José da Costa. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 357.
[228] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5 Art.121 a 136. p. 111-114.
[229] COSTA JUNIOR, Paulo José da Costa. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 357.
[230] MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.* v. 4. Saraiva: São Paulo, 1961. p. 90.
[231] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2. p. 68.
[232] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 57-59.

moral da ação é determinada pela escala de valores em que se estrutura a sociedade, e não conforme o entendimento pessoal do agente.

Magalhães Noronha[233] salienta que o Código não aceita a eutanásia, mas não vai ao rigor de não lhe conceder o privilégio do relevante valor moral, provada a ausência de egoísmo do matador e o móvel piedoso ou compassivo.

Mesmo sem referência à dignidade humana, todos os autores são unânimes em apontar – em consonância com a Exposição de Motivos e sem qualquer abalo ao caráter indisponível do bem jurídico vida – que o homicídio praticado para abreviar irremediável sofrimento da vítima enquadra-se nas disposições do art.121, §1º, do Código Penal.

Observa-se, por oportuno, que a redação legal não faz qualquer referência a pedido ou consentimento da vítima, o que, em princípio, abre a possibilidade para a aplicação da causa de diminuição de pena mesmo em caso de atuação sem o consentimento ou contrariamente à vontade do titular do bem jurídico.

3.2.3 Eutanásia como homicídio omissivo impróprio

O Código Penal brasileiro traz, em seu art.13, § 2º, uma norma genérica de extensão de responsabilidade penal pela omissão imprópria (*crime comissivo por omissão*), com a previsão da conhecida figura do *garante* ou do *garantidor*[234], que se omite diante do dever legal e da possibilidade de agir para evitar o resultado previsto em qualquer tipo penal da legislação nacional[235]:

> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.
> [...]

---

[233] NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 26.

[234] "Os garantes ou garantidores são um grupo restrito de agentes escolhidos pelo legislador que têm uma 'especial relação de proteção' com bens jurídicos alheios, devendo garantir a não ocorrência de um resultado que os lese ou os ponha em perigo." (SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34)

[235] Para um estudo aprofundado e crítico dos crimes omissivos, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omision:* concepto y sistema. Barcelona: Bosch, 1986. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida:* os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

> § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
> a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
> b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
> c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Como se observa, só há que se falar em relevância penal da omissão quando estão presentes, simultaneamente, dois elementos: o dever especial de agir, advindo de uma das fontes previstas nas alíneas "a", "b" e "c"; a possibilidade real de agir para evitar o resultado lesivo previsto no tipo penal. Nas palavras de Miguel Reale Júnior, o "dever de agir" e o "poder de agir" são, portanto, dados tipificadores, elementos normativos do tipo comissivo por omissão[236].

Dessa forma, ao menos em uma primeira análise, por exemplo, o médico ou o parente[237] que deixa de empreender todas as medidas possíveis para salvar a vida de determinada pessoa, ainda que com o seu consentimento plenamente válido, incorre no crime de homicídio por força da combinação do art.121 com o art.13, § 2º, "a" ou "b", ambos do Código Penal, com a possibilidade, inclusive, de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §1º do mesmo art.121[238].

3.2.4 Eutanásia como participação em suicídio

No mesmo Capítulo I (Dos crimes contra a pessoa) do Título I (Dos crimes contra a vida), o Código penal traz, em sem art.122, o crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, com a seguinte redação:

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

---

[236] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 263.

[237] Cezar Roberto Bitencourt aponta que há um dever legal de assistência, p.ex., entre cônjuges e entre pais e filhos, sendo que o médico tem uma especial função de garantir a não-superveniência de um resultado lesivo. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1. p. 222)

[238] Como visto, há quem defenda, muitas vezes com o recurso à dignidade humana, o desaparecimento deste dever de atuação em circunstâncias especiais de enfermidade incurável com intenso sofrimento, apoiando-se, inclusive, em Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Cf. cap. 2.3, supra.

> Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.
> Parágrafo único - A pena é duplicada:
> **Aumento de pena**
> I - se o crime é praticado por motivo egoístico;
> II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Criminaliza-se, portanto, tanto a participação – por qualquer motivo, não necessariamente *de relevante valor social ou moral* - imaterial ou psíquica quanto a participação material em ato suicida. De forma simplificada, entende-se que *induzir* é fazer nascer a vontade, *instigar* é incentivar a vontade preexistente e *auxiliar* é fornecer meios materiais para que o ato se concretize[239].

Deve-se destacar, também, a existência de causas de duplicação de pena ligadas à prática do crime por motivo egoístico, contra menores de 18 anos ou contra alguém que, por qualquer motivo, tem diminuída a sua capacidade de resistência.

Ressalte-se, todavia, que, pela leitura do preceito secundário do tipo, só há cominação de pena para as situações nas quais o ato resulta em morte ou lesão corporal de natureza grave.

O bem jurídico apontado como objeto do delito permanece sendo a vida humana, mas que, seguindo a distinção tradicional, ao contrário do homicídio, é alvo de lesão diretamente pelo próprio titular do bem jurídico.

Analisando o tipo penal em questão, José Frederico Marques[240] aduz que, por considerar o suicídio um ato ilícito, incrimina o legislador os atos de cooperação, ajuda e incitamento desse atentado contra a vida, sendo o praticante destes atos verdadeiramente autor de homicídio, pois que serve do próprio corpo do titular do bem jurídico vida para cometer tal crime.

Segundo Luiz Regis Prado[241], a proteção da vida humana, bem jurídico de incontestável magnitude, justifica a previsão insculpida no art.122 do Código Penal.

---

[239] Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2. p. 82-83.
[240] MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.* v. 4. Saraiva: São Paulo, 1961. p. 122-123.
[241] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2. p. 83

Na mesma linha, Cezar Roberto Bitencourt[242] afirma a participação na conduta atípica de matar-se não poderia ser penalmente punível, uma vez que, segundo a teoria da assessoriedade limitada, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a punibilidade da participação em sentido estrito, que é uma atividade secundária, exige que a conduta principal seja típica e antijurídica. Não obstante, considerando a importância fundamental da vida humana, as legislações modernas passaram a prever uma figura *sui generis* de crime, quando alguém, de alguma forma, concorrer para a realização do suicídio. Salienta, ainda, que o suicídio é ato ilícito e não é um indiferente para o Direito Penal, sendo acertada a opção do legislador brasileiro de punir toda e qualquer participação em suicídio, para que seja reforçada a proteção da vida humana ante a dificuldade e inocuidade em punir o próprio ato de suicídio.

Dessa forma, em uma leitura preliminar, seguindo o critério dominante de diferenciação, quando a morte consentida com participação de terceiro ocorre por ação deste terceiro, tem-se o crime de homicídio, e, quando ocorre por ação do próprio titular do bem jurídico, tem-se o crime de participação em suicídio[243].

Júlio Fabbrini Mirabete ilustra com precisão esse critério dominante de diferenciação entre homicídio a pedido e participação em suicídio, praticamente inquestionável no cenário jurídico brasileiro:

> É possível que a conduta do agente que pretende auxiliar o suicida acabe caracterizando um *homicídio consentido*. Há auxílio a suicídio quando o ato consumativo da morte for praticado pela própria vítima; há homicídio típico quando o agente pratica ou colabora *diretamente* no próprio ato executivo do suicídio. Responderá nos termos do art.121 aquele que puxa a corda ou a cardeira para o enforcamento, segura o punhal contra o qual a vítima se projeta etc.[244]

Interessante observar que, ao contrário do que ocorre com o crime de homicídio, não há a previsão de uma participação "piedosa" em suicídio, quando se está diante de uma situação enfermidade incurável com intenso sofrimento.

---

[242] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 114.
[243] Para uma crítica a tal distinção, cf. cap. 7.4, infra.
[244] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. p. 84. No mesmo sentido, p.ex.: SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 75.

Por outro lado, existe a previsão, no parágrafo único do dispositivo, de causas especiais de aumento de pena, para o ato praticado por motivo egoístico ou para a hipótese de vítima menor ou com capacidade de resistência diminuída.

3.2.5 Eutanásia como crime de omissão de socorro

Existe, ainda, a possibilidade de que uma atuação (em sentido lato) em morte alheia desejada seja enquadrada como crime de omissão de socorro, o qual, na forma de um genérico tipo omissivo próprio, possui a seguinte descrição típica:

> **Omissão de socorro**
>
> Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:
>
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
>
> Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Imagine-se, por exemplo, uma pessoa – que não é garantidora, na forma do art.13, §2º, do Código Penal - que, por mero acaso, presencia um mergulho suicida em um rio ou um indivíduo sobre o parapeito de uma janela no alto de um edifício.

O dever geral de solidariedade ou de assistência, que fundamenta este tipo penal[245], ordena a atuação para afastar o perigo grave e iminente, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, ou a busca por socorro da autoridade pública, sob pena de cometimento do crime de omissão de socorro. Trata-se de crime de perigo, que se consuma independentemente da ocorrência de qualquer resultado lesivo[246].

---

[245] Apontando a solidariedade como valor tutelado, cf., p.ex., REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 261.; REALE JÚNIOR, Miguel. Omissão de socorro. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1, p. 136. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida:* os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 66-70.

[246] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2. p. 210; NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2. p. 94.

Vale lembrar, neste ponto, que a construção de uma sociedade solidária constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estabelecidos pela Constituição de 1988 (art.3º, I).

Magalhães Noronha, após afirmar que o crime em questão objetiva estabelecer a mútua assistência que deve existir em uma sociedade civilizada, acrescenta que a recusa ao socorro do sujeito passivo não exime o sujeito ativo, pois trata-se de bem-interesse irrenunciável[247].

Júlio Fabbrini Mirabete, a seu turno, ressalta que o dever moral de solidariedade humana de amparar aqueles que necessitam de socorro é convertido em dever legal pela regra do art.135, sendo que não desfigura o crime a circunstância de não consentir a vítima em ser socorrida[248].

Na mesma linha, Luiz Regis Prado, reafirmando a indisponibilidade dos bens jurídicos vida e saúde da pessoa humana, destaca que o delito se consuma ainda que a vítima recuse ou dispense a assistência oferecida[249].

Dessa forma, ao menos em princípio, uma pessoa - que não ostente a condição de garante – que deixe de intervir em qualquer ato alheio direcionado a pôr fim à própria vida, incorre no crime previsto no art.135 do Código Penal brasileiro.

3.2.6 Eutanásia e excludentes do crime de contrangimento ilegal

Diretamente relacionada à eutanásia, encontra-se a previsão de duas excludentes do crime de constrangimento ilegal, tipo inserido no Título I (Dos crimes contra a pessoa), Capítulo VI (Dos crimes contra a liberdade individual), Seção I (Dos crimes contra a liberdade pessoal), da Parte Especial do Código Penal:

> **Constrangimento ilegal**
> Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de

[247] NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2. p. 93-97.
[248] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. p. 136-138
[249] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2. p. 205. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 294.

> resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.
> [...]
> § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:
> I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;
> II - a coação exercida para impedir suicídio.
> (grifo nosso)

Cuida-se de tipo penal que tem como bem jurídico o direito fundamental à liberdade de ação e de autodeterminação (art.5º, *caput*, e inciso II, da Constituição Federal), com a criminalização das condutas ofensivas à liberdade individual praticadas com violência ou grave ameaça, ou com redução da capacidade de resistência.

De acordo com a Exposição de Motivos da Parte Especial, "*é expressamente declarado que não constituem o crime em questão o 'tratamento médico arbitrário', se justificado por iminente perigo de vida, e a 'coação exercida para impedir suicídio'*" (nº 51).

A primeira causa de exclusão do crime refere-se à "*intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida*". Como se observa, a redação legal parece não deixar absolutamente claro se o iminente perigo de vida sempre autoriza a intervenção ou se somente a autoriza caso não haja tempo e condições hábeis para se buscar o consentimento do titular do bem jurídico ou de seu representante.

Sobre este ponto, Júlio Fabbrini Mirabete[250] parece entender aplicável esta excludente ainda que a atuação médica se dê contrariamente à vontade do paciente, pelo que aduz ser o tratamento médico arbitrário um caso de estado de necessidade em que se viola a liberdade individual para salvar-se a vida do paciente, sendo perfeitamente admissível a inclusão na hipótese da transfusão de sangue e cirurgia contra a vontade do paciente, ainda que por motivos religiosos, quando há perigo de vida[251].

A segunda excludente do crime de constrangimento ilegal autoriza a intervenção de terceiro para impedir o suicídio, inclusive, com o recurso à violência ou à grave ameaça.

---

[250] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. p. 183.
[251] Acerca deste debate, cf. cap. 2.3, supra.

Deve-se destacar, neste ponto, que muitos autores citam esta excludente prevista no art.146, § 3º, II, para oferecer suporte à afirmação da ilicitude do suicídio no ordenamento jurídico brasileiro[252]. Estaria, assim, legitimada a coação para impedir a ocorrência de um ato ilícito.

Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo, afirma que, em relação ao suicídio, embora não constitua um crime em si mesmo, não deixa de ser um ato antijurídico, e impedir a sua prática, ainda que mediante violência ou grave ameaça, não constitui constrangimento ilegal, mas legal, diante da exceção prevista no dispositivo analisado. Segundo o autor, esta previsão tem o condão de afastar, "definitivamente", a controvérsia acerca do direito de pôr fim à própria vida, que é um bem indisponível, e essa indisponibilidade justifica a intervenção do Estado[253].

De qualquer modo, diante desse cenário, não há como negar que a previsão destas duas excludentes do crime de constrangimento ilegal acaba por reafirmar e reforçar o caráter indisponível da vida atribuído pela legislação penal ordinária brasileira.

3.3 EUTANÁSIA NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

Tramita no Congresso Nacional brasileiro mais um projeto de criação de um novo Código Penal, em mais uma tentativa de reforma global do texto de 1940, o que, considerando os Códigos de 1830 e de 1890, significaria o surgimento do quarto Código Penal da história do país.

Cuida-se do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/2012. Não se sabe se o texto finalmente chegará à aprovação e promulgação. Muitos foram os projetos que fracassaram ao longo das últimas décadas. De qualquer modo, para os fins aqui almejados, afigura-se interessante o seu estudo crítico, de modo a verificar o atual estágio do debate legislativo e, no momento adequado[254], apontar os eventuais acertos e desacertos cometidos pelo

---

[252] Assim, p.ex., MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.*. Saraiva: São Paulo, 1961. v. 4. p. 121.; PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2. p. 183.

[253] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 436-437.

[254] Vide cap. 8.2, infra.

legislador, especialmente, claro, quanto aos temas que guardam relação direta com a problemática deste trabalho[255].

Dentre os objetivos declarados pela comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de Código, destacam-se a releitura do sistema penal à luz da Constituição de 1988 e a unificação da legislação penal esparsa[256].

Resta consignado, na Exposição de Motivos do Anteprojeto, a finalidade do Direito Penal de proteção de bens jurídicos, de forma compatível com a Constituição, declarando-se o afastamento da moral e da religião, com a afirmação de "Direito Penal do pluralismo". Afirma-se, nesta linha, a construção de *"um direito que não se quer moral ou religioso, que não se presta a limitar modos de vida que não afetem a terceiros ou a paz pública, nem se volta para exigir conformidades emocionais, sentimentais ou de pensamento em face de verdades públicas ou majoritárias*":

> *A missão de proteção dos bens jurídicos.* O Direito Penal da culpabilidade e do fato resolve-se na finalidade de proteger posições jurídicas compatíveis com a Constituição (ainda que nelas não diretamente expressadas). É um direito que não se quer moral ou religioso, que não se presta a limitar modos de vida que não afetem terceiros ou a paz pública, nem se volta para exigir conformidades emocionais, sentimentais ou de pensamento em face de verdades públicas ou majoritárias. É um Direito Penal do pluralismo e da proteção do pluralismo, essencial à vida comunitária. Não colhe situações ou estados, mas comportamentos. Não pune a causação, se desacompanhada dos elementos subjetivos indicativos do desvalor da ação: o dolo e a culpa. Daí se falar que *a realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico. [...]* Não se punem estilos de vida, formas de

---

[255] Diga-se, desde já, que o Projeto foi alvo de muitas críticas por parte da comunidade científica. Para uma análise crítica abrangente, especialmente quanto à parte geral, cf. LEITE, Alaor. (Org.*). Reforma Penal:* a crítica científica à parte geral do projeto de Código Penal. São Paulo: Atlas, 2014.; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. As recentes iniciativas de reforma do Código Penal brasileiro: observações críticas sobre a parte geral. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. p. 31-56.; GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (projeto de lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*, São Paulo, p. 35-58, set. 2012. Ed. Especial.

[256] RELATÓRIO final [do Anteprojeto do Novo Código Penal]. 18 jun. 2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1. >. Acesso em: 25 ago. 2016. p. 3. Para uma visão crítica da forma como foi proposta esta unificação da legislação penal esparsa, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Primeira questão: o PLS 236/12 contém um Código Penal*?. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 259, p. 17-19, 2014.

> pensar ou escolhas morais, a não ser que se coloquem como meio para ofensa a bens jurídicos.” [257]
> (grifo do autor)

Em outra passagem, o texto da exposição de motivos sustenta um caráter dúplice do Direito Penal, de proteção da sociedade e de limitação do poder punitivo estatal:

> O Direito Penal tem caráter dúplice. Serve à sociedade, protegendo-a de condutas danosas; serve às pessoas, limitando a atuação punitiva estatal. O diálogo entre estas duas utilidades, igualmente lastreadas na Constituição, é que lhe dá o perfil. Ele não é uma construção intelectual autojustificável, um fim em si mesmo[258].

Percebe-se, dessa forma, que, ao menos no discurso introdutório, buscou-se ressaltar a construção de uma legislação substancialmente mais compatível com o modelo de Estado proposto e presidido pela Constituição de 1988.

Logo de início, chama a atenção o fato de o projeto nada falar acerca da figura autônoma do consentimento do ofendido, ao contrário do que fazem alguns dos Códigos estrangeiros[259]. A disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos individuais, dentre tantos temas normatizados, não mereceu atenção do Projeto de Parte Geral do Código.

No âmbito deste trabalho, deve-se destacar a proposta de criação do crime autônomo de “eutanásia” e a modificação proposta para o crime de constrangimento ilegal no contexto médico.

---

[257] RELATÓRIO final [do Anteprojeto do Novo Código Penal]. 18 jun. 2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1. >. Acesso em: 25 ago. 2016. p. 216, 228.

[258] RELATÓRIO final [do Anteprojeto do Novo Código Penal]. 18 jun. 2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1. >. Acesso em: 25 ago. 2016. p. 229.

[259] Vide cap. 4, infra.

3.3.1 O crime de eutanásia

No que toca especialmente ao bem jurídico vida, o Projeto optou por manter no Título I (Dos crimes contra a pessoa), Capítulo I (Dos crimes contra a vida), as principais formas de lesão a tal bem jurídico, começando-se pelo crime de homicídio, chamado de "crime rei" pela comissão de juristas[260].

Além de se defender a manutenção da causa de diminuição de pena referente ao motivo de "relevante valor social ou moral", chama a atenção a proposta de criação do crime autônomo de "eutanásia", com pena substancialmente diminuída quando comparado ao crime de homicídio, bem como a possibilidade de perdão judicial quando houver lanços de parentescos ou afetivos, além da expressa exclusão do crime ("exclusão de ilicitude") quando se tratar da figura conhecida como "ortotanásia":

> **Eutanásia**
>
> Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:
>
> Pena de prisão de dois a quatro anos.
>
> §1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.
>
> **Exclusão de ilicitude**
>
> §2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão[261].

Nota-se, de certa forma, a preocupação em consagrar o que passou a ser chamado de "*direito à morte digna",* conferido apenas aos pacientes em estado terminal e com sofrimento físico insuportável decorrente de doença grave, com atribuição de grande relevo

---

[260] RELATÓRIO, op. cit., p. 274.

[261] RELATÓRIO final [do Anteprojeto do Novo Código Penal]. 18 jun. 2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1. >. Acesso em: 25 ago. 2016. p. 274.

à vontade do titular do bem jurídico vida[262]. A utilização do termo "paciente", ressalte-se, já indica que se trata de condutas praticadas exclusivamente no contexto médico, muito embora não haja a exigência de que o ato seja exclusivamente praticado por um médico.

Mesmo no caso do homicídio a pedido, rotulado de "eutanásia" pelo Anteprojeto, cria-se a possibilidade de não imposição de pena, com o reconhecimento de um "perdão judicial", desde que presentes os requisitos específicos listados, a saber: 1) ser o ato motivado por piedade ou compaixão; 2) encontrar-se o paciente em estão terminal e submetido a sofrimento físico insuportável em razão de doença grave; 3) ser o paciente imputável e maior; 4) existência de pedido do paciente; 5) existência de laços de afeição ou de parentesco do agente com o paciente (art.122, §1º, supra).

Em relação à chamada "ortotanásia" ou "eutanásia passiva", entendida como a não realização de medidas obstinadas para manutenção da vida, o projeto de Código pretende literalmente descriminalizar a conduta daquele que, com o consentimento do paciente ou do representante legal, deixa de fazer uso de meios artificiais de prolongamento da vida, desde que seja o caso de doença grave irreversível (art.122, §2º, supra).

Veja-se a justificativa apontada no Relatório Final do Anteprojeto no que tange à criação da figura autônoma da eutanásia e à descriminalização da chamada ortotanásia:

> *O crime da morte piedosa.* O atual Código Penal se refere, de maneira cifrada, à eutanásia, ao indicar a redução de pena em um terço, para o homicídio praticado por "relevante valor moral". Sem reduzir-se à eutanásia (tanto que a locução está mantida na proposta da Comissão, no parágrafo 3º do crime de homicídio), ela consistia numa das figuras mais lembradas do privilégio. É escopo da proposta ora formulada, porém, chamar as coisas, tanto quanto possível, pelo nome efetivo. Daí a previsão do crime de eutanásia em artigo próprio, com pena de até quatro anos. Não se discrepou, portanto, da solução encontrada na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais: reconhecer que é crime, mas merecedor de sanção distinta e mais branda do que a reservada ao homicídio. Inovação de maior espectro é permitir o perdão judicial, em face do parentesco e dos laços de afeição entre autor e vítima. Saberá a prudência judicial indicar quando a pena, nestes casos, a exemplo do que pode ocorrer no homicídio culposo, é mesmo necessária[263].
> (grifo nosso)

[262] Vide cap. 2.3, supra.

[263] RELATÓRIO final [do Anteprojeto do Novo Código Penal]. 18 jun. 2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1. >. Acesso em: 25 ago. 2016. p. 278-279.

> *Ortotanásia não é eutanásia.* Prática médica aceita pelo Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia não implica na prática de atos executórios de matar alguém, mas no reconhecimento de que a morte, a velha senhora, já iniciou curso irrevogável. Convém citar a Resolução 1.805/2006, daquele Conselho: *"Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário. § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar".* Refrear artificialmente o falecimento, nestes casos, é retirar da pessoa o direito de escolher o local e o modo como pretende se despedir da vida e dos seus. Não há espaço para o Direito Penal, nesta situação. Impede-o a dignidade da pessoa humana, aqui num sentido despido da vulgarização que se dá a este essencial conceito. Morrer dignamente é uma escolha constitucionalmente válida. A proposta da Comissão é torná-la também legalmente válida[264].
> (grifo nosso)

Alguns pontos do texto merecem destaque: a utilização dos ordenamentos dos países ocidentais como referência, o recurso a resolução do Conselho Federal de Medicina, e a afirmação de que "*morrer dignamente é uma escolha constitucionalmente válida*", sendo que este último parece revelar, em princípio, uma tentativa de se estabelecer uma coerência como o declarado objetivo inicial de construir um Código Penal em consonância com o modelo constitucional vigente.

De outro lado, a descrição típica do crime de participação em suicídio foi mantida na sua integralidade, com os verbos induzir, instigar ou auxiliar e com a indicação de que, nesse caso, "*os atos executórios de matar são autoinflingidos*"[265]. Não há aqui, contudo, qualquer ressalva no que tange a atos praticados para abreviar irremediável sofrimento de paciente ou a qualquer valorização de um direito à morte digna[266].

---

[264] RELATÓRIO final [do Anteprojeto do Novo Código Penal]. 18 jun. 2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1. >. Acesso em: 25 ago. 2016. p. 279.

[265] Não se pensou, p.ex., em uma alternativa como a adotada pela Suíça, que, no art.115 de seu Código Penal, criminaliza somente o auxílio ao suicídio praticado por motivos egoísticos. (vide cap. 4.3 e 8.2, infra)

[266] Diferentemente do que ocorre com a legislação penal da Colômbia, p.ex.. (vide cap. 4.10, infra)

3.3.2 O crime de constrangimento ilegal

Quanto ao crime de constrangimento ilegal, com fundamento no "*respeito constitucional à dignidade da pessoa humana, notadamente quando maior de idade e plenamente capaz de manifestar sua vontade*"[267], de forma inovadora[268], caracterizou-se como crime a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento, quando o paciente puder validamente manifestar a sua vontade, *mesmo em caso de iminente perigo de vida.* Manteve-se, de todo modo, a legitimidade da intervenção exercida para impedir o suicídio:

> § 3º Não se compreendem na disposição deste artigo:
>
> I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, exceto se, maior de idade e capaz, o paciente puder manifestar sua vontade de não se submeter ao tratamento;
>
> II - a coação exercida para impedir suicídio[269].
> (grifo nosso)

De um modo geral, são estas a principais propostas de alteração do Código Penal com reflexo direto no tema da eutanásia, as quais representam, de certo modo, uma atenuação na ideia de completa indisponibilidade da vida humana, com o recurso ao postulado da dignidade humana, com base nos argumentos já expostos[270].

No âmbito médico, assume maior importância a vontade do paciente capaz e maior de idade, a qual, deverá ser respeitada mesmo em caso de risco iminente de vida, com a possibilidade de criminalização do médico por constrangimento ilegal. Instituída a obrigação legal de respeitar a vontade do paciente, fica afastada, por decorrência, a possibilidade de criminalização de sua conduta omissiva, a qualquer título.

Resta ratificada, portanto, a riqueza do objeto do presente trabalho, alvo de inúmeros debates envolvendo a modificação de diversos pontos do vigente Código Penal.

---

[267] RELATÓRIO, op. cit., p. 293.
[268] Vide cap. 3.2.6, supra.
[269] RELATÓRIO final [do Anteprojeto do Novo Código Penal]. 18 jun. 2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1. >. Acesso em: 25 ago. 2016. p. 292.
[270] Cap. 2.3, supra.

Visto o cenário legislativo brasileiro, mostra-se fundamental a análise comparada com a legislação penal estrangeira, o que será feito no próximo capítulo.

4 EUTANÁSIA EM ORDENAMENTOS JURÍDICO-PENAIS ESTRANGEIROS

A análise da legislação penal comparada assume grande importância neste tipo de trabalho científico, uma vez que permite aferir de que forma outros países tratam determinada matéria e avaliar como se coloca a legislação brasileira no cenário internacional.

Neste capítulo, utilizou-se como critério de escolha dos países a relevância no tratamento específico da eutanásia, sem deixar de mencionar aqueles que, tradicionalmente, surgem como referência no Brasil em matéria penal, procurando contemplar, ainda, alguns expoentes da América Latina.

Conforme se verá abaixo, são basicamente 4 as opções legislativo-penais que giram em torno da morte consentida com a participação de terceiro: a) ausência de qualquer referência ao consentimento, com a sanção de tais condutas como homicídio ou participação em suicídio[271]; b) sistemas que punem o homicídio a pedido e deixam de punir a participação em suicídio[272]; c) previsão de causas de diminuição de pena ou de figuras especiais atenuadas nos casos de existência do consentimento, principalmente diante de situações de enfermidade grave e incurável[273]; d) textos punitivos que, sob rigorosos requisitos, normalmente ligados à situação de enfermidade grave e incurável, permitem a não punição[274].

Dentre os países pesquisados, ainda que em alguns lugares se atribua algum valor ao consentimento, não há nenhum que reconheça, de forma absoluta, a vida humana como um bem do qual o titular possa livremente dispor, com ou sem a participação de terceiros.

Antes de passar à exposição individualizada, advirta-se que a generalidade dos países apresenta a figura do crime omissivo impróprio, que poderá implicar a criminalização como homicídio da atuação omissiva de um agente garantidor – normalmente, o médico - em uma morte alheia consentida. Da mesma forma, preveem, como regra, um tipo assemelhado ao de omissão de socorro da legislação brasileira,

---

[271] Vide cap. 4.6, 4.7 e 4.8, infra.
[272] Vide cap. 4.2 e 4.4, infra.
[273] Vide cap. 4.3, 4.5, 4.10, e 4.11, infra.
[274] Vide cap. 4.1, 4.2, 4.9 e 4.12, infra.

fundadas em um dever geral de solidariedade. Essas figuras, por razões metodológicas, não serão separadamente detalhadas nos itens a seguir.

Embora não se trate de um ordenamento jurídico-penal, também merecerá especial menção, no plano internacional, o texto da *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*, de 2005, que confere especial relevo a autonomia humana e ao consentimento em detrimento de qualquer tentativa de imposição de tratamentos médicos arbitrários ou de interesses ditos sociais ou coletivos, colocando a pessoa efetivamente como responsável por suas próprias escolhas[275].

4.1 HOLANDA

No dia 01 de abril de 2002, entrou em vigor na Holanda, país reconhecido por sua tradição liberal e pelo espírito de tolerância, a "Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido", a qual, dentre outras disposições, introduziu importantes alterações no art.293 e no art.294 do Código Penal. Tais dispositivos passaram a vigorar com as seguintes redações[276]:

> Art.293.
> Quem terminar intencionalmente a vida de outrem sob solicitação expressa e séria sua, é punido com pena de prisão de no máximo doze anos ou pena de multa de quinta categoria.
>
> O fato mencionado no § 1º não é punível, se ele for cometido por um médico que tenha cumprido as exigências de cuidado mencionadas no artigo 2º da Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, tendo comunicado o ocorrido ao Instituto Médico Legal de acordo com o artigo 7º, § 2º, da Lei de Entrega do Corpo.
>
> Art.294.
>
> Quem incitar intencionalmente outrem ao suicídio, é punido, se o suicídio se suceder, com pena de prisão de no máximo três anos ou pena de multa de quarta categoria

[275] Vide cap. 4.13, infra.

[276] Tradução para o português extraída de: CHACON DE ALBUQUERQUE, Roberto. A Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e a Constituição Holandesa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 8, jul./dez. 2006 e de GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 270-273.

> Quem, intencionalmente, ajudar outrem ou fornecer-lhe os meios para cometer suicídio, é, se ocorrer o suicídio, punido com pena de prisão de no máximo três anos ou pena de multa de quarta categoria. Deve-se levar em consideração o artigo 293, § 2º.

Como se observa, no sistema penal holandês, vigora, como regra, a criminalização do homicídio a pedido e da participação em suicídio, com pena substancialmente inferior para esta segunda modalidade.

Há, contudo, de modo excepcional, uma cláusula de exclusão de punibilidade, especialmente na hipótese do médico - e somente ele - que tenha cumprido as exigências do art.2º desta Lei de 2002, com a comunicação ao Instituto Médico Legal, prevista no art.7º,§ 2º, da Lei de Entrega do Corpo.

Segue o texto do art.2º[277]:

> Art.2º.
>
> As exigências de cuidado, mencionadas no artigo 293, § 2º, do Código Penal determinam que o médico: a) deve ter-se sentido convencido de que houve uma solicitação voluntária e bem pensada do paciente; b) deve ter-se sentido convencido de que o paciente sofria de dores sem perspectiva e insuportáveis; c) deve ter esclarecido o paciente sobre a situação na qual ele se encontrava e sobre suas perspectivas; d) deve ter-se convencido com o paciente de que não havia outra solução razoável para a situação na qual este se encontrava; e) deve ter consultado ao menos um outro médico independente que tenha visto o paciente e escrito um parecer sobre as exigências de cuidado, mencionadas da alínea "a"-"d"; e f) deve ter executado o término da vida ou suicídio assistido cuidadosamente sob o ponto de vista médico.
>
> Se o paciente de dezesseis anos ou mais não estiver mais em condição de expressar sua vontade, mas esteve anteriormente em condição de apreciar de uma maneira razoável seus interesses, tendo entregue uma declaração por escrito contendo uma solicitação de término da vida, o médico pode então dar seguimento a esta solicitação. Deve-se levar em consideração as exigências de cuidado mencionadas no § 1º.
>
> Se o paciente menor de idade tiver de dezesseis a dezoito anos e estiver em condição de apreciar de uma maneira razoável seus interesses, o médico pode então dar seguimento a uma solicitação do paciente de término da vida ou de suicídio assistido, desde que o pai ou pais, bem como o tutor, que exerça ou exerçam autoridade sobre ele tenham participado do processo de decisão.

---

[277] Tradução para o português extraída de: CHACON DE ALBUQUERQUE, Roberto. A Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e a Constituição Holandesa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 8, jul./dez. 2006 e de GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 270-273.

> Se o paciente menor de idade tiver de doze a dezesseis anos e estiver em condição de apreciar de uma maneira razoável seus interesses, o médico pode, desde que o pai ou pais, bem como o tutor, que exerça ou exerçam autoridade sobre ele possa ou possam concordar com o término da vida ou suicídio assistido, dar seguimento à solicitação do paciente. Deve-se levar em consideração o § 2º.

Analisando detidamente os pontos principais do dispositivo, percebe-se que a exclusão da punibilidade somente tem lugar mediante pedido sério e bem refletido do paciente, quando se está diante uma situação de sofrimento insuportável e irremediável, exclusivamente no contexto médico, desde que não haja outra solução razoável para a situação em que se encontra o paciente[278].

Pacientes menores de 18 anos e maiores de 12 anos podem ter seus pedidos levados em consideração desde que estejam em condições de apreciar de uma maneira razoável seus interesses e desde que haja a concordância dos pais ou do tutor.

Observa-se que a morte provocada sem pedido ou declaração expressos do paciente, no contexto descrito pelo dispositivo transcrito, não está, assim, abrangida pela excludente de punibilidade, permanecendo proibida pelo Código Penal[279].

Deve-se destacar que a alteração legislativa na Holanda, na realidade, apenas significou a consagração na lei penal daquilo que já vinha sendo debatido no país ao menos desde o início da década de 1980 e do que, inclusive, vinha já sendo decido pela jurisprudência nacional, que já considerava a morte a pedido – homicídio ou participação em suicídio -, nessas condições e sob tais requisitos, como causa de exclusão da ilicitude por estado de necessidade[280].

---

[278] Claus Roxin posiciona-se criticamente em relação à Lei: "De qualquer maneira, e mesmo reconhecendo os esforços da lei holandesa no sentido de se conceder ao doente morte humana, parece-me que ela foi longe demais. Eu não gostaria de ir a um hospital em que não só se cura, mas também se mata. Mas, além de tudo, se o homicídio a pedido da vítima se tornar uma instituição quase normal, regulada pelo Estado, pode surgir nos doentes sem esperança a impressão de que sua família ou a sociedade esperam que ele renuncie à sua vida." (ROXIN, Claus. A proteção da vida através do direito penal. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181)

[279] A provocação intencional da morte sem pedido expresso do paciente, logicamente, continua criminalizada pelo Código Penal holandês nos art. 287 e 289, com pena de até 20 anos de prisão.

[280] A este propósito, cf. VAN KALMTHOUT, Anton M. Eutanasia: el ejemplo holandés. *Eguzkilore*: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p. 163-193, dez. 1995.; TAK, Peter J. P. La nueva ley sobre eutanasia en Holanda, y sus precedentes. *Revista Penal*, Valencia, n. 12, p. 109-125, jul. 2003.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 271-192.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La regulación de la*

4.2 BÉLGICA

O Código Penal da Bélgica criminaliza o homicídio em seus artigos 393 e 394 e deixa de criminalizar o ato de participação em suicídio. Assim, seguindo o critério naturalista majoritário, aquele que apenas contribui, moral ou materialmente, para que outro realize o último ato de execução, não comete crime algum naquele país.

No ano de 2002, foi promulgada a *Lei relativa à Eutanásia*, a qual, sem alterar o Código Penal, define eutanásia como o *ato praticado por um terceiro que põe intencionalmente fim à vida de uma pessoa, a seu pedido* (art.2º)[281], e determina precisamente as hipóteses em que o médico não comete nenhuma infração, com a explicitação do procedimento a ser seguido (art.3º).

No âmbito deste trabalho, mostra-se suficiente a transcrição apenas das hipóteses nas quais o médico não poderá ser punido por provocar a morte a pedido do paciente:

> Art.3º, §1º[282].
>
> O paciente é maior ou menor emancipado, capaz e consciente no momento do seu pedido;
>
> O pedido é formulado de forma voluntária, refletida e reiterada, e que não resulta de uma pressão externa;
>
> O paciente encontra-se em uma situação médica irremediável (sem esperança), em sofrimento físico ou psíquico constante e insuportável que não pode ser aliviado e que resulta de uma lesão acidental ou patologia grave e incurável.

Verifica-se que, na Bélgica, à semelhança do que ocorre na Holanda, apenas não cometerá crime o médico – e somente ele - que atender ao pedido do paciente que se encontre em situação médica grave e irremediável, e em situação de insuportável sofrimento físico ou psíquico. Como visto, ao menos em princípio, o médico ou qualquer outro que apenas participar do suicido alheio também não comete crime algum.

---

eutanasia en Holanda. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, único, p. 293-321, jan./dez. 1997.

[281] Art. 2. Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par euthanasie l'acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci.

[282] Tradução nossa.

No ano de 2014, referida lei foi alterada para possibilitar também aos menores (mesmo não emancipados), desde que dotados de capacidade de discernimento e conscientes, a formulação do pedido de provocação da própria morte.

4.3 SUÍÇA

A Suíça, ao contrário da Bélgica, não possui qualquer lei específica para as situações de morte a pedido, sendo a matéria tratada pelo próprio Código Penal.

Merecem destaque os artigos 114 e 115[283]:

> Homicídio a pedido da vítima
> Art.114.
> Quem, por razões honrosas, particularmente por piedade, causa a morte de uma pessoa a seu sério e insistente pedido, é punido com uma pena detentiva de até três anos ou com uma pena pecuniária.
>
> Instigação e ajuda ao suicídio
> Art.115.
> Quem, por motivos egoístas, instiga alguém ao suicídio ou lhe presta ajuda, é punido com uma pena detentiva de até cinco anos ou com uma pena pecuniária.

Como se observa, a conduta de homicídio a pedido é criminalizada em todas as suas formas, havendo, todavia, um tipo especial, com pena reduzida, quando o ato for praticado por motivo piedoso e por razões honrosas. A morte causada a pedido do enfermo grave e irrecuperável, submetido a intenso sofrimento, portanto, certamente seria enquadrada no art.114 do Código Penal suíço.

A participação em suicídio, ao contrário, somente é criminalizada quando praticada por motivos egoísticos, nos termos do que dispõe o art.115 do Código Penal. A regra é, pois, a não criminalização do ato. O auxílio ao suicídio por motivos altruístas, por exemplo, é fato atípico naquele país.

Registre-se, por oportuno, que, na Suíça, foram criadas organizações com a finalidade específica de ajudar pessoas a colocar fim à própria vida, de forma entendida como digna e segura, o que tem atraído indivíduos de várias partes do mundo[284].

---

[283] Tradução nossa.

4.4 ALEMANHA

A Alemanha, à semelhança da Bélgica, não pune a participação em suicídio, ao fundamento de que não faz qualquer sentido criminalizar a participação em fato não criminoso[285].

O Código Penal alemão, contudo, pune toda e qualquer forma de homicídio a pedido, precisamente em seu § 216, com pena reduzida quando comparada ao homicídio comum:

> Homicídio a pedido
> § 216[286].
> Quem mata outrem a seu pedido sério e expresso, então deve ser imposta pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos.
> A tentativa é punível.

Nesse cenário, também seguindo a distinção majoritariamente aceita, quando o terceiro pratica o último ato de execução, há o crime de homicídio a pedido. Quando este ato fica a cargo do próprio titular do bem jurídico, a conduta do terceiro é atípica.

Observe-se que, diferentemente do que ocorre na Suíça, por exemplo, a única exigência do tipo é a de que o pedido seja sério e expresso, não havendo, portanto,

---

[284] Exemplos dessas organizações são a *Dignitas*, que tem o slogan "Viver com dignidade, morrer dignidade" (DIGNITAS. Disponível em: <http://www.dignitas.ch/>. Acesso em: 04 out. 2016.), e a *Exit*, que tem o slogan "Vida e morte com autodeterminação" (EXIT - Selbstbestimmungim Leben und im Sterben. Disponível em: <http://https://www.exit.ch>. Acesso em: 04 out. 2016.). Rotulando esse deslocamento de pessoas como "turismo suicida" e defendendo a proibição – não penal – da atividade de ajuda organizada ao suicídio, cf. ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, p. 13-32, 2013. p. 27-31.

[285] Claus Roxin justifica deste modo a não punibilidade da participação em suicídio na Alemanha: "Todo auxílio pressupõe um fato principal antijurídico de um autor. Já que o suicídio não se compreende no tipo dos crimes de homicídio, os quais pressupõem a morte de uma outra pessoa, também não há auxílio para este delito inexistente. Quem, através da entrega de veneno ou de uma pistola, possibilita a um homem gravemente adoentado que dê termo à própria vida, não responde penalmente" (ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220.). O mesmo autor lembra que se multiplicam no país, na literatura jurídica e médica, os partidários da punição de toda participação em suicídio, destacando que, no ano de 2012, a iniciativa "Democristãos a favor da vida" propôs um manifesto nesse sentido. (ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, p. 13-32, 2013. p. 23-24).

[286] Tradução nossa da versão em espanhol.

restrição aos tradicionais casos de doença grave e irremediável e fonte de sofrimento intenso[287].

Deve-se destacar, ainda, que o Código Penal alemão traz uma cláusula de exclusão da ilicitude apenas para os casos de consentimento quanto à lesão corporal, desde que o fato não seja contrário aos bons costumes (§ 228)[288].

Embora o Direito alemão seja, no plano legislativo, um dos mais liberais do mundo em matéria de participação em suicídio, fundamental mencionar a advertência de Manuel da Costa Andrade, no sentido de que o número de condenações na Alemanha mostra-se espantoso – muito superior ao de países que possuem a figura autônoma de participação em suicídio -, com o enquadramento do fato aos crimes de homicídio comum por autoria mediata, de homicídio a pedido por omissão do garante, ou de violação ao dever de auxílio, para o não garante[289].

4.5 ESPANHA

O Código Penal espanhol, no título "Do homicídio e suas formas", traz, em seu art.143, as hipóteses de criminalização da morte com consentimento:

---

[287] Para uma visão geral, cf. ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Alemania. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 171-173, jul. 2005.

[288] § 228. Consentimento. Quem efetua uma lesão pessoal com consentimento do lesionado, então apenas atua antijuridicamente, quando o fato, apesar do consentimento, contrarie os bons costumes. (Tradução nossa da versão em espanhol) Para uma crítica a esta limitação pelos bons costumes, cf. cap. 2.2.2, supra e cap. 8.2, infra.

[289] ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 75-78. O autor enxerga, portanto, vantagens na incriminação da figura autônoma da participação em suicídio, justamente para evitar que se faça pressão sobre figuras como o homicídio, superando o dilema entre ter que optar pelo tudo que representa a qualificação como homicídio e o nada da absoluta impunidade. Franscisco Muñoz Conde, por sua vez, analisando o cenário alemão, alerta que "*se si quiere ser coherente con la decision en favor de la impunidad de la participación en el suicidio, habrá que aceptar esta tésis hasta sus últimas consecuencias y no corregiria, tan pronto se vea que la aceptación consecuente de la misma conduce a inadmissibles lagunas de punibilidad incompatibles con el sentimiento de justicia. (...). Una dogmática jurídico-penal respetuosa con el principio de legalidad no puede permetir que una decision legislativa en favor de la impunidad de la participación en el suicidio sea corrigiga por la doctrina e la jurisprudencia, cuando les parezca oportuno, ampliando el concepto de autoria mediata hasta limites rayanos en la analogia y castigando lo que, en principio, se dice impune con las penas previstas para el delito más grave e intolerable de cuantos se tipifican en el Código Penal: el asesinato*". (MUÑOZ CONDE, Francisco. Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato y inducción y ayuda al suicidio. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 2, p. 301-317, maio/ago. 1987. p. 303). Também formulando críticas ao cenário alemão: PASCHOAL, Janaína Conceição. Auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1, p. 46-55.

> Art.143[290].
>
> Quem induz outro ao suicídio será castigado com a pena de prisão de quatro a oito anos.
>
> Será imposta a pena de prisão de dois a cinco anos àquele que coopere com atos necessários ao suicídio de uma pessoa.
>
> Será castigado com a pena de prisão de seis a dez anos se a cooperação chegar até o ponto de se executar a morte.
>
> Quem causar ou cooperar ativamente com atos necessários e diretos à morte de outrem, por pedido expresso, sério e inequívoco deste, no caso em que a vítima sofra uma enfermidade grave que conduziria necessariamente a sua morte, ou que produz graves sofrimentos permanentes e difíceis de suportar, será castigado com a pena inferior em um ou dois graus às previstas nos números 2 e 3 deste artigo[291].

Como é possível perceber, os n.º 1 e 2 do art.143 referem-se à prática da conduta de participação em suicídio, seguindo o tradicional critério naturalista de distinção. Pune-se a indução e a cooperação em suicídio alheio.

Já os nº 3 e 4 do mesmo dispositivo tratam da criminalização do homicídio a pedido, abrangendo as situações em que o terceiro realiza atos de execução da morte[292]. Enquanto o nº 3 pune o homicídio a pedido em qualquer contexto, o nº 4 criminaliza, com pena menor, o homicídio a pedido – expresso, sério e inequívoco - nos especiais casos de portadores de enfermidade grave, a qual, necessariamente, conduziria à morte ou causadora de sofrimentos insuportáveis[293].

---

[290] Tradução nossa.

[291] Muitos autores espanhóis defendem que este art.143.4, implicitamente, estabeleceu a impunidade da eutanásia ativa indireta e da eutanásia passiva. Cf., nesse sentido, SANS, Jesús Barquín. La eutanásia como forma de intervencion en la muerte de outro. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 180-184.

[292] Em sentido semelhante, importante lembrar que o Código Penal espanhol, em seu art.155, pune a lesão corporal consentida: "Art.155 - En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección".

[293] Para uma análise aprofundada do art.143, cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009.; CARDENETE, Miguel Olmedo. Responsabilidad penal por la intervencion en el suicídio ajeno y en el homicídio consentido. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio*: *cuestiones dogmáticas y de política criminal.* Granada: Comares, 2001. p. 105-154.

4.6 ITÁLIA

A Itália, um dos países que sofre mais fortemente a influência da igreja católica, pune toda e qualquer forma de morte consentida, seja na forma de homicídio consentido, seja na forma de participação em suicídio.

O Código Penal italiano traz dois tipos penais específicos:

> Homicídio consentido[294]
> Art.579.
> Quem causa a morte de um homem, com o seu consentimento, é punido com reclusão de seis a quinze anos.
> [...]
> Aplicam-se as disposições relativas ao homicídio[295] se o fato é cometido:
> Contra uma pessoa menor de 18 anos;
> Contra uma pessoa doente psicologicamente, ou que se encontra em condições de deficiência psíquica, em razão de outra doença ou de abuso de substâncias alcoólicas ou entorpecentes;
> Contra uma pessoa de quem o consentimento tenha sido obtido com violência, ameaça, sugestão ou engano.
>
> Instigação ou ajuda ao suicídio
> Art.580.
> Quem determina o suicídio alheio ou reforça em outrem o propósito de suicídio, ou mesmo contribui de qualquer modo para a sua execução, é punido, se o suicídio se consuma, com reclusão de cinco a doze anos.
> Se o suicídio não se consuma, é punido com reclusão de um a cinco anos sempre que da tentativa de suicídio derive uma lesão pessoal grave ou gravíssima[296].
> As penas são aumentadas se a pessoa instigada, excitada ou ajudada encontra-se em uma das condições indicadas nos números 1 e 2 do artigo precedente.
> Se a vítima é menor de quatorze anos ou, de alguma forma, é privada da capacidade de entender ou e querer, aplicam-se as disposições relativas ao homicídio.

Conforme se observa, a legislação italiana criminaliza, em dois dispositivos autônomos, o homicídio a pedido e a participação em suicídio, valendo-se do critério referente àquele que é o autor do último ato de execução.

---

[294] Tradução nossa.
[295] O homicídio está previsto no art.575 do Código.
[296] As ofensas à integridade física graves e gravíssimas encontram-se previstas no art.583 do Código.

A única conduta que não adquire relevância penal é a participação em mera tentativa de suicídio que não resulte lesão alguma ou que apenas provoque lesão corporal de grau leve.

Diferentemente de outros países, não há qualquer referência à motivação do crime, sendo, pois, ao menos em princípio, irrelevante ser o ato praticado por motivos ditos piedosos, envolvendo enfermos graves e irremediáveis em situação de intenso sofrimento[297].

Por outro lado, verifica-se, a todo o momento, uma preocupação com a idoneidade do consentimento, com o estabelecimento de critérios ligados à idade e às condições psíquicas, ressaltando-se a adequação típica ao delito de homicídio em situações de dúvida quanto à seriedade e à validade do consentimento.

Importante destacar que o Código Penal italiano possui, em sua parte geral, precisamente em seu art.50, uma cláusula expressa de exclusão da punibilidade daquele que lesione ou coloque em perigo direito com o consentimento da pessoa que pode dele validamente dispor:

> Art.50 – Não é punível quem lesiona ou põe em perigo um direito, com o consenso da pessoa que dele pode validamente dispor[298].

Assim, pela leitura dos art.579 e 580, resta inequívoco que, para a legislação italiana, a vida não é um direito do qual uma pessoa pode validamente dispor, afastando-se a aplicação da mencionada excludente de punibilidade.

---

[297] Para uma análise detalhada do cenário jurídico italiano, cf. MANTOVANI, Ferrando. *Aspectos jurídicos da eutanásia*. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 32-53, out./dez. Destacando o caráter paternalista da legislação, cf. MAGRO, Maria Beatrice. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: 2005. Itália. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 186-187. Sob uma perspectiva crítica, cf. SEMINARA, Sérgio. Riflessioni in tema di suicídio e di eutanasia. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, n.3, 1995. p. 670-727. Destacando a relação com o regime fascista, cf.: DE CRISTOFARO, Ernesto. Volenti non fit iniuria: considerazioni storico-giuridiche sull'omicidio del consenziente. Snodi: Pubblici e privati nella storia contemporanea, Padova, 6, p. 43-61, .2010.

[298] Tradução nossa.

4.7 PORTUGAL

O Código Penal de Portugal regula de maneira bastante extensa a figura do consentimento do ofendido, apontando-o como causa de exclusão da ilicitude (art.31), disciplinando os seus requisitos (art.38) e a hipótese do consentimento presumido (art.39)[299]:

> Exclusão da ilicitude
> Art.31
> 1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.
> 2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado:
> [...]
> d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.
>
> Consentimento
> Art.38
> 1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.
> 2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.
> 3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.
> 4 - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.
>
> Consentimento presumido
> Art.39
> 1 - Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido.
> 2 - Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.

Verifica-se que o consentimento exclui a ilicitude da conduta desde que se trate de interesses jurídicos livremente disponíveis e não haja ofensa aos bons costumes[300]. O consentimento quanto ao interesse jurídico vida humana, segundo o Código Penal

---

[299] Sobre o consentimento presumido no cenário português, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p. 117-148, 2004.

[300] Cláusula semlhante ao §228 do Código Penal alemão (vide 4.4, supra). Para uma crítica a esta limitação pelos bons costumes, vide cap. 8.2, infra.

português, não atende a tais requisitos, pelo que restam criminalizados o homicídio a pedido da vítima (art.134)[301] e a participação em suicídio (art.135)[302]:

> Homicídio a pedido da vítima
> Art.134
> 1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.
> 2 - A tentativa é punível.
>
> Incitamento ou ajuda ao suicídio
> Art.135
> 1 - Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumar-se.
> 2 - Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Analisando os dispositivos acima, constata-se que, embora as duas figuras sejam criminalizadas de modo autônomo, são cominadas as mesmas penas para ambos os delitos, indicando o mesmo desvalor conferido pela legislação penal portuguesa.

Não há qualquer referência a contexto de enfermidade grave e incurável ou a situação de sofrimento intenso, aplicando-se as disposições, assim, a todas as hipóteses em que haja o desejo de morrer por parte do titular do bem jurídico, independentemente dos motivos determinantes e da participação de um médico[303].

---

[301] Manuel da Costa Andrade aponta que o que singulariza a figura do homicídio a pedido (art.134) frente ao homicídio (art.131) e explica o privilégio que a lei lhe dispensa é o fato de a produção da morte resultar do "exercício autorresponsável da autodeterminação da vítima". ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 63.

[302] Registre-se que o crime de homicídio está disciplinado nos art.131 a 134, enquanto a omissão penalmente relevante está prevista no art.10 do Código Penal. Diferentemente do que ocorre quanto à vida humana, o Código, nos termos do art.149, considera a integridade física livremente disponível, admitindo a exclusão da ilicitude pelo consentimento, desde que não se cuide de ofensa grave, atendidos os requisitos do art.38 e art.39.

[303] O Código Penal português prevê, em seu art. 133, o tipo de homicídio privilegiado, que independe do consentimento da vítima: "Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos". Há, ainda, o crime específico de propaganda do suicídio: "Art.139 - Quem, por qualquer modo, fizer propaganda ou publicidade de produto, objecto ou método preconizado como meio para produzir a morte, de forma adequada a provocar suicídio, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias". Para um estudo deste delito, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 126-145.

Especificamente acerca do contexto médico, observa-se que o Código traz disposições que visam a tutelar a liberdade de escolha do paciente, com a criminalização, no capítulo "Dos crimes contra a liberdade pessoal", das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.156)[304] e com a imposição do dever de esclarecimento ao médico, inclusive com a ressalva referente ao privilégio terapêutico (art.157):

> Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários
> Art.156
> 1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º[305] que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
> 2 - O facto não é punível quando o consentimento:
> a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou
> b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.
> 3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.
> 4 - O procedimento criminal depende de queixa.
>
> Dever de esclarecimento
> Art.157
> Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica[306].

---

[304] O Código Penal da Áustria também traz o tipo de tratamento médico arbitrário em seu § 110.

[305] O art.150 trata da ofensa à integridade física no contexto médico e faz referência às pessoas do médico ou outra legalmente autorizada. Interessante observar, ainda, que o Código Penal português afasta expressamente, em seu art.150.1, a possibilidade de punição do médico por ofensa à integridade física, quando "*as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental".*

[306] Esta última parte do dispositivo refere-se à figura do privilegio terapêutico. Cf., a respeito, ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p. 117-148, 2004. p. 129 et seq.

Cabe destacar que, no mesmo capítulo "Dos crimes contra a liberdade pessoal", o Código Penal traz, ainda, a previsão da não punibilidade da coação, com violência ou ameaça importante, quando ocorre com a finalidade de se evitar o suicídio (art.154, nº 3,'b')[307].

Como se observa, pela conjugação dos dispositivos acima mencionados, o sistema penal português, de fato, confere especial importância à vontade do titular do bem jurídico e, especificamente, à vontade do paciente no contexto médico.

Todavia, quando o bem jurídico envolvido é a vida humana, o Código Penal português vai de encontro a esta ideia reitora[308], vez que opta por criminalizar, ainda que com penas bastante reduzidas, todo e qualquer tipo de atuação em morte alheia consentida ou a pedido[309].

4.8 ARGENTINA

Na Argentina, toda morte consentida ou a pedido com a participação de terceiro é criminalizada pelo Código Penal, no capítulo dos delitos contra a vida, seja na forma de homicídio simples ou qualificado (art.79 e 80), seja como participação em suicídio (art.83).

---

[307] Américo Taipa de Carvalho salienta que o impedimento, mediante coação, do suicídio justifica-se pelo direito de necessidade, pois, embora o suicídio não seja punível, o bem jurídico vida não é um bem disponível. TAIPA DE CARVALHO, Américo. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 363.

[308] Analisando o crime de homicídio a pedido, Manuel da Costa Andrade afirma que "o consentimento nunca será bastante para excluir a ilicitude da morte de outra pessoa: seja qual for a sua idade, seja qual for o seu estado de saúde; e trate-se de homicídio doloso ou negligente" (ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 71).

[309] Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, p.ex., reconhece que os tipos do art.134 e art.135 revelam uma limitação do princípio da autonomia pessoal e do direito de autodeterminação, considerando que a vontade do indivíduo não prevalece se a morte for dada por outrem em quaisquer circunstâncias, só podendo realizar-se através de um ato de suicídio sem colaboração de terceiro. (DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 137. n.3949. mar./abr. 2008. p. 205-206). Para uma análise detalhada do cenário português, cf. GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: *Portugal*. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 192-194, jul. 2005.; DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1.; RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato medico ao problema jurídico*. Almedina: Coimbra, 2013. p. 163-192.

Diferentemente de outros países, não há a previsão de nenhuma forma privilegiada ou atenuada para aquelas condutas praticadas por motivos ditos piedosos[310].

O tipo de participação em suicídio tem a seguinte redação:

> Art.83[311].
> Será reprimido com prisão de um a quatro anos, quem instigar outro ao suicídio ou ajudar a cometê-lo, se o suicídio tiver sido tentado ou consumado.

Assim, embora existam projetos de alteração legislativa[312], constata-se que, no cenário vigente, o consentimento do titular do bem jurídico carece de qualquer significação para o Direito Penal argentino, permanecendo consolidada a completa indisponibilidade da vida humana.

Deve-se pontuar, todavia, que, no âmbito extrapenal, há uma lei especial que regula amplamente os "*Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*" (Lei nº 26.529/2009), alterada pela chamada lei da morte digna (Lei nº 26.742/2012), com disposições detalhadas sobre o consentimento informado e as diretivas antecipadas de vontade, por exemplo. Consagra-se, igualmente, a autonomia da vontade do paciente, com destaque para o seguinte dispositivo:

> Art.2º, e) - Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.
>
> Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.
>
> En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo

---

[310] Para uma visão mais aprofundada, cf. NIÑO. Luis Fernando. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Argentina. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 173-176, jul. 2005. NIÑO, Luis Fernando: *Eutanasia: morir con Dignidad*. Universidad, Buenos Aires, 2005. p. 96 et seq.

[311] Tradução nossa.

[312] NIÑO. Luis Fernando. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*:* Argentina. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 173-176, jul. 2005

> de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.
>
> En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)
>
> [...]
>
> Art. 11 bis: Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.

Verifica-se, portanto, a consideração do comumente chamado *direito à morte digna*, restrito a condições de enfermidade irreversível, incurável e terminal, concretizado no direito a recusar intervenções e procedimentos médicos inúteis, que visem apenas prolongar o estado de sofrimento do paciente.

4.9 URUGUAI

O Código Penal do Uruguai, que criminaliza o homicídio em seus art.310, 311 e 312, traz o crime de participação em suicídio em seu art.315:

> Determinação ou ajuda ao suicídio[313]
> Art.315.
> Quem determinar a outrem o suicídio ou ajudar a cometê-lo, se ocorre a morte, será castigado com seis meses de prisão a seis anos de penitenciária.
> Este máximo pode ser elevado até o limite de doze anos, quando o delito se comete contra um menor de dezoito anos, ou um sujeito de inteligência ou vontade diminuídas por doença mental ou por abuso de álcool ou substância entorpecente.

[313] Tradução nossa.

Observa-se, a partir da leitura deste tipo penal, que a participação em suicídio é criminalizada apenas em caso de efetivação da morte. Na hipótese de suicídio tentado, diversamente do que ocorre em outros países, a participação do terceiro é atípica[314].

No capítulo "Das causas de impunidade", integrante da parte geral, o Código traz a figura do homicídio piedoso:

> Do homicídio piedoso[315]
> Art.37.
> Os juízes possuem a faculdade de exonerar do castigo o sujeito de antecedentes honoráveis, autor de um homicídio, efetuado por motivos de piedade, mediante pedidos reiterados da vítima.

Cuida-se de uma espécie de perdão judicial[316], consistente na atribuição de uma faculdade ao juiz de excluir a pena do autor de um homicídio quando o ato for efetuado cumprindo três requisitos: 1) por motivos de piedade; 2) por sujeito de antecedentes honoráveis (não necessariamente um médico); 3) mediante pedidos reiterados da vítima[317].

No cenário uruguaio, chama atenção, ainda, o fato de existir uma cláusula de exclusão da punibilidade para a conduta de lesão consensual:

> Lesão consensual[318]
> Art.44.
> Não é punível a lesão causada com o consentimento do paciente, salvo se ela tiver por objetivo subtraí-lo ao cumprimento de uma lei ou causar dano a outros.

Percebe-se, assim, que, no Uruguai, como regra, a vida, ao contrário da integridade física, permanece afigurando-se como bem indisponível, sendo possível, todavia, o reconhecimento excepcional do perdão judicial no caso de homicídio piedoso, quando presentes os requisitos do art. 315 do Código Penal.

---

[314] Para uma visão mais aprofundada do cenário jurídico uruguaio, cf. PALERMO, Paulo Galaín. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Uruguay. Revista Penal, Valencia, n. 16, p. 196-199, jul. 2005.
[315] Tradução nossa.
[316] Nos termos do art.127 do Código Penal do Uruguai.
[317] Costuma-se a entender que tal causa de exclusão de pena também se aplica ao crime de participação em suicídio, previsto no art.315 do Código Penal. Nesse sentido: PALERMO, Paulo Galaín. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Uruguay. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 196-199, jul. 2005. p. 197.
[318] Tradução nossa.

4.10 COLÔMBIA

O Código Penal da Colômbia, no capítulo intitulado "Do homicídio", criminaliza o homicídio por piedade (art.106) e a indução ou ajuda ao suicídio (art.107):

> Do homicídio por piedade[319]
> Art.106.
> Quem matar outro por piedade, para pôr fim a intensos sofrimentos provenientes de lesão corporal ou enfermidade grave e incurável, incorrerá em prisão de um (1) a três (3) anos.
>
> Indução ou ajuda ao suicídio[320]
> Art.107.
> Quem eficazmente induz outro ao suicídio, ou lhe preste uma ajuda efetiva pra a sua realização, incorrerá em prisão de dois (2) a seis (6) anos.
> Quando a indução ou ajuda estiver dirigida a pôr fim a intensos sofrimentos provenientes de lesão corporal ou enfermidade grave e incurável, se incorrerá em prisão de um (1) a dois (2) anos.

Chama a atenção a previsão da figura de "participação em suicídio por piedade", com pena diminuída, quando presentes os requisitos do homicídio por piedade: objetivo de pôr fim a intensos sofrimentos provenientes de lesão corporal ou enfermidade grave e incurável.

Observando as penas cominadas, percebe-se, que a legislação entende como ligeiramente mais grave o homicídio por piedade, em confronto com a participação em suicídio por piedade, evidenciando-se a adoção do critério de distinção naturalístico.

À semelhança do que ocorre no Uruguai, só há crime quando o suicídio efetivamente se consuma e não se exige a específica condição de médico para que ocorra a adequação típica a qualquer das figuras privilegiadas.

Deve-se destacar, ainda, a existência de uma cláusula geral de exclusão de responsabilidade penal para a hipótese de consentimento validamente emitido pelo titular do bem jurídico disponível:

---

[319] Tradução nossa.
[320] Tradução nossa.

> Ausência de responsabilidade[321]
> Art.32
> Não terá lugar a responsabilidade penal quando:
> [...]
> 2. Se atue com o consentimento validamente emitido por parte do titular do bem jurídico, nos casos em que se possa dispor do mesmo.

Diante disso, verifica-se que, na legislação penal colombiana, com a inaplicabilidade da regra contida no art.32.2, a vida não é considerada um bem jurídico de que o titular pode validamente dispor, havendo apenas as figuras privilegiadas de crime para os casos de piedade diante de sofrimento intenso provocado por lesão ou enfermidade grave e irrecuperável.

4.11 PERU

O Código Penal peruano de 1991 traz, na parte destinada aos "Delitos contra a vida, o corpo e a saúde", mais especificamente no "Capítulo I - Homicídio", os crimes de homicídio piedoso (art.112) e de instigação e ajuda ao suicídio (art.113):

> **Homicídio piedoso**[322]
> **Art. 112** – Aquele que, por piedade, mata um enfermo incurável que lhe solicita de maneira expressa e consciente para pôr fim a suas intoleráveis dores, será punido com pena privativa de liberdade não maior de três anos.
>
> **Instigação ou ajuda ao suicídio**[323]
> **Art. 113-** Aquele que instiga outro ao suicido ou o ajuda a cometê-lo, será punido, se o suicídio tenha se consumado ou tentado, com pena privativa de liberdade não menor de um e não maior de quatros anos.
> A pena será não menor de dois e não maior de cinco anos, se o agente atua por motivo egoísta.

Quanto ao primeiro crime, merecem destaque a exigência de solicitação expressa e consciente de um enfermo incurável e a finalidade de colocar fim a dores intoleráveis. No que se refere ao crime de participação em suicídio, chama a atenção a previsão de causa de

---

[321] Tradução nossa.
[322] Tradução nossa.
[323] Tradução nossa.

aumento de pena para a hipótese de motivação egoísta, a exemplo do que ocorre no Brasil[324].

Interessante observar que o Código Penal do Peru, à semelhança de muitos outros países, apresenta uma causa de exclusão de responsabilidade penal em caso de consentimento válido do titular de um bem jurídico de livre disposição:

> Art.20 – Está isento de responsabilidade penal:
> [...]
> 10. Aquele que atua com o consentimento válido do titular de um bem jurídico de livre disposição[325].

Para a legislação penal peruana, portanto, com o afastamento do art.20.10, a vida humana não é um bem jurídico de livre disposição[326].

4.12 ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, a partir de década de 1990, alguns estados começaram a aprovar leis autorizando e disciplinando procedimentos destinados a garantir o que normalmente chamam de *morte digna (death with dignity).*

O estado de Oregon foi o primeiro a aprovar uma lei nesse sentido no ano de 1994, com a edição do *Oregon Death with Dignity Act*, que serviu de referência para a posterior edição de leis semelhantes em outros estados do país[327].

A lei de Oregon tem como objetivo principal permitir, somente àqueles portadores de doença terminal e que tenham voluntariamente expressado o desejo de morrer, o direito de requerer medicação para a finalidade de colocar fim à sua vida de modo humano e digno. Considera-se doença terminal aquela incurável e irreversível e que, de acordo com a

---

[324] Vide 3.2, supra.
[325] Tradução nossa.
[326] Para uma análise completa do cenário peruano, cf.: MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 81-128.
[327] Luis Roberto Barroso faz referência também aos Estados de Washington e Montana. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar': a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 919, p. 127-196, 2012. p. 190-191.

avaliação médica razoável, é capaz de causar a morte do indivíduo no prazo de seis meses[328].

Assim dispõe a lei de Oregon:

> SEÇÃO 2
> 2.01 – Quem pode iniciar um requerimento por escrito de medicação
> Um adulto capaz, residente em Oregon, diagnosticado por um médico como portador de uma doença terminal, que voluntariamente tenha expressado o seu desejo de morrer, pode fazer um pedido por escrito de medicação com a finalidade de terminar sua vida de forma humana e digna, de acordo com esta Lei[329].

A lei traz também uma longa e rigorosa lista de requisitos e formalidades a serem observadas para conferir segurança ao procedimento, como, por exemplo, a reiteração do requerimento em prazos determinados e a impossibilidade de deferimento do pedido em casos de paciente com algum distúrbio psicológico ou psiquiátrico.

Merece destaque, ainda, o seguinte dispositivo:

> SECÇÃO 3
> 3.14 - Construção do ato
> Nada nesta Lei será interpretado para autorizar um médico ou qualquer outra pessoa a terminar a vida de um paciente por injeção letal, misericórdia ou eutanásia ativa. As medidas tomadas em conformidade com a presente Lei não constituem suicídio, suicídio assistido, morte piedosa ou homicídio, nos termos da lei[330].

O direito à obtenção da medicação para uma morte dita humana e digna, como se vê, parece não implicar uma autorização ao médico para que efetue sua aplicação, restando ao paciente a opção pela autoaplicação ou ingestão, conforme o caso.

Exige-se seja o paciente residente em Oregon[331], o que, logicamente, transformou este estado em destino preferido para mudança residencial de pessoas que desejam se valer do direito garantido pela lei[332].

---

[328] SEÇÃO I (12) – "Doença terminal" significa uma doença incurável e irreversível que tenha sido medicamente confirmada e que, dentro de um julgamento médico razoável, produza a morte dentro de seis (6) meses. (Tradução nossa).

[329] Tradução nossa.

[330] Tradução nossa.

[331] 3.10 Requisitos de residência: Somente os pedidos feitos por residentes de Oregon, sob esta Lei, serão concedidos. (Tradução nossa)

4.13 DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS DA UNESCO/ONU

No ano de 2005, a Conferência Geral da UNESCO, órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), adotou, por aclamação, *a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, por meio da qual os Estados-membros comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas – inclusive, no plano legislativo – para concretizar e respeitar os princípios nela enunciados[333].

No âmbito deste trabalho, deve-se destacar as disposições referentes à dignidade humana, à autonomia individual e ao valor do consentimento:

> Art. 3º - Dignidade humana e direitos humanos
> 1. A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados.
> 2. Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.
>
> Art.5º - Autonomia e responsabilidade individual
> A autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.
>
> Art. 6º - Consentimento
> 1. Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo. [...]
> (grifo nosso)

---

[332] Para uma visão panorâmica do cenário norte-americano, a partir de uma perspectiva da jurisprudência constitucional, cf. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 157-269.

[333] Documento normativo internacional que serve de suporte, p.ex., à Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina, que "*dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*". Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María. Diversidad cultural y pluralismo en la Declaración Universal sobre bioética y Derecho Humanos. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 35, p. 13-38, jul./dez. 2011.

Logo de início, verifica-se a proclamação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e de que "*os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade*" (art.3º. 2), o que vai de encontro à tentativa de restringir a livre disposição da própria vida em razão de supostos interesses sociais sobre o bem jurídico[334].

Observa-se, nesta mesma linha, dispositivo que determina o respeito à autonomia das pessoas, "*desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros*" (art.5º), do qual se pode extrair a ideia de autorresponsabilidade.

Resta estabelecido, ainda, que "*qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento, prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada*." (art.6º).

Acerca das pessoas incapazes de exprimir o seu consentimento, assim dispõe a Declaração:

> Art. 7º - Pessoas incapazes de exprimir o seu consentimento
> Em conformidade com o direito interno, deve ser concedida proteção especial às pessoas que são incapazes de exprimir o seu consentimento:
> (a) a autorização para uma investigação ou uma prática médica deve ser obtida em conformidade com o superior interesse da pessoa em causa e com o direito interno. No entanto, <u>a pessoa em causa deve participar o mais possível no processo de decisão conducente ao consentimento e no conducente à sua retirada</u>; [...]
> (grifo nosso)

A partir da análise dos dispositivos acima, percebe-se claramente a opção pelo predomínio da autonomia individual, com a colocação do indivíduo como principal sujeito das decisões acerca de seu corpo e de sua vida.

---

[334] Vide cap. 2.1.2, supra.

5 APONTAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Visto como se dá o tratamento da relação entre vida e consentimento na doutrina e na legislação penal, mostra-se importante, neste momento, verificar como o assunto é enfrentado pelos tribunais, no Brasil e no exterior.

Advirta-se que o escopo é tão somente trazer alguns apontamentos jurisprudenciais de natureza exclusivamente penal, buscando o enriquecimento do trabalho com a exposição de algumas situações reais levadas ao Judiciário, não havendo qualquer pretensão de se realizar um estudo jurisprudencial comparado, profundo e exaustivo.

5.1 EUTANÁSIA NA JURISPRUDÊNCIA PENAL BRASILEIRA

Os principais debates envolvendo a vida e consentimento e a participação em morte alheia consentida ainda aparecem de forma bastante tímida na jurisprudência penal brasileira, o que, de algum modo, acaba por comprometer a ideia de segurança jurídica, um dos valores do Estado Democrático de Direito, além de revelar prejuízo à correta compreensão e aplicação princípio da legalidade penal nesta matéria. Em outras palavras, não estando suficientemente claras as fronteiras do poder de punir, resta a todos os indivíduos um cenário de destacada incerteza[335].

Para se ter uma ideia, ao lançar o termo "eutanásia" nos mecanismos de pesquisa dos tribunais superiores e de alguns dos principais tribunais estaduais brasileiros[336], tem-se como resultado, em sua enorme maioria, julgados referentes à eutanásia canina, decorrente da moléstia leishmaniose[337].

---

[335] Sobre o papel da jurisprudência em matéria penal, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes.* São Paulo: Atlas, 2008.; MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *Princípio da legalidade penal:* proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

[336] Por razões metodológicas, a pesquisa realizada restringe-se ao Supremo Tribunal Federal (STF), ao Superior Tribunal de Justiça(STJ), ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

[337] Cf., p.ex., *STJ* (AgRg na SLS 1.289/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 06/10/2010, DJe 19/11/2010; AgRg na SLS 738/MS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, julgado em 20/02/2008, DJe 10/03/2008); *TJMG* (Apelação Cível 1.0702.11.044912-2/001, Rel. Des. Duarte de Paula. j. 09/10/2014; Agravo de Instrumento nº 1.0105.13.014455-0/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda. j. 19/11/2013); *TJSP* (Agravo de Instrumento nº 2089123-87.2014.8.26.0000. Relator. Des.

De igual forma, chama a atenção a pouquíssima frequência com que o crime de participação em suicídio (art.122 do Código Penal) aparece na jurisprudência dos tribunais brasileiros, sendo praticamente inexistentes os julgados inseridos no contexto médico, notadamente nos casos tão discutidos de enfermidade grave e incurável.

Destaque-se o caso em que uma mulher que foi denunciada por instigação ao suicídio do companheiro pelos seguintes fatos: no contexto de uma discussão, a mulher atingiu o homem com alguns golpes de bengala; em resposta, o homem disse que tudo acabaria quando ele morresse; a mulher retrucou, dizendo que "nem para morrer ele prestava"; em seguida, o homem se dirigiu ao quarto do casal, onde deitou-se na cama sobre uma faca, fato que lhe casou lesões graves. O Tribunal concedeu a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal, ao fundamento principal de que a simples ofensa numa discussão não caracteriza indução ao suicídio[338].

Outro caso interessante é o do homem que, ciente do intuito suicida de seu amigo, entregou-lhe uma garrafa contendo veneno, o qual foi ingerido, causando-lhe a morte. A acusação afirma apenas que o homem sabia que seu amigo estava triste e com o desejo de acabar com a própria vida por conta de desentendimentos familiares. O Tribunal confirmou a sentença de pronúncia, remetendo o acusado a julgamento pelo tribunal do júri local pelo crime de auxílio ao suicídio[339].

Nota-se que boa parte das discussões que chegam aos tribunais brasileiros gira em torno da tipicidade da *participação indireta em suicídio alheio*, por meio de condutas que causem profundos dissabores ou quadros depressivos na pretensa vítima[340]. O término de um noivado à véspera do casamento, frequentes discussões e agressões físicas, a prática de

---

Paulo Alcides. J. 16/04/2015; Apelação nº 0018277-30.2010.8.26.0482. Rel. Moreira Viegas. j. 13/02/2014);

[338] TJSP – HC n° 268.525-3/2. Rel.Des. Gomes de Amorim. j.19/11/1998.

[339] TJSP - Recurso em Sentido Estrito n° 334.436.3/1. Rel.Des. Renê Ricupero. j.24/08/2004.

[340] Admitindo a adequação típica da participação indireta em suicídio: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5 Art.121 a 136. p. 234.; NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2. p. 37.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. p. 85-86. Em sentido contrário, a partir de análise crítica jurisprudencial, cf. PASCHOAL, Janaína Conceição. Auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1, p. 46-55.

maus tratos, a demissão inesperada de um emprego, são alguns exemplos de situações que têm sido objeto de imputação do crime previsto no art.122 do Código Penal[341].

Rechaçando tal forma de extensão do poder punitivo estatal, há decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento ocorrido no já distante ano de 1995:

> SUICÍDIO - TIPICIDADE - ELEMENTO SUBJETIVO - O tipo do artigo 122 do Código Penal deve estar configurado em uma das três formas previstas na norma - o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio, exsurgindo daí o dolo específico. SUICÍDIO - MAUS TRATOS - LESÕES CORPORAIS. Em toda ciência, e o Direito o é, os vocábulos, as expressões e os institutos têm sentido próprio, cumprindo àqueles que deles se utilizam o apego à maior tecnicidade possível. Ao contrário do que preceituado no artigo 207, § 2º, do Código Penal Militar, o Diploma Penal Comum não contempla como tipo penal a provocação indireta ao suicídio, de resto cogitada no § 2º do artigo 123 do que seria o Código Penal de 1969, cuja vigência, fixada para 1º de agosto de 1970, jamais ocorreu.
> (STF - HC 72.049/MG. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 28/03/1995)

Acerca da recusa a tratamento médico vital, há um importante julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que determinou a extinção da ação penal por homicídio doloso comissivo por omissão[342] deflagrada em desfavor dos pais de uma menina de 13 anos que manifestaram, por motivos religiosos (testemunha de jeová), a recusa a procedimento de transfusão sanguínea. Restou, consignado, no acórdão, que os médicos tinham o dever de realizar o procedimento e salvar a vida da menor, mesmo contrariando a vontade dos genitores:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA.RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO.

---

[341] Cf., p.ex., TJMG - Apelação Criminal 1.0024.03.059048-3/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7. CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 18/05/2012, publicação da súmula em 25/05/2012; TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0000.00.164266-9/000, Relator(a): Des.(a) Roney Oliveira, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02/03/2000, publicação da súmula em 30/03/2000.

[342] Vide cap. 3.2.3, supra.

> ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes.No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional.
> 4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes.
>
> (STJ – HC nº 268.459/SP. Rel.Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. j.02.09.2014) (grifo nosso)

De acordo com o STJ, a conduta praticada pelos pais da menina – condução da filha ao hospital com posterior recusa à transfusão - é atípica pois se coloca como indiferente para o resultado morte, o qual se realizou em virtude apenas da omissão indevida dos médicos de cumprir com o seu dever profissional.

Observa-se que, juntamente com os pais da menina, foi também denunciado um médico amigo da família, pertencente à mesma religião, que fora chamado às pressas ao hospital e que, em tese, teria influenciado os pais na decisão de recusar o procedimento médico. No ano de 1998, chegou ao STJ um *habeas* corpus que objetiva trancar a ação

penal instaurada em desfavor do médico por homicídio doloso, o qual foi denegado principalmente em razão da impossibilidade de dilação probatória.

Merece destaque, contudo, nesta seara, trecho do voto do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro:

> O Direito Penal brasileiro volta-se para um quadro valorativo. **Nesse contexto, oferece particular importância a vida (bem jurídico). Daí, por ser indisponível (o homem não pode dispor da vida). A irrelevância penal do suicídio decorre de Política Criminal, a fim de a pessoa que tentou contra a própria vida ser estimulada a mudar de idéia, o que provocaria efeito contrário se instaurado inquerito policial, processo e, depois, condenação, cumprimento da pena)**.
>
> Em decorrência, **não configura constrangimento ilegal** (compelir, mediante violência, ou grave ameaça, a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa a que não está obrigada por lei) **médico, para salvar a vida do paciente, de perigo iminente, promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim**.
>
> O profissional da medicina (em qualquer especialidade) está submetido ao - Direito brasileiro. Tanto assim, as normas da deontologia médica devem ajustar-se a ele. **Daí, não obstante, ser adepto de Testemunha de Jeová, antes de tudo, deve cumprir a legislação vigente no país.** Comparativamente, seria o mesmo o Juiz de paz (agente do Estado), porque católico, recusar a celebração de casamento porque um dos nubentes é divorciado, o que é proibido pelo Direito Canônico. Hoje, tal pessoa pode, consoante as leis brasileiras, celebrar novo matrimônio".
>
> (STJ – RHC nº 7785/SP. Rel.Min.Fernando Gonçalves. 6ª Turma. j.05.09.1998) (voto do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro) (grifo nosso)[343]

Verifica-se, pela leitura do trecho selecionado, a afirmação da vida como bem indisponível em razão de sua importância, disso decorrendo que a irrelevância penal do suicídio se deve unicamente a razões de política criminal[344]. Declara-se, ainda, que constitui dever do médico atuar para salvar a vida do paciente, com a obrigatoriedade de adoção da prática cientificamente recomendada, mesmo que contrariamente à vontade do titular do bem jurídico.

De um modo geral, pode-se afirmar que, havendo um importante debate na doutrina[345] e no plano da legislação projetada[346], o mesmo não ocorre no campo

---

[343] Também relatado em: REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1. p. 185.
[344] Vide cap. 2.1.
[345] Vide cap. 2.
[346] Vide cap. 3.3.

jurisprudencial penal. Ao menos aparentemente, ninguém ousa questionar o caráter indisponível da vida, discute a diferenciação entre homicídio a pedido e participação em suicídio, ou mesmo se alguma forma de criminalização da eutanásia – mesmos nos tão aclamados casos de enfermidade grave e incurável - mostra-se ilegítima.

Diante desse cenário de escasso debate jurisprudencial, é possível imaginar que a maior parte dos casos de participação consentida em morte alheia permaneçam, por qualquer motivo, alheios ao sistema formal, integrando os chamados *números obscuros* ou a *cifra negra ou oculta da criminalidade*[347]. O fato de, em geral, não haver conflito de interesses em jogo e de as condutas, normalmente, se verificaram em locais protegidos pela intimidade (quarto de hospital ou residencial, p.ex.) pode ajudar a explicar essa situação[348].

Entretanto, como já destacado[349], a matéria tem ganhado crescente destaque nas seções e câmaras cíveis dos tribunais, sobretudo em razão da atuação de departamentos jurídicos de hospitais – muitas vezes via Ministério Público -, que buscam no Judiciário alguma segurança jurídica para determinadas situações específicas, sendo a recusa a transfusão sanguínea por testemunha de jeová a mais frequente delas.

5.2 EUTANÁSIA NA JURISPRUDÊNCIA PENAL ESTRANGEIRA

A jurisprudência penal estrangeira revela-se com uma constelação de casos maior e mais rica, sendo, geralmente, referida pelos diversos autores que estudam o tema.

Seguem, abaixo, alguns exemplos, separados e nomeados aleatoriamente, com o objetivo único de traçar alguns apontamentos sobre o tratamento oferecido pelos tribunais.

---

[347] Sobre este conceito, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 43 et seq.

[348] Nesse sentido, Gisele Mendes de Carvalho admite que a eutanásia passiva muitas vezes ocorre de forma clandestina nos hospitais (CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224) e Ronald Dworkin salienta que "os médicos começaram a admitir abertamente algo que a profissão constumava a manter em segredo: que os médicos às vezes matam os pacientes que pedem para morrer, ou os ajudam a acabar com própria vida" (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 1)

[349] Vide cap. 2.3.

- CASO WITTIG[350]

Uma senhora de 76 anos, gravemente doente e cansada de viver desde a morte de seu marido, decidiu matar-se através de uma overdose de medicamentos. Ela deixou um bilhete com os seguintes dizeres: “No pleno uso de minhas faculdades, peço a meu médico que não me interne em um hospital, em um lar de tratamento ou em uma unidade intensiva, assim como não quero que sejam utilizados medicamentos capazes de prolongar minha vida. Desejo morrer uma morte digna”. Em suas mãos, foi encontrado um papel com o seguinte texto: “Ao meu médico: por favor, sem hospital! Acabemos!” O médico encontrou a senhora já inconsciente, mas ainda vida. Ele se omitiu em interná-la num hospital, esperando a seu lado até que a morte ocorresse. Mesmo afirmando o dever de intervenção do médico frente ao desejo de morte do suicida, sob pena da prática do crime de homicídio a pedido comissivo por omissão, o Tribunal Federal alemão acabou absolvendo o médico, mas somente porque concluiu que, se fosse salva, a paciente ficaria grave e irreversivelmente lesada, o que torna sustentável a decisão de consciência do médico de evitar a internação em uma unidade de terapia intensiva.

- CASO SCOPHEDAL[351]

Na Alemanha, um homem, idoso e doente, após a morte de sua esposa, tomou, de modo plenamente responsável, a decisão de colocar fim à sua própria vida através de uma injeção letal. Temendo não ter forças para cumprir a tarefa, pois encontrava-se prostrado na cama, pediu a seu sobrinho que o ajudasse, caso fosse necessário. Efetuada a autoaplicação, o homem adormeceu imediatamente. O sobrinho, temendo que a tentativa de suicídio falhasse, aplicou no tio nova injeção. Não foi possível determinar se a intervenção do sobrinho foi relevante para o resultado morte, mas foi possível precisar que o médico teria vivido ao menos uma hora a mais sem a dose extra da substância letal. O

---

[350] Relatado em: ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 203.; ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, p. 13-32, 2013. p. 19.

[351] Relatado em: ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 223-224,226.; ROXIN, Claus. La eutanasia en el conflictivo ámbito de la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y el homicidio a petición: a propósito de las sentencias BGH, NStZ 1987, 365 y LG Ravensburg NStZ 1987, 229. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 39-66.

Tribunal Federal alemão condenou o sobrinho pelo crime de homicídio a pedido (§ 216 do CP alemão), em razão da diminuição do tempo de vida.

- CASO HACKEDAL[352]

Um médico, na Alemanha, foi denunciado pelo crime de homicídio a pedido (§ 216 do CP alemão) por ter entregue veneno a uma mulher em estado gravíssimo de saúde, decorrente da existência de um câncer facial que já lhe havia atingido o cérebro. Após a saída do médico, a paciente ingeriu o veneno e teve uma morte suave e sem agonia. A denúncia acabou sendo indeferida pelo tribunal de Munique.

- CASO RAVENSBURG[353]

Um marido cuidava de sua esposa que padecia de paralisia progressiva. Em determinado momento, ela foi levada a um hospital, onde foi ligada a um respirador artificial. Com o uso de uma máquina de escrever especial, ela declarou: "Eu quero morrer, porque minha condição não é mais suportável. Quanto mais rápido, melhor. É isso o que eu desejo, de todo o coração". O marido, então, desligou o aparelho num momento em que não era observado e cuidou da esposa até que ela morresse, uma hora depois. O tribunal de Ravensburg entendeu o fato como eutanásia passiva e absolveu o marido.

-CASO ADVOGADO[354]

Em razão de uma hemorragia cerebral, uma mulher entrou em estado irreversível de coma profundo, tendo que ser alimentada artificialmente para se manter viva. Ocorre que, pouco tempo antes da manifestação da doença, havia manifestado à sua filha que, em caso

---

[352] Relatado em: ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220.

[353] Relatado em: ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206-207.; ROXIN, Claus. La eutanasia en el conflictivo ámbito de la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y el homicidio a petición: a propósito de las sentencias BGH, NStZ 1987, 365 y LG Ravensburg NStZ 1987, 229. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 39-66.; JAKOBS, Günther. La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el par. 216 StGB - homicidio a petición de la víctima. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas / UAM, 1997. p. 413-422. p. 418.

[354] Relatado em: ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, p. 13-32, 2013. p. 18.

de perda de consciência, não desejava que lhe fossem aplicadas medidas artificiais de prolongamento da vida. Depois de haver tentado, sem sucesso, convencer a direção do hospital a retirar a alimentação forçada, a filha, como representante legal da mãe, recebeu o conselho de seu advogado de "cortar o tubo da sonda à altura de sua entrado no estômago". A filha seguiu o conselho e, como consequência, a mãe morreu pouco tempo depois. O tribunal condenou o advogado por tentativa de homicídio e absolveu a mulher por erro de proibição invencível, conspirando que agiu aconselhada por um advogado. O Tribunal Federal alemão considerou ambas as condutas acordes ao Direito e determinou a absolvição também do advogado.

- CASO MUNIQUE[355]

Uma mulher, diagnosticada com o mal de Alzheimer, decidiu colocar fim à sua própria vida. Ela comunicou o seu plano a seus médicos, filiou-se a uma associação de ajuda ao suicídio responsável, compartilhou a decisão com seus os filhos e marcou o dia de sua morte para 28 de fevereiro de 2009. Na noite do dia escolhido, reuniu-se com seus filhos em casa e, após o jantar, ingeriu enorme quantidade de determinados medicamentos e retirou-se em seu quarto. Após despedir-se dos filhos, adormeceu imediatamente. Os filhos aguardaram no quarto ao lado e, quando perceberam que a respiração de mãe começara a ficar irregular e dificultosa, sentaram-se ao redor de sua cama e seguraram a sua mão até a morte, ocorrida à 00:40h. O Ministério Público de Munique determinou o arquivamento da investigação contra os filhos por homicídio ou homicídio a pedido por omissão, ao fundamento de que "o decisivo é a vontade expressa ou tácita do suicida, não podendo fundar-se uma reprovação penal sobre um familiar que tenha baseado sua atuação no respeito à séria decisão de morrer, e que, em virtude disso, não tenha solicitado socorro ou tentado salvar a vida assim que o suicida perdeu a consciência".

---

[355] Relatado em: ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, p. 13-32, 2013. p. 20.

- CASO PARTO EM DOMICÍLIO[356]

Uma mulher, apresentando um quadro de complicações após o parto de seu quarto filho realizado em seu domicílio, recusou-se a ser transportada a um hospital por razões religiosas. Mesmo advertida sobre o claro perigo de morte pelo médico presente, ela se negou repetidamente a ser internada, manifestando que, segundo a sua fé (compartilhada por seu marido), a oração seria suficiente para salvá-la. A mulher morreu poucas horas depois. O marido acabou sendo condenado por omissão do dever de socorro por não ter tentado convencer sua esposa a ser transportada a um hospital. O Tribunal Constitucional alemão derrubou a sentença com base nos direitos à liberdade religiosa e ao livre desenvolvimento da personalidade.

- CASO DUPLO SUICÍDIO FRUSTRADO[357]

Um casal de amantes, ao ver descoberta a relação pelo marido da mulher, decidiu suicidar-se. O homem disparou um tiro na cabeça da mulher e, logo em seguida, em si mesmo. O resultado foi apenas de lesão grave em ambos, tendo sido o homem condenado, pelo Tribunal Supremo espanhol, por uma tentativa de auxílio executivo ao suicídio.

- CASO EVARISTO E SARA[358]

Evaristo e Sara, cunhados, decidiram pôr fim às suas vidas ante ao temor de que sua relação amorosa seja descoberta por seus familiares. Após passarem a noite nas proximidades de um cemitério, tratando da forma como atingiriam seu propósito, se dirigiram a um penhasco e, cada um segurando a extremidade de um lenço, jogaram-se ao precipício. A mulher morreu imediatamente e o homem sobreviveu apenas com pequenos ferimentos. O Tribunal Supremo espanhol absolveu o sobrevivente, ao argumento de que não teve nenhuma participação no suicídio alheio.

---

[356] Relatado em: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 318-321; COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana:* teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62.

[357] Relatado em: MUÑOZ CONDE, Francisco. Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato y inducción y ayuda al suicidio. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 2, p. 301-317, maio/ago. 1987. p. 305.

[358] Relatado em: MUÑOZ CONDE, Francisco. Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato y inducción y ayuda al suicidio. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 2, p. 301-317, maio/ago. 1987. p. 305.

- CASO TESTEMUNHA DE JEOVÁ[359]

Um homem, testemunha de jeová, desconectou o cateter que mantinha viva a sua mulher, adepta da mesma religião e com o seu consentimento, e que acabara de ser submetida a uma transfusão de sangue. O Tribunal Supremo espanhol condenou o homem pelo delito de homicídio doloso (com dolo eventual), afirmando ser o consentimento absolutamente ineficaz quando se afeta a vida, já que este direito é o centro e o princípio de todos os demais direitos e, por isso, deve prevalecer em caso de conflito com qualquer outro direito.

- CASO RAMÓN SAMPEDRO[360]

Na Espanha, Ramón Sampedro, portador de tetraplegia pós-traumática com secção medular que impunha-lhe uma imobilidade total de todo o corpo, exceto a cabeça, depois de três décadas de batalha judicial na tentativa de reconhecimento de seu direito a morrer dignamente, conseguiu, finalmente, pôr fim à sua vida, ingerindo, através de um canudo, cianuro do potássio, extraído de um recipiente que fora colocado à sua frente. Ramano Maneiro, amiga íntima de Ramón e sua cuidadora, foi detida sob acusação de cooperação necessária ao suicídio. Poucos dias antes de sua morte, Ramón havia redigido um documento, dirigido a juízes e autoridades políticas e religiosas, em que relatava a sua situação penosa e anunciava a sua decisão de terminar com a sua vida, considerando esta como um direito e não como uma obrigação, ante a uma situação que classificava como uma humilhante escravidão.

- CASO CLORETO DE POTÁSSIO[361]

Na Inglaterra, um médico injetou cloreto de potássio em uma paciente com artrite reumatoide que agonizava em meia a dores horríveis e implorara que a matassem. O ato foi registrado, pelo próprio médico, no prontuário do paciente, documento que fora descoberto por uma enfermeira católica, que o denunciou às autoridades. O médico acabou sendo

---

[359] Relatado em: NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad. Madrid: Tecnos, 1999. p. 299-300.

[360] Relatado em: NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad. Madrid: Tecnos, 1999. p. 35-37.

[361] Relatado em: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 2, 260-261.

condenado por tentativa de homicídio, apenas porque não foi possível – diante da cremação do corpo – demonstrar que a injeção foi, de fato, a causadora da morte.

- CASO TIMOTHY QUILL[362]

Nos Estados Unidos, o médico Timothy Quill receitou pílulas letais a uma paciente com leucemia, dizendo-lhe quantas deveria tomar para atingir seu objetivo de morrer. Quando se sentiu preparada, a paciente tomou os comprimidos e morreu em seu sofá. Um promotor público do estado de Nova York solicitou a formação de um grande júri para decidir se o Dr. Quill deveria ou não ser processado pelo crime de suicídio assistido. O grande júri decidiu que a acusação não deveria prosseguir.

[362] Relatado em: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 2; 261-262.

6 FUNDAMENTOS PARA A AFIRMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À LIVRE DIPOSIÇÃO DA PRÓPRIA VIDA NO BRASIL

Completada a primeira parte do trabalho, com a exposição dos principais argumentos que permeiam o debate[363] e com o estudo da forma como tais argumentos foram incorporados pelas legislações penais brasileira e estrangeira[364], com verificação, ainda, de alguns apontamentos jurisprudenciais em matéria penal[365], é chegado o momento de, nesta segunda parte, analisar criticamente e formular um posicionamento acerca da existência ou inexistência direito à disponibilidade da própria vida a partir do atual sistema jurídico brasileiro, destacando, em seguida, a repercussão no Direito Penal vigente.

Por se tratar, em última análise, de uma discussão ínsita aos contornos e limites de atuação do poder punitivo estatal, acredita-se que se deve partir, necessariamente, do modelo de Estado proposto pela Constituição de 1988.

6.1 ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO E LIMITES AO PODER PUNITIVO PENAL

Pode-se dizer que um dos temas mais tormentosos do Direito Penal dos últimos tempos diz respeito aos limites do poder punitivo estatal. Afinal, estaria o legislador absolutamente livre para criminalizar aquilo que bem entender e da forma como quiser? Em caso negativo, qual seria exatamente o referencial de limitação desse poder e quais seriam concretamente os seus critérios?

É claro que as respostas a estas perguntas encerram grande complexidade e constituem objeto de inúmeros debates e trabalhos científicos ao redor do mundo, tendo originado dezenas de milhares de páginas escritas pelos mais importantes penalistas, em um cenário em que o estabelecimento de consensos parece quase impossível[366].

---

[363] Vide cap. 2, supra.
[364] Vide cap. 3 e 4, supra.
[365] Vide cap. 5, supra.
[366] Cf., por todos, GRECO, Luís.TÓRTIMA Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2011.

Assim, não há dúvidas de que um estudo aprofundado sobre a matéria demandaria uma tese própria e específica, fugindo aos objetivos aqui propostos. Nos limites do presente trabalho, mostra-se suficiente e recomendável apenas a fixação de algumas premissas fundamentais ao desenvolvimento da tese.

Com essas considerações e ressalvas, parte-se, desde já, para a afirmação de que a questão acerca dos limites ao poder punitivo está intrinsecamente relacionada ao modelo de Estado vigente e à própria concepção do Direito Penal no âmbito de tal modelo[367].

Trazendo a questão para o contexto brasileiro, entende-se que a Constituição Federal de 1988, na linha dos principais países democráticos ocidentais, inaugurou um novo modelo de Estado, qual seja, um modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, Constitucional quanto ao sistema de vinculação jurídico-normativa, e Democrático quanto ao conteúdo normativo, quanto aos valores consagrados.

O modelo de Estado Constitucional impõe-se, na realidade, como superação ao modelo de Estado Legal, em que o legislador, frente a Constituições destituídas de força normativa, colocava-se como figura praticamente onipotente, sendo que o centro do poder encontrava-se nos Códigos, principalmente no Código Civil e no Código Penal.

No Estado Constitucional, a Constituição assume a posição central no sistema jurídico, adquirindo força normativa com aplicabilidade direta e imediata e servindo de fundamento para todos os ramos do Direito. Neste modelo, desenha-se uma complexa estrutura normativa na qual a validade das normas reside na sua correspondência não somente formal como também material com normas de categoria superior, que não só regulam as formas senão que estabelecem também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo, em uma clara dissociação entre vigência e validade[368].

---

[367] "De facto, é natural que as soluções penais tenham de estar necessariamente condicionadas por uma mudança no tipo de Estado. É evidente que o Direito Penal de um Estado totalitário não poderá ser o mesmo de um Estado democrático; enquanto naquele se tenderão a impor padrões de comportamento mesmo a nível ideológico e moral, neste, a palavra de ordem será o máximo pluralismo e tolerância compatíveis com a preservação das condições essenciais de sobrevivência social (e de desenvolvimento digno da pessoa humana)" CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 131.

[368] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 18.; FELDENS, Luciano. *A Constituição penal:* a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33-34.

A Constituição, de fato, passa a presidir o sistema e incorpora uma seleção de valores fundamentais – normatizados, sobretudo, por meio de princípios - que se impõem ao legislador e ao poder público em geral como critérios materiais de legitimidade[369].

Assim, nas palavras de Manuel Garcia-Pelayo[370], enquanto o anterior Estado Legal de Direito identifica o Direito com a lei ou com as normas ditadas em função de uma lei, o Estado Constitucional de Direito eleva a Constituição desde o plano programático ao mundo das normas jurídicas vinculatórias e, por conseguinte, não somente acolhe o princípio da legalidade como o complementa com o princípio da supremacia da Constituição sobre a lei e, portanto, sobre todo o ordenamento jurídico. Tudo deriva da Constituição e tudo há de legitimar-se por sua concordância direta ou indireta com a Constituição, completa o autor.

Luís Roberto Barroso descreve com precisão o cenário jurídico brasileiro pós-Constituição de 1988, revelando o fenômeno conhecido como a constitucionalização do Direito:

> No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. [...] A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o interprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazer incidi-la; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. [371].

Ademais, não se pode olvidar do papel exercido pelos tratados internacionais do quais o Brasil é signatário, dentre os quais merecem destaque, acerca da matéria aqui

---

[369] PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 49. Ferrajoli chega a definir tal modelo como "*sistema de limites e de vínculos impostos para a garantia dos direitos fundamentais de todos*" (FERRAJOLI, Luigi. O Estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 67, v. 17, p. 39-56, 1996. p. 40).

[370] GARCÍA-PELAYO, Manuel. Estado legal e Estado constitucional de derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, n. 82, p. 32-45. p. 40-41.

[371] BARROSO, Luís Roberto. A Constituição brasileira de 1988: uma introdução. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 9-41.

tratada, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP), ambos internalizados no ordenamento jurídico nacional no ano de 1992[372].

Embora muitos autores defendam com veemência o *status* constitucional dos referidos tratados[373], inseridos em um denominado *bloco de constitucionalidade*, o Supremo Tribunal Federal, majoritariamente, vem conferindo-lhes apenas *status* supralegal[374]. Seja como for, tem-se como consequência que qualquer lei ordinária ou ato normativo inferior, anterior ou posterior ao tratado, que com ele colidir, não terá validade jurídica, abrindo-se a possibilidade para o que vem sendo denominado de *controle interno de convencionalidade*[375].

A este propósito, manifesta-se Nereu José Giacomolli:

> Ademais do filtro constitucional das leis ordinárias, a incorporação dos diplomas internacionais protetivos dos direitos humanos, independentemente de seu patamar [...], também exige a filtragem convencional de toda produção e aplicação legislativa interna (controle de convencionalidade). Além das providências legislativas, a CADH, em seu art.2º, preconiza o dever de o Estado-parte adotar outras medidas para tornar efetivos os direitos e as liberdades, daí inferindo-se o suporte jurídico ao controle interno da convencionalidade[376].

Nesse cenário, fácil é concluir que todo o exercício de poder do Estado – incluindo, logicamente, o poder punitivo - deve encontrar-se em conformidade com os contornos

---

[372] Respectivamente, pelos Decretos nº 678/92 e 592/92.

[373] Cf., p.ex., CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: EUB, 1998. p. 186; PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. *In*: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O sistema interamericano dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *.A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 90. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica.). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 42, abr. 1994. p. 82-83.

[374] Cf. STF, Pleno, RE nº 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006. STF. Pleno.RE nº 349.703/RS, rel. Min. Carlos Britto.j. 03.12.2008. STF, 2ª Turma, HC nº 90.172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007. STF , Pleno, HC nº 87.585/TO. Rel.Min.Marco Aurélio. j. 03.12.2008.

[375] Exemplo de efetivação do controle de convencionalidade em matéria penal é a decisão do STJ (REsp nº 1640084 / SP. Rel.Min.Ribeiro Dantas. 5ª Turma. j.15.12.2016) que declarou que o crime de desacato (art.331 do Código Penal) contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos.

[376] GIACOMOLII, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

estabelecidos pela Constituição e pelos tratados internacionais, sob pena de carência de legitimidade.

Chega-se, portanto, a uma primeira resposta: no atual modelo de Estado brasileiro, o legislador não é absolutamente livre para criminalizar aquilo que bem entender e da forma como quiser, devendo, ao contrário, pautar-se pelo conteúdo da Constituição Federal e dos tratados internacionais, expresso meio de seus princípios e regras. Uma norma legal incompatível com a Constituição ou com o tratado com *status* constitucional ou supralegal carece de validade. Em poucas palavras, o legislador não pode tudo, devendo haver limites ao poder estatal de punir[377].

Solucionada a primeira questão, resta saber qual o conteúdo essencial dessa Constituição e de que forma exatamente ela conforma o poder punitivo do Estado, o que passa, necessariamente, pela compreensão do modelo de Estado Democrático de Direito.

Buscando superar as deficiências de modelos anteriores, o Estado Democrático, consagrado expressamente pela Constituição de 1988 (art.1º, *caput*[378]), coloca-se, fundamentalmente, como Estado pluralista, tolerante, laico, multicultural, garantidor das liberdades e das diferenças de todo tipo, baseado na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade[379], extremamente aberto à participação política popular, e também voltado para novas questões de destaque, como o meio ambiente. [380]

A este propósito, as lições de José Afonso da Silva:

---

[377] ROXIN, Claus. *El legislador no lo puede todo*. *Iter Criminis*: Revista de Ciencias Penales, México, n. 12, p. 321-347, out./mar. 2004/2005.; ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[378] " Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (..)"

[379] Também destacando a relação do Estado Democrático de Direito com uma concepção plural de sociedade e com a promoção de valores como a dignidade, a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade de forma material, cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 68-69. De forma semelhante, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 201. p. 33 et seq.

[380] Sobre essas novas questões, vale transcrever passagem de Elías Díaz: "Asumiendo, claro está, los derechos civiles y políticos (incorporados en el Estado liberal), así como los derechos socioeconómicos y culturales (objetivo prevalente, junto a aquellos, del Estado social) ahora son novos derechos – terceira genecíon – los que reclaman de un modo u de outro su presencia: derechos de las minorias étnicas, los derivados de las diferencias sexuales, linguísticas, de la marginacíon por diferentes causas, derechos de los inmigrantes, ancianos, niños, mujeres, derechos em relacíon com el médio ambiente, las generaciones futuras, la paz, el desarrollo económico de los pueblos, la demografia, las manipulaciones genéticas, las nuevos tecnologías, etc. en todo menos que arbitraria, cerrada y exhaustiva." (DÍAZ, Eliás. Estado de derecho y sociedad democrática. In: DE GIORGI, Raffaele (Org.). *Il diritto e la differenza.* Lecce: Pensa Multimedia, 2002. p. 72).

> A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (at.1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas, etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício381.

Neste modelo, verifica-se uma densificação dos direitos fundamentais[382], os quais, expressos principalmente por meio de princípios, assumem uma posição central em todo o sistema jurídico, fortalecendo-se, por decorrência, os mecanismos de controle de constitucionalidade de normas e atos de poder. A existência de conflitos entre direitos fundamentais, aliás, afigura-se como essência do próprio sistema[383], decorrência do próprio pluralismo democrático.

Fundamental destacar que, neste modelo de Estado, os direitos fundamentais devem ser assegurados ainda que contra as expectativas e pretensões da maioria dos membros da sociedade, o que acaba por revelar um verdadeiro caráter contramajoritário dos direitos fundamentais[384]. O Estado Democrático de Direito é – em essência – o *locus*

---

[381] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Pos*itivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 119-120.

[382] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2008. p. 44.

[383] FERRAJOLI, Luigi. *Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho.* Buenos Aires: Nueva Doctrina Penal, 1998. p. 70**.**

[384] "São precisamente as posições minoritárias, as posições de um indivíduo isolado ou acompanhado de outros que como ele se sentem discriminados, que estão sujeitos à pressão, muitas das vezes avassaladora e tendencialmente abusiva, por parte da maioria, que têm necessidade de se socorrer da protecção e das garantias do Estado de Direito. Essa ajuda é tão mais necessária quanto mais a posição que sustentam é impopular ou gera sentimentos de rejeição mais fortes. Pois é aí que se revela a natureza e a força do Estado de Direito e das suas instituições: o Estado de Direito, os direitos fundamentais, vêm em auxílio da posição mais débil, mais impopular ou mais ameaçada, não para a fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao indivíduo ou à minoria isolada o mesmo direito que têm todos a escolher livre e autonomamente os seus planos de vida, a expor e divulgar as suas posições junto dos concidadãos, a ter as mesmas possibilidades e oportunidades que quaisquer outros para apresentar e defender as suas concepções, opiniões ou projectos, isto é, a competir com armas iguais no livre mercado das ideias". (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 35.) No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem, cada vez com mais intensidade, afirmando o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais. Como exemplo, tem-se o RE 477.554 AgR/MG (Rel.Min.Celso de Mello.j.16/08/2011), que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, destacando princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, da intimidade e do pluralismo.

da contestação, da controvérsia, da tolerância com as ações, pensamentos e com os demais tipos de manifestação dos grupos minoritários e de cada pessoa individualmente considerada. Nesse modelo, abre-se o espaço para o livre jogo das alternativas, possibilitando que qualquer concepção, ideia ou tendência minoritária se torne majoritária algum dia. Por essa razão, são estabelecidos limites a todo e qualquer poder, inclusive ao da maioria[385].

Sobre o papel da tolerância como sustentáculo da democracia e do Estado de Direito, deve-se ter em consideração a *Declaração de Princípios sobre a Tolerância da UNESCO/ONU de 1995*:

> Art.1º - Significado de tolerância.
> 1.1 – A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. [...]
> 1.2 – [...] A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais. A tolerância deve ser praticada pelos indivíduos, pelos grupos e pelo Estado.
> 1.3 – A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito. Implica a rejeição do dogmatismo e do absolutismo e fortalece as normas enunciadas nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos.
> 1.4 – [...]. A prática da tolerância significa que toda pessoa tem a livre escolha de suas convicções e aceita que o outro desfrute da mesma liberdade. Significa aceitar o fato de que os seres humanos, que se caracterizam naturalmente pela diversidade de seu aspecto físico, de sua situação, de seu modo de expressar-se, de seus comportamentos e de seus valores, têm o direito de viver em paz e de ser tais como são. Significa também que ninguém deve impor suas opiniões a outrem.
> (grifo nosso)

Importante salientar, ainda, que existe, por evidência, uma relação íntima entre a concepção democrática do Estado de Direito e o modelo de Estado Constitucional. Nessa linha, pode-se dizer que é o próprio Estado Constitucional que permite a realização e o aperfeiçoamento do Estado Democrático, ao estabelecer limites ao poder da maioria e, ao

---

[385] Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 793; FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 25-41.

mesmo tempo, ao garantir que as proibições e obrigações expressas no texto constitucional sejam elevadas à condição de direito de todos. Além disso, no modelo de Estado Constitucional, como visto, as normas constitucionais acabam por influenciar também as relações políticas e sociais, impactando os debates e as relações também nos poderes Executivo e Legislativo, proporcionando a implementação e a irradiação dos valores do Estado Democrático de Direito[386].

Especialmente no que tange ao poder punitivo penal, a Constituição desenha um regime de aparente contradição[387], ao passo que, ao mesmo tempo em que traz uma extensa carta de direitos fundamentais limitadores do poder estatal, também estabelece uma série de mandados de criminalização[388], ordenando ao legislador, em uma primeira análise, uma atuação de forma a garantir uma rigorosa repressão penal a determinadas condutas[389].

Não há como negar, inclusive, que a entrada em vigor da Constituição impulsionou um movimento de inflação da legislação penal especial, com a criação de inúmeros crimes relacionados a valores supraindividuais consagrados no texto de 1988,

---

[386] Luigi Ferrajoli salienta que não mais o direito se subordina à política, mas sim a política deve subordina-se ao direito, ou seja, aos vínculos positivos e negativos impostos pela Constituição. (Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 32.; FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 19.; FERRAJOLI, Luigi. *Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho*. Buenos Aires: Nueva Doctrina *Penal, 1998*. p. 68-71).

[387] Discorrendo sobre esse cenário, cf. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos***.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73-74. Ressaltando essa "dupla faceta" a partir da Constituição portuguesa e debatendo as suas razões, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. 273-288. Cf., ainda, LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* 2. ed. Sérgio Antôno Fabris: Porto Alegre, 2003. p.11 et seq.

[388] Pode-se citar como exemplos: art.5º, incisos XLII, XLIII, XLIV, art.7º, X, e art.225, § 3º.

[389] Existe um debate acerca dos mandados constitucionais expressos de criminalização, havendo quem defenda a obrigatoriedade de obediência ao comando da Constituição pelo legislador (cf., p. ex, FELDENS, Luciano. *A Constituição penal:* a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36 et seq.; PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 103-115.) e quem, ao contrário, argumente que o legislador é livre para avaliar a efetiva necessidade de enquadramento penal mesmo em caso de uma determinação expressa da Constituição. (cf., p. ex., PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 114.; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida:* os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.p. 151.; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 41-56.; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolhas de bens jurídicos. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, abr./jun. 1994. p. 171-190.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime:* uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 309-316. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003). Na jurisprudência, cf. STF – HC nº 104.410/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. j.06/03/2012 e RE 583.523/RS Rel. Min. Gilmar Mendes.j.03/10/2013.

como a ordem econômica, o sistema financeiro nacional, o meio ambiente, e as relações de consumo[390], cogitando-se até mesmo da existência de mandados de criminalização implícitos.

O que é preciso ter bem claro, no âmbito deste trabalho, é que o sistema normativo constitucional, nesse atual modelo de Estado brasileiro, tem, como visto, o condão de vincular – formal e materialmente – o legislador, o juiz penal e todos os agentes públicos pelos quais o Estado exerce o seu poder punitivo. Nesse modelo, como acentua Luigi Ferrajoli, o próprio princípio da legalidade deve ser reformulado, passando de *nulla crimen sine lege* para *nulla crimen sine lege constitucionalmente válida*[391].

Deve, pois, a Constituição atuar, ao mesmo tempo, como limite negativo, impossibilitando a criminalização e a atuação do poder punitivo contrárias às normas constitucionais, e como limite positivo, determinando que toda criminalização, necessariamente, represente uma ofensa a valor constitucionalmente relevante[392].

Restam estabelecidos, assim, os limites ao poder do legislador penal, os quais, em última análise, representam também a verdadeira barreira instransponível da política criminal. O simples desejo de criminalizar determinada conduta, ainda que respaldado pela moral dominante ou pela vontade popular majoritária, não torna a incriminação legítima. Deve a atuação do poder punitivo encontrar-se, obrigatoriamente, em consonância com o texto constitucional[393].

Nesse sentido, Miguel Reale Júnior[394], referindo-se à *ancoragem constitucional*, ressalta que defluem do texto constitucional princípios fundamentais do Direito Penal,

---

[390] Muitos autores atribuem esse fenômeno à manifestação da faceta social do Estado de Direito. Nesse sentido, p. ex. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* 2. ed. Sérgio Antôno Fabris: Porto Alegre.2003. p. 57 et seq.

[391] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 808; FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 18; FERRAJOLI, Luigi. *Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho.* Buenos Aires: Nueva Doctrina Penal, 1998. p. 69.

[392] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 47. Sobre o tema, cf., colocando a Constituição apenas como limite negativo ao legislador, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolhas de bens jurídicos. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, abr./jun. 1994. p. 164-170. Cf., ainda, HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: ESTUDIOS sobre justicia penal**:** homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 63-74.

[393] Para um aprofundamento deste ponto, com a afirmação da Constituição como limite e não como fundamento ao Direito Penal, cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[394] REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 26-27.

destacando que o Direito Penal está limitado negativamente pela Constituição, devendo ater-se a estes princípios, não violando valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se.

Juarez Tavares[395], em análise crítica, destaca que o poder punitivo se exerce de qualquer modo, como constatação do próprio exercício da atividade estatal, como poder exclusivamente vinculado à lógica burocrática, a qual não tem compromisso com a defesa dos direitos humanos, senão com os desígnios dos órgãos encarregados de sua execução, o que gera a necessidade da formulação de princípios limitadores ao exercício do poder de punir, os quais vinculam o legislador como exigência de um Estado Democrático.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes[396] também entende a Constituição como um limite ao arbítrio legislativo, sendo que os valores constitucionais representam não apena limites, mas também o fundamento obrigatório da repressão penal. Segundo a autora, para que se possa identificar os bens jurídicos aptos a serem tutelados pelo Direito Penal, faz-se necessário considerar o protagonismo exercido pelas pesssoas no Estado Democrático de Direito, que não podem servir de mero instrumento para qualquer outra finalidade, o que implica concluir que a importante limitação à liberdade individual caracterizada pela ameaça de pena somente pode justificar-se na medida em que o próprio desenvolvimento humano esteja efetivamente ameaçado[397].

Claus Roxin, um dos principais defensores da Constituição como limite ao legislador penal, dentro de sua concepção de Direito Penal como protetor de bem jurídicos com amparo constitucional, assim se manifesta em dois de seus trabalhos:

> La cuestíon de las cualidades materiales que debe reunir uma conducta para ser sometida a pena estatal simpre será un problema fundamental, no sólo para el legislador, sino también para la ciência jurídico-penal. Hay muchas razones para entender que el legislador actual, aunque goza de legimidad democrática, no pude incriminar algo sólo por que no le guste. Conductas tales como la de criticar duramente al gobierno, profesar conviciones extrañas o comportarse en privado de forma divergente a lo prescrito por la normas socieales no serán del agrado de aquella autoridad que aprecie uma ciudadania obediente, conforme u fácil de dirigir. La historia, incluyendo el presente, muestra numerosos ejemplos de sistemas de justicia criminal que pretenden reprimir tales conductas. Sin embargo,

---

[395] TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 0, Esp. lançamento, p. 75-87, dez. 1992. p. 76-77.

[396] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo: RT, 2003. p. 97-98.

[397] Ibid., p. 37.

> conforme al estándar alcanzado por nuestra civilizacíon occidental (marco al que se circunscriben mis consideraciones) la penalizacíon de una conducta tiene que posser uma legitimacíon distinta de la que le otorga la mera voluntad del legislador.[398]
>
> [...] Não podemos opor limites ao legislador com a mera alegação de que esses limites decorrem de nossa própria concepção político-criminal. A única instância que está acima do legislador é a Constituição. O limite à intervenção do legislador tem de poder reconduzir-se a ela, se ele quiser ser mais do que mera expressão de uma opinião pessoal.[399.]

Pode-se, certamente, argumentar ser este apenas o início do problema, pelo que o cerne da questão estaria justamente no estabelecimento de critérios mais precisos de limitação, os quais dificilmente seriam oferecidos por uma Constituição tão extensa e abrangente como a brasileira.

Independentemente dessa discussão e, também, dos intensos e profundos debates acerca da capacidade de rendimento de uma teoria do bem jurídico fundada na Constituição, que serviria de critério de limitação do poder de punir ou como instrumento de crítica legislativa[400], há de se chegar a uma conclusão inescapável*: condutas que representem mero exercício, concretização ou expressão de direitos fundamentais não podem ser legitimamente criminalizadas*[401].

No Brasil, tem-se como exemplo prático de aplicação dessa premissa a análise pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF nº 187, acerca da denominada "marcha da maconha", julgada procedente para dar ao art.287 do Código Penal[402] interpretação

---

[398] ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: ROLAND, Hefendehl (Coord.). *La Teoría del bien jurídico:*¿ fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 443-444.

[399] ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179-210. p. 184.

[400] Cf., por todos, ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179-210.; ROXIN, Claus. *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Granada, n. 15, p. 1, 2013.; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011.

[401] Em sentido similar, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini afirmam que "*o poder discricionário do legislador ordinário na escolha de bens a tutelar com a pena encontra um limite instransponível: não podem ser reprimidos comportamentos que sejam a expressão de princípios ou de direitos de liberdades garantidos pela Constituição*." (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolhas de bens jurídicos. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, abr./jun. 1994. p. 164). No mesmo sentido, o pensamento de José Manuel Valle Muniz (vide cap. 2.2.5, supra).

[402] Apologia de crime ou criminoso. Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

conforme à Constituição, "*de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos*", por representar mero exercício dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade de reunião[403].

De forma semelhante, tem-se o julgamento da ADPF nº 54, que consignou ser inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal[404].

Há, ainda, o Recurso Extraordinário nº 582.523/RS[405], que assentou a inconstitucionalidade da contravenção penal posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941)[406], em razão da violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Tais exemplos confiram, verdadeiramente, hipóteses de efetivação do controle judicial de constitucionalidade da atuação do poder punitivo penal[407].

Com essas considerações, parte-se, neste momento, para análise daqueles direitos fundamentais integrantes deste conteúdo do Estado Democrático de Direito que, de alguma forma, relacionam-se com o ato de disposição da própria vida.

---

[403] STF. Rel. Min. Celso de Mello. j. 15/06/2011.

[404] STF – ADPF nº 54. Rel. Min. Marco Aurélio. j.12/04/2012

[405] STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 03/10/2013.

[406] "Art. 25 - Ter alguem em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis".

[407] O STF, todavia, ainda encontra enormes dificuldades na realização do controle de constitucionalidade de tipos penais. Cita-se, como exemplo, o julgamento do HC nº 104.467/RS, (Rel. Min. Carmen Lúcia. j.08/02/2011), no âmbito do qual o tribunal acabou por ratificar a constitucionalidade do crime de manutenção de casa de prostituição, previsto no art.229 do Código Penal, olvidando-se da diferenciação entre vigência e validade constitucional e valendo-se do seguinte trecho de acórdão anterior à Constituição de 1988, da lavra do Min. Sydney Sanches (RHC 65.391.16/1987): "Ao Ministério Público e ao Juiz competem a interpretação e a aplicação da lei, jamais a negativa de vigência. A descriminalização é tarefa do legislador e não daquele cuja missão é aplicar a lei." Em seu voto, o Min.Marco Aurélio, embora reconheça certa hipocrisia, limita-se a afirmar que "a atuação judicial é vinculada, e o tipo do artigo 229 do Código Penal está em pleno vigor". Para uma análise crítica desta decisão, cf. GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 448-449, set./out. 2011. A este propósito, José Cirilo de Vargas aponta que "*a Constituição é muito pouco observada em matéria penal*", sendo que apenas uma parcela insignificante do extenso rol de direitos e garantias possui alguma eficácia. (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral.*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t. 1. p. 31-37)

Em verdade, a principal pergunta para a qual se busca uma resposta é: no atual cenário jurídico brasileiro, a relevância ou irrelevância do consentimento quanto à lesão ao bem jurídico vida humana é uma escolha livre do legislador penal? Em caso negativo, o que determina a Constituição Federal de 1988? E o que estabelecem a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)?

6.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, VIDA E CONSENTIMENTO

6.2.1 O direito à vida

O direito à vida assume posição de destaque em todas as Constituições democráticas e em grande parte dos tratados internacionais de direitos humanos.

No Brasil, a inviolabilidade do direito à vida está, ao lado de outros direitos fundamentais, previsto logo no *caput* do art.5º da Constituição Federal:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a <u>inviolabilidade do direito à vida</u>, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...] (grifo nosso)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), assim dispõem sobre o direito à vida:

> CADH - Artigo 4º - Direito à vida
> 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida <u>arbitrariamente</u>.
> [...] (grifo nosso)
>
> PIDCP – Artigo 6º
> 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser <u>arbitrariamente</u> privado de sua vida.
> (grifo nosso)

Não há dúvidas de que o direito à vida ocupa importante posição na hierarquia de direitos fundamentais, o que ocorre por decorrência lógica, sendo possível afirmá-lo como pressuposto para o exercício de todos os demais direitos[408]. Afinal, sem vida não há que se falar em dignidade humana, em direito à liberdade, em direito à manifestação de pensamento etc.

O conteúdo do direito à vida revela-se precisamente no direito à existência físico-biológica[409]. Possuir direito à vida significa possuir o direito de estar vivo e de manter-se vivo, de existir e de continuar existindo, e o direito de que ninguém – seja o Estado, seja qualquer outro indivíduo - possa atentar contra a sua própria vida biológica.

Como bem salienta Gisele Mendes de Carvalho[410], aos poderes públicos incumbe um duplo dever em relação ao direito à vida: um dever *negativo*, de respeito, revelador de um não fazer, não agredir a vida humana; e um dever *positivo*, de proteção, que significa um atuar, um intervir em defesa da vida individual frente aos ataques de terceiros. Essa atuação positiva, logicamente, inclui a criminalização de atos que atentem contra a vida humana[411].

É claro que a definição exata do início e do fim da vida pode ser objeto de importantes controvérsias não resolvidas pelo texto constitucional, abrindo-se, assim, certa margem de liberdade ao legislador para construir uma espécie de conceito normativo de vida, logicamente, a partir de critérios de valoração médico-biológicos, e, por certo, dentro dos limites semânticos da palavra e em consonância com a realidade naturalística[412].

---

[408] Nesse sentido, p.ex., MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 289 et seq.; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 427.

[409] Assim, CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 128.

[410] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 140.

[411]Gisele p. 140-141. CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224. Joan Josep Queralt Jimenez menciona a prática, pelo Estado, de uma politica social que facilite o respeito à vida pelos particulares, a promulgação de uma série de disposições tendentes a proteger este bem jurídico, além da aplicação da sanções correspondentes ao transgressores. (QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. La eutanasia: perspectivas actuales y futuras. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 41, n. 1, p. 115-135, jan./abr. 1988. p. 122.)

[412] Para uma análise sucinta dessa problemática, cf., p.ex., ROXIN, Claus. A proteção da vida através do direito penal. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.; GODINHO, Inês Fernandes. Implicações jurídico-penais do critério de morte. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 359-377. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:*

O direito à vida, ressalte-se, embora de importância ímpar, não significa nada além desse direito a existir em sua concepção física e biológica.

Em primeiro lugar, direito à vida não significa direito à morte. O direito a existir não implica o direito a não existir, assim como, por exemplo, o direito à liberdade não implica o direito a não ter liberdade e o direito ao trabalho não implica o direito a não trabalhar. A afirmação de um direito, até mesmo em razão dos limites semânticos[413], não significa a afirmação de seu reverso ou de sua vertente negativa, e nenhum raciocínio lógico tem o condão de conduzir à conclusão contrária[414].

Também o direito à vida não significa direito à vida digna ou, muito menos, à morte digna. Igualmente, não há que se falar, aqui, em direito à vida com qualidade ou em qualquer concepção qualitativa da vida. O termo constitucional vem desacompanhado de adjetivos, conquanto possa ser até admitida alguma inferência a partir da conjugação de dispositivos constitucionais. De qualquer forma, unicamente do direito à vida, não pode decorrer um direito à vida digna, à vida com qualidade, ou, menos ainda, à morte digna[415].

Deve-se pontuar, ainda, que não há, por óbvio, nenhuma possibilidade de se entender haver um dever à vida ou obrigação de viver como decorrência do direito à vida[416]. Direito e dever são institutos completamente distintos, relacionados normalmente em lados opostos de uma relação intersubjetiva. Será que, por haver o direito à

---

estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 130-138.

[413] Nesse sentido, a Corte Europeia de Direito Humanos (CEDH) já teve a oportunidade de afirmar que o direito à vida não pode, sem qualquer distorção de linguagem, ser interpretado conferindo-lhe sentido diametralmente oposto, como direito à morte. (*Caso Pretty v. the United Kingdom, 2002*)

[414] Nesse sentido: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Eutanasia y derecho. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p. 113-139, dez. 1995. p. 120 et seq.

[415] Em sentido contrário: "O direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permancer existente, e, em segundo lugar, no direito a um nível adequado de vida, (…) um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana" (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 427). Em relação especialmente à eutanásia, o autor chega a afirmar que a criminalização da eutanásia revela "uma prevalência do direito à vida, em detrimento da dignidade". (p. 431). Em linha semelhante, Luis Roberto Barroso declara que "o direito à vida seria naturalmente um obstáculo para a legalização do suicido assistido" (BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar': a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 919, p. 127-196, 2012. p.189-193.)

[416] Também recusando a existência de um dever de viver, cf., p.ex., CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 145-146.; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 305 et seq.; RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 227, 2007. p. 350.; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. La eutanasia: perspectivas actuales y futuras. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 41, n. 1, p. 115-135, jan./abr. 1988.

manifestação de pensamento, haveria também o dever de manifestação de pensamento? Será que, por haver o direito ao trabalho, haveria ainda o dever ao trabalho? O mesmo ocorreria, por exemplo, com o direito à intimidade? O raciocínio, como se observa, mostra-se desprovido de qualquer sentido juridicamente aceitável. Como afirma Ana Elisa Bechara, interesse juridicamente reconhecido não pode ser convertido em dever jurídico, imposto contra a vontade de seu titular[417]. O único mandado dedutível do direito fundamental à vida é, portanto, o dever do Estado de favorecer a vida e não o de impedir a livre disposição por seu titular.

Importante destacar que a Constituição Federal e os textos da CADH e do PIDCP não dizem, em momento algum, nem explicita nem implicitamente, que o direito à vida seja absoluto, inalienável, intransferível, intangível, ilimitado ou indisponível[418], não sendo possível inferir, ao menos do dispositivo em análise, por mais esforço que se faça, nenhuma obrigação constitucional de proteção da vida mesmo contra a vontade de seu titular[419]. Interessante observar, nesse sentido, que tanto a CADH quanto o PIDCP afirmam apenas que ninguém poderá ser *arbitrariamente* privado da vida, excluindo, assim, ao menos aparentemente, os casos de privação da vida consentida ou desejada por seu próprio titular[420].

---

[417] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 185 . Vide cap. 2.2.6, supra.

[418] A possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada, prevista no art.5º, XLVII, "a", pode, inclusive, contribuir para o afastamento de tais dogmas.

[419] "A expressão 'inviolabilidade do direito à vida', consagrada constitucionalmente, não indica que a vida é um dever para consigo mesmo e para com os outros, tampouco pode ser entendida como um direito absoluto, indisponível ou irrenunciável, Nos termos da Constituição, a 'inviolabilidade' de tal direito significa que ele não tem conteúdo econômico-patrimonial e, mais do que isso, ninguém pode ser privado dele arbitrariamente. Nesse sentido é que ele deve ser entendido como indisponível: ninguém pode dispor da vida de outrem A inviolabilidade da vida tem que ver com terceiros, cuja ação contra a vida alheia é coibida, mas não se pode ler o texto constitucional de forma a proibir que qualquer pessoa decida a duração da sua vida". (DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna*: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 122-123). Em sentido contrário: "Sendo um direito, e não se confundindo com uma liberdade, não se inclui no direito à vida a opção por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário do seu titular. Daí que os poderes públicos devem atuar para salvar a vida do indivíduo, mesmo daquele que praticou atos orientados ao suicídio. [...]. A eutanásia é incompatível com o direito à vida, mesmo que haja o consentimento do paciente. Incumbe ao Estado o dever de não apenas não praticar tais atos como também o de aparelhar o ordenamento jurídico para a sua repressão". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 294-295)

[420] Conferindo especial relevo à expressão "arbitrariamente", cf. GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia, morte assistida e ortotanásia*: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 77, p. 7-8, jan./fev. 2007.; GOMES, Luiz Flávio. Ortotanásia: morte digna? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p. 56-57, ago./set. 2011.

6.2.2 A dignidade humana

A dignidade humana estabeleceu-se como um dos pilares constitucionais das democracias contemporâneas, desenvolvido, no período pós Segunda Guerra Mundial, principalmente a partir da Lei Fundamental alemã de 1949[421].

Em consonância com esse cenário, a Constituição de 1988 elevou a dignidade humana à condição de fundamento da República, inserindo-a logo em seu art.1º:

> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> [...]
> III - a dignidade da pessoa humana

Há, ainda, no art.5º, a proibição constitucional de submissão a tratamento desumano e degradante:

> Art.5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) também fazem alusão à noção de dignidade humana:

> CADH - Artigo 5º. Direito à integridade pessoal
> [...]
> 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
>
> CADH - Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade
>
> 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
>
> PIDCP - ARTIGO 7 º

[421] COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves reflexões. In: Janaina Conceição Paschoal; Renato de Mello Jorge Silveira. (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 207-218, 210.

> Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou cientificas.

Os problemas advindos da banalização do conceito de dignidade humana e do consequente cenário de indeterminação e vagueza de seu conteúdo já são bastante conhecidos[422]. Passou-se a utilizar a dignidade humana como verdadeiro "coringa", apto a sustentar toda e qualquer fundamentação jurídica, da mais simples à mais complexa, muitas vezes justificando posições diametralmente opostas[423].

Nos limites deste trabalho, sem qualquer pretensão de realizar um estudo aprofundado do tema ou de solucionar todas as questões advindas desse processo de indeterminação do termo, adota-se, simplificadamente, uma conceituação restrita ou minimalista de dignidade humana, entendo-a como *a compreensão de todo ser humano como um fim em si mesmo, e não como instrumento para o alcance de qualquer outra finalidade, significando, assim, a proibição de instrumentalização, dominação ou subjugação do ser humano*[424].

Como aponta Helena Regina Lobo da Costa, a dignidade humana, norma jurídico-constitucional, pode atuar, basicamente, como postulado normativo ou como princípio. Como postulado, configura-se como verdadeira metanorma, orientando a aplicação de outras normas jurídicas e apresentando como campo de aplicação por excelência a exegese de direitos fundamentais, os quais devem ser tomados sempre a partir da centralidade da

---

[422] Sobre o tema, cf., sob uma perspectiva internacional, BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar': a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 919, p. 127-196, 2012.

[423] "Apesar – ou, quiçá exatamente em razão – dessa imensa disseminação, a dignidade, tomada como *topos* jurídico, parece ter sucumbido a seu próprio sucesso e acaba por se revelar, muitas vezes, indefinida, ampla e sem contornos. Verifica-se um processo de inflação do conceito, que, servindo para tudo, não resolve mais nada." COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves reflexões. In: Janaina Conceição Paschoal; Renato de Mello Jorge Silveira. (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 207-218, 211. Cf., ainda, com enfoque no debate bioético e apontando os riscos de utilização do conceito contra a própria pessoa: NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano - ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLE, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* 2. ed. Porto Alegre, 2009. p. 227 et seq.

[424] "Si en el antiguo sistema autoritario el Estado, com su dignidad y su poder, era superior a todo lo demás, em el nuevo sistema democrático es el hombre, con su dignidad e su Derecho, quien há de estar por encima de cualquiera outra cosa." (MAIHOFER, Werner. E*stado de derecho y dignidad humana*. Montevideo: B. de F., 2008. p. 40). Ressaltando haver violação do princípio da dignidade em caso de violação a núcleo essencial de direitos fundamentais com dominação ou subjugação da pessoa, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana:* teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62.

pessoa humana. Como princípio, revela-se um estado de coisas a ser buscado por meio de comportamentos negativos – de abstenção - e positivos – de promoção de ações que valorizem o ser humano enquanto tal[425].

Sobre o tema, manifesta-se André Ramos Tavares, com apoio nos ensinamentos de Werner Maihofer:

> A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza.[426]

Deve-se destacar, neste ponto, a relação direta dessa concepção de dignidade humana com a noção de autonomia individual, com o reconhecimento do indivíduo como ser livre para fazer as suas próprias escolhas, de construir o seu próprio plano de vida segundo as suas convicções. A este propósito, Gisele Mendes de Carvalho afirma que, ao exigir que se considere o homem como um fim em si mesmo e proibir que seja utilizado como um meio, a dignidade implica, certamente, uma exigência de respeito à sua autonomia moral, à autonomia do ser humano para tomar suas próprias decisões[427].

Jorge Reis Novais aponta que, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana decorre, também, o reconhecimento do poder de a pessoa se autodeterminar, de dispor livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida, incluindo aí o poder de se vincular ao não exercício ou invocação de uma posição de direito fundamental[428].

Seguindo esta linha, Luís Greco diferencia a dignidade sob uma perspectiva que denomina de *política* e sob uma perspectiva chamada de *perfeccionista*, rechaçando a possibilidade de adoção desta última no atual modelo de Estado:

---

[425] COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves reflexões. In: Janaina Conceição Paschoal; Renato de Mello Jorge Silveira. (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 207-218.; COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 33 et seq.

[426] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 442.

[427] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 173 et seq.

[428] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 274.

> Poder-se-ia dizer que dignidade pode ser compreendida ou de *perspectiva política* – dignidade como autonomia, como direito de viver segundo seu próprio plano de vida, sua própria noção de vida boa; e que o conceito também pode ser compreendido de uma *perspectiva perfeccionista* – dignidade como virtude, como admirabilidade daquele que realiza certas excelências inerentes à vida boa. [...]. O único sentido que pode interessar a um Estado liberal, que é um Estado que permanece neutro diante das diferentes noções de vida boa, é o primeiro, o conceito político de dignidade. Porque o conceito perfeccionista de dignidade equivale a elevar o Estado, um aparato dotado de poderes coercitivos, ao rol de juiz sobre a virtude de seus indivíduos.[429]

Aproximando-se do objeto específico deste trabalho, verifica-se que a dignidade humana impõe o respeito às decisões de cada indivíduo sobre seus próprios bens jurídicos, afastando-se a legitimidade de sua instrumentalização em nome dos interesses de terceiros, da coletividade, ou mesmo do Estado. Como observa Juarez Tavares, a dignidade humana impede que o indivíduo seja tomado funcionalmente como engrenagem ou membro de um organismo, ou como simples força de trabalho, impondo a sua consideração como ser dotado de liberdade e consciência de si mesmo, e que cria e influencia o seu meio como personalidade social e responsável[430].

Maria da Conceição Ferreira da Cunha, tomando como referência o modelo português, assevera que um Estado Democrático, baseado na dignidade humana, preserva a autonomia da cada um, a liberdade de cada pessoa conformar a sua própria vida, não aceitando a funcionalização de direitos, nem impondo modelos de felicidade, ou seja, um Estado não paternalista, que reconhece a maioridade dos seus cidadãos[431].

Ronald Dworkin destaca a relação entre liberdade e dignidade, apontando o seu impacto nas decisões sobre a própria vida e morte:

> Ainda que possamos sentir que nossa própria dignidade está em jogo nas atitudes que os outros tomam diante da morte, e que às vezes possamos

---

[429] GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 448-449, set./out. 2011.

[430] TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 0, Esp. lançamento, p. 75-87, dez. 1992. p. 77. Em sentido semelhante, cf. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos***.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52-53

[431] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Das omissões lícitas no exercício da medicina. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 83.

> desejar que os outros ajam como nos parece correto, uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta decisivamente na direção oposta – em favor da liberdade individual, não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte. [...]. Dentre todas as decisões tomadas por alguém, as que dizem respeito à vida e à morte são as mais importantes e cruciais para a formação e expressão da personalidade; achamos crucial que sejam tomadas com acerto, mas também consideramos crucial que nós mesmos as tomemos, que estejam em consonância com o nosso modo de ver as coisas. Mesmos as pessoas que querem impor suas convicções a todos por meio do direito criminal, quando ela e seus colegas, que pensam do mesmo modo, são politicamente poderosos, ficariam horrorizadas, talvez a ponto de deflagrar uma revolução, se ocorresse uma inversão de sua sorte política e se vissem diante da perda de liberdade que pretendem negar aos demais. [...] Qualquer que seja nosso ponto de vista sobre o aborto e a eutanásia, queremos ter o direito de decidir por nós mesmos, razão pela qual deveríamos estar sempre dispostos a insistir em que qualquer Constituição honorável, qualquer Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos. [432]

No campo propriamente penal, Mariângela Gama de Magalhães Gomes destaca que a legislação penal condizente com o Estado Democrático de Direito somente pode legitimar-se na medida em que a avaliação acerca dos bens capazes de serem tutelados seja calcada no princípio personalista, em que o primado da pessoa humana é tido como valor ético em si, como homem-valor, homem-pessoa, homem-fim, e não como instrumento para qualquer finalidade, nem mesmo de política criminal[433].

Janaína Conceição Paschoal, abordando as questões ligadas ao contexto médico, lembra que, em um Estado Democrático de Direito, em que o primeiro pilar é o respeito à dignidade humana, não pode um médico ser responsabilizado criminalmente, seja a título de omissão de socorro (para os que não o tomam como garantidor), seja a título de homicídio, sobretudo doloso (para os que o tomam como tal), por ter respeitado a vontade do paciente, que tem o direito de conduzir sua vida como bem entende, ainda que sua escolha leve à morte[434].

Adquire especial relevo, dessa forma, o consentimento da cada pessoa em relação à ofensa a seus próprios bens jurídicos, com a afirmação de um ambiente de livre gestão de

---

[432] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 342-343.

[433] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: RT, 2003. p. 104.

[434] PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida:* os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 190.

bem jurídicos individuais, de modo a promover a garantia da atuação do ser humano como ser dotado de dignidade, ou seja, autônomo e sujeito de sua própria história, apto a formular a sua própria concepção de vida boa e realizar livremente suas escolhas existenciais[435].

6.2.3 O pluralismo

O Estado Democrático de Direito brasileiro, como já acenado[436], é pluralista por excelência, agregando as mais variadas formas de manifestação da vida, elemento que integra a essência da própria democracia. Isso significa que, no âmbito de uma sociedade plural, multifacetada, multicultural, o Estado não apenas mostra-se tolerante perante todas as diferenças como também se coloca como agente de promoção do respeito a elas, inclusive, proibindo condutas discriminatórias.

O pluralismo, no Brasil, está expresso em vários dispositivos constitucionais, merecendo destaque os artigos 3º e 5º:

> Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> [...]
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
>
> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]

---

[435] "Principalmente no que diz respeito a questões referentes à chamada 'boa vida', qualquer intervenção estatal significará um desrespeito a essa autonomia, entendida aqui grosseiramente como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida e sua própria ideia de uma 'boa vida'. O homossexualismo não é um delito, porque é um direito do homossexual ser como ele é. O mesmo se diga do incesto. Ainda que o reproche social dessa prática seja ainda mais decidido que o dirigido ao homossexualismo, pessoas adultas têm o direito de praticar relações sexuais com pessoas adultas, de próximo parentesco ou não. Pela mesma razão é, sim, de reconhecer-se – contra o Tribunal Constitucional – um direito de se drogar. Ainda que majoritariamente não admiremos o 'maconheiro', ainda que ele onere nosso sistema de saúde – isso não autoriza a utilização do direito penal contra a posse de tóxicos, mas no máximo uma certa recusa a medidas assistenciais. Só o argumento da autonomia pode superar o apelo do moralista a consequências indiretas decorrentes do exercício de um direito, afirmando que elas justamente não vêm ao caso." (GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010)

[436] Vide cap. 6.1, supra.

> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Exatamente no mesmo sentido, os textos da CADH e do PIDCP conferem especial destaque à obrigação de respeito às diferenças:

> CADH - Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos
> 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
>
> PIDCP - ARTIGO 2.1
> Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo. língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.
>
> PIDCP - ARTIGO 26
> Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.
>
> PIDCP - ARTIGO 27
> Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

O modelo pluralista importa em verdadeiro *direito à diferença*, no direito a ser diferente da maioria, em seus mais variados aspectos (pluralismo de ideias morais, filosóficas, políticas, religiosas, sexuais etc.), sem que, em razão disso, possa sofrer qualquer discriminação ou privação de direitos. Como afirma Claus Roxin, o ser humano

atual vive em uma sociedade multicultural entre cujas condições de existência encontra-se a tolerância a condutas que contradizem às próprias representações valorativas[437].

Afigura-se, com efeito, ilegítima qualquer imposição pelo Estado de uma moral dominante ou de alguma concepção de "bons costumes", sobretudo sob a ameaça da sanção penal. No Estado pluralista, qualquer indivíduo é livre para escolher a que moral deseja se filiar e quais costumes considera bons e ruins[438].

Acerca da opção da Constituição de 1988 por uma sociedade pluralista, discorre José Afonso da Silva:

> A Constituição opta, pois, pela *sociedade pluralista* que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma *sociedade monista* que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Optar por uma *sociedade pluralista* significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antagônicos[439].

Para fins deste trabalho, deve-se consignar que, em uma sociedade pluralista, cada pessoa, no exercício de sua autonomia, é livre para formar suas convicções sobre o que entende ser bom ou ruim, inclusive em relação às questões que envolvem a sua própria concepção de vida e de morte.

---

[437] ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: ROLAND, Hefendehl (Coord.). *La Teoría del bien jurídico:*¿ fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 450.

[438] Para uma crítica à utilização do direito penal como instrumento de fomento e promoção de meras convicções morais, cf. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.

[439] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Pos*itivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 143.

6.2.4 O direito à liberdade

A Constituição Federal de 1988 consagra no *caput* e no inciso II de seu art.5º, como direito fundamental, um direito à liberdade em sentido amplo, que significa, em linhas gerais, que todo ser humano é absolutamente livre para fazer o que bem entender, desde que não cause dano ou prejuízo a terceiro.

> CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
>
> (grifo nosso)

Cuida-se de direito basilar de qualquer Estado Liberal, pedra angular do modelo de Estado Democrático de Direito, desenvolvido, sobretudo, a partir dos ideais iluministas que inspiraram, no século XVIII, a Revolução Francesa e praticamente todas as Constituições democráticas que se seguiram.

Nunca é demais lembrar o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, elaborada no contexto da Revolução Francesa, tida como um dos grandes marcos revolucionários da relação Estado-indivíduo:

> Art. 4.º - A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.
>
> Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Percebe-se que esse direito geral de liberdade consiste, na realidade, seguindo a posição adotada por José Afonso da Silva, em um poder de autodeterminação, em virtude do qual o indivíduo escolhe por si mesmo o seu comportamento pessoal[440].

A Convenção Americana de Direitos Humanos(CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), naturalmente, também comtemplam o direito à liberdade pessoal:

> CADH - Artigo 7. Direito à liberdade pessoal
>
> Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
> [...]
>
> PIDCP - ARTIGO 9
>
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

Existem várias formas específicas de liberdade, tais como a liberdade de locomoção, de pensamento, de associação, de entrar, permanecer e sair do país, religiosa, política e ideológica etc., todas elas garantidas, explícita ou implicitamente pela Constituição brasileira. Algumas delas, por possuírem estrita ligação com o objeto deste trabalho, serão tratadas nos itens que se seguem.

6.2.5 A liberdade religiosa e ideológica

O Estado Democrático de Direito é, por natureza, e, como decorrência do pluralismo a ele inerente, laico[441]. A Constituição Federal de 1988 não deixa dúvidas quanto ao caráter laico do Estado brasileiro, garantindo expressamente a liberdade de crença, de culto e a liberdade de organização religiosa, estabelecendo claramente a separação entre Estado e religião.

---

[440] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Pos*itivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 233.

[441] Destacando alguns aspectos do modelo de Estado laico brasileiro, cf. VIANNA, Túlio. *Um outro Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 7-23.

Também como consequência natural do aspecto pluralista, mais do que a liberdade religiosa, é garantida a cada indivíduo a liberdade ideológica, assegurando-se a liberdade de consciência e de convicção filosófica ou política.

A este propósito, merecem destaque os seguintes dispositivos do texto constitucional:

> Art.5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
>
> Art.5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
>
> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

No mesmo sentido, os textos da CADH e do PIDCP:

> CADH - Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
> [...]
>
> PIDCP - ARTIGO 18
> 1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
> (..)

Nesse modelo de Estado, todo indivíduo tem o direito a professar qualquer religião, seguir qualquer ideologia, ou possuir qualquer concepção filosófica e política, não

podendo ser privado de direitos em razão de sua escolha. Isso, logicamente, inclui o direito a não seguir absolutamente nenhuma religião, ideologia ou concepção filosófica e política.

A posição do Estado, neste aspecto, é de neutralidade[442], devendo apenas garantir que todas as pessoas exerçam livremente o seu direito fundamental à liberdade religiosa e ideológica, abrindo-se espaço, inclusive, para que ideias minoritárias possam se tornar majoritárias no futuro.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a liberdade de consciência e de pensamento tem a ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda, não cabendo ao Estado impor concepções filosóficas aos cidadãos. Deve o Estado, por outro lado, propiciar meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas[443].

Importante ressaltar, para que não restem dúvidas, que cada indivíduo permanece livre para seguir estritamente seus dogmas religiosos e orientações ideológicas, filosóficas e políticas, não sendo legítima, tão somente, a imposição de tais elementos a terceiros¸ sobretudo sob a ameaça da sanção penal.

Sobre o tema, precisa a explanação de Luigi Ferrajoli:

> Todos estamos y debemos estar sujetos al mismo derecho, es una condicíon de igualdad y antes aún de la certeza y del mismo papel normativo del derecho. En cambio, no todos tenemos – y tanto menos debemos tener, en una sociedade liberal – las mismas opiniones, creencias o valores morales. En esta asimetría se funda la laicidad del Estado y del derecho moderno, que no puede privilegiar a ninguna de las diversas concepciones morales que conviven en una sociedade, hasta al punto de prohibir un determinado comportamiento como delito sólo porque algunos, o aunque se ala mayoría, lo consideren pecado, y no, unicamente, porque sea danoso para terceiros.[444].

Exemplificativamente, é direito do indivíduo acreditar que atentar contra a própria vida, em qualquer circunstância, constitui um grave pecado. Não é legitima, todavia, a

---

[442] Nesse sentido, o STF, em várias oportunidades, consignou que "o Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões" (Cf., p.ex. ADPF nº 54. Rel.Min, Marco Aurélio. j.12.04.2012).

[443] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 356

[444] FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo.* 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 155.

imposição – seja pelo Estado, seja pelo particular - desse pensamento a terceiro, obrigando-o a se comportar conforme tal preceito religioso[445].

Sobre o tema, a lição de José Afonso da Silva:

> Como pensamento íntimo, prevê [a Constituição] a *liberdade de consciência* e de *crença*, que declara inviolável (Art.5º, VI), como a de *crença religiosa* e de *convicção filosófica* ou *política* (art.5º, VIII). Isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião, bem assim o de seguir qualquer corrente filosófica, científica ou política ou de não seguir nenhuma, encampando o ceticismo[446].

No mesmo sentido, manifesta-se Flávia Piovesan:

> Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico[447].

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, cada indivíduo é livre para compreender as complexas questões que gravitam em torno da vida e da morte segundo as suas próprias crenças e convicções.

---

[445] Vide cap. 2.1.1, supra. "O Estado brasileiro é laico e, por sua natureza, também garante o direito aos infiéis de pecarem, não se sunmetendo à fé de uma parcela de seus cidadãos, mesmo que majoritária, pois não há democracia sem tolerância religiosa" (VIANNA, Túlio. *Um Outro Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 22).

[446] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Pos*itivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 242.

[447] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50.

6.2.6 A liberdade de expressão

A Constituição brasileira de 1988, além de garantir a liberdade religiosa e ideológica em seu aspecto interno, também assegura a expressão ou exteriorização do produto dessa liberdade por meio das mais variadas formas de manifestação:

> Art.5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; .
> Art.5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
>
> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
> [...]
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP):

> CADH - Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão
> 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
> [...]
>
> PIDCP - ARTIGO 19
> 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
> 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
> [...]

André Ramos Tavares destaca a dupla dimensão da liberdade de expressão:

> A liberdade de expressão é composta tanto de uma dimensão *substantiva* como de uma *instrumental*. A *dimensão substantiva* compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A *dimensão*

> *instrumental* traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento. [448]

Encontra-se consagrado, deste modo, o *direito fundamental à expressão da opinião* e do *pensamento livre*. Eventual caráter minoritário ou socialmente reprovável de seu conteúdo, por si só, não pode ser objeto de censura ou de repressão por parte do Estado ou do particular[449].

6.2.7 A inviolabilidade da intimidade e da vida privada

A Constituição Federal de 1988 também confere a cada indivíduo o direito fundamental à preservação de sua intimidade e de sua vida privada. Desenha-se, assim, um espaço de privacidade no qual o Estado ou qualquer terceiro particular não podem adentrar.

Veja-se o texto constitucional:

> Art.5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifo nosso)

Na mesma linha, a CADH e o PIDCP:

> CADH - Art.11. 2
> Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
>
> PIDCP - ARTIGO 17.1
> Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. (grifo nosso)

---

[448] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 481.

[449] Para uma análise geral das limitações ao direito de expressão, quando em colisão com outros direitos fundamentais, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 306 et seq.

Cuida-se, aqui, da separação das esferas do *público* e do *privado*, conferindo-se especial proteção à liberdade dos atos praticados no âmbito deste último, os quais dizem respeito apenas a cada pessoa, devendo permanecer alheios ao conhecimento e à interferência do Estado e de qualquer terceiro não autorizado[450].

Consagra-se, de um modo geral, o direito do indivíduo a viver a sua própria vida da forma como desejar, de acordo com as suas escolhas, e, também, o de relacionar-se e interagir no âmbito social de forma privada, propiciando o livre desenvolvimento da personalidade, que será tratado a seguir.

De toda forma, necessário consignar que a criminalização de atos que integram exclusivamente a esfera privada não se mostra legítima, por violação ao direito fundamental à intimidade e à vida privada[451].

6.2.8 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Como decorrência, principalmente, do direito à liberdade, da dignidade humana, do pluralismo e do direito à inviolabilidade da vida privada, coloca-se, como mandamento constitucional implícito, amparado no art.5º, § 2º da Constituição Federal[452], o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade[453].

Diretamente relacionado às noções de autonomia e de autodeterminação, ínsitas à ideia de dignidade humana, cuida-se do direito à liberdade de escolhas existenciais para a formação da própria personalidade, entendendo-se cada indivíduo como ser único,

---

[450] "Pelo direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, e, no caso de divulgação, decider quando, como, onde e a quem. Esse elementos são todos aqueles que decorrem da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitutes e projetos de vida" (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 532).

[451] Esse foi um dos principais argumentos utilizados pelo Tribumal Constitucional argentino para declarar a inconstitucionalidade do crime de posse de drogas para consumo próprio. Cf. GRECO, Luís. *Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 84-102, nov./dez. 2010.

[452] Art.5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[453] Em várias Constituições democráticas, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade merece expressa previsão, como p.ex.: Alemanha (art.2.1); Portugal (art.26.1); Espanha (art.10.1); Colômbia (art.16). No mesmo sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art.XXII.

irrepetível, dinâmico e complexo[454]. O livre desenvolvimento da personalidade denota a possibilidade da pessoa realizar escolhas referentes à construção do seu próprio projeto de vida, de sua individualidade, levando em consideração a sua percepção de vida boa. Assim, é a pessoa quem decide, livremente, sobre a configuração do seu modo de ser[455]. Como bem adverte Janaína Conceição Paschoal, sob o pretexto de tutelar, o Estado deixa muito pouco espaço para o indivíduo efetivamente exercer seu direito a ser diferente[456].

O próprio conceito de dignidade humana de Ingo Wolfgang Sarlet já traz consigo a ideia de participação ativa nos destinos de sua própria existência, o que, segundo o autor, serve de fundamento para o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade:

> [...] Temos por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. [...]. [...] É precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do Constituinte neste particular, a consagração – ainda que de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.[457].

Especificamente no âmbito do Direito Penal, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade acaba por impedir a criminalização de simples escolhas ou modos de ser, por mais estranhos ou escandalosos que possam parecer aos olhos da maioria.

---

[454] MOREIRA, Rodrigo Pereira. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: âmbito de proteção e reconhecimento como direito fundamental atípico. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; BARROS, Janet Ricken de (Org.). *Dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia:* implicações recíprocas. .Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014. p. 55-84. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já se utilizou da relação entre dignidade humana, pluralismo, livre desenvolvimento da personalidade, e autonomia ou autodeterminação para fundamentar importantes decisões. Cf., p. ex., ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. j.05//05/2011e ADI 4277/DF. Rel.Min. Ayres Britto. j.05/05/2011. (acerca do reconhecimento da união homossexual), ADI 3510/DF. Rel.Min.Ayres Britto. j.29/05/2008. (acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias).

[455] MOREIRA, Rodrigo Pereira. MOREIRA, Rodrigo Pereira. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: âmbito de proteção e reconhecimento como direito fundamental atípico. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; BARROS, Janet Ricken de (Org.). *Dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia: implicações recíprocas*. .Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014. p. 57.

[456] PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida:* os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 17.

[457] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73 e 103.

São muitos os autores que, a exemplo de Bernd Shünemann[458], Juan Carlos Carbonell Mateu[459] e Ana Elisa Liberatore Silva Bechara[460], inclusive, vinculam a função última do Direito Penal à garantia do livre desenvolvimento da personalidade e que sustentam o próprio conceito de bem jurídico-penal a partir desse direito fundamental.[461]

Sobre o tema, apontando o livre desenvolvimento como diretriz para a construção do Direito Penal e destacando a relação entre dignidade humana, pluralismo e livre desenvolvimento, a lição de Pierpaolo Cruz Bottini:

> O Estado Democrático de Direito elege como valor fundante a dignidade humana. O reconhecimento da dignidade como coluna vertebral do sistema de relacionamentos humanos é o substrato material, é o núcleo de identidade normativa do modelo de Estado ora em discussão. A consolidação de uma sociedade plural e democrática, que incorpore e aceite valores e culturas diversos, exige o reconhecimento da autodeterminação do homem, que caracteriza a dignidade. O livre desenvolvimento do ser humano em um ambiente comunicativo e a possibilidade de optar pela construção do mundo de vida que melhor lhe convier são as diretrizes para a construção de todos os princípios norteadores do ornamento jurídico e, consequentemente, do direito penal[462].

Dessa forma, sendo uma das bases sobre as quais se estrutura o Direito Penal no modelo de Estado Democrático de Direito, não há dúvidas de que o mero exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade jamais pode ser legitimamente criminalizado.

---

[458] Vide cap. 2.2.2, supra.

[459] Vide cap. 2.2.4, supra.

[460] Vide cap. 2.2.6, supra.

[461] "Os bens jurídico-penais são pedaços da realidade axiologicamente relevantes, que sustetam o livre desenvolvimento da personalidade" (COSTA, José de Faria. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.*Coimbra: Coimbra, 2003. p. 768-769). De forma semelhante: "O delito, no fundo, só deve ser visto como tal quando implique violação d o direito de liberdade de outra pessoa, e cuja manutenção não possa ser obtida por meios menos gravosos" (TAVARES, Juarez. Prefácio. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 13). Cf, no mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 517-518. Associando o livre desenvolvimento do cidadão à finalidade do sistema penal, ainda que reduzindo a importância do bem jurídico, cf. ARAÚJO, M. P.C. *Tipicidade penal:* uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p. 36.

[462] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 175-176.

6.2.9 O princípio da autorresponsabilidade

Decorrência direta da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, com todos os direitos fundamentais acima descritos, configura-se, também implicitamente, com amparo no art.5, §2º, da Constituição Federal, o princípio constitucional da autorresponsabilidade, norma segundo a qual cada indivíduo se coloca como único responsável por suas condutas, por suas escolhas, por sua forma de viver, desenvolvendo livremente a sua personalidade, no pleno exercício de sua autonomia[463]. Com efeito, cada indivíduo também deve ser o único a suportar as consequências de seus próprios atos, não podendo tal responsabilidade ser atribuída a terceiros[464].

A propósito:

> O princípio da autorresponsabilidade assegura a liberdade de escolhas existenciais, a liberdade de interesses e objetivos, a diversidade, independentemente de quaisquer convicções morais, filosóficas, religiosas, científicas, políticas, sexuais ou outras, afastando a possibilidade de imposição de uma forma específica de vida – rotulada como supostamente "boa" ou "melhor" - por algum terceiro ou pelo Estado. Trata-se da colocação do indivíduo efetivamente como sujeito de sua própria história, segundo as suas livres opções. Cada indivíduo é considerado como sujeito racional, autorresponsável, capaz de valorar criticamente, determinar e alterar suas concepções, com o fim de atingir seu livre desenvolvimento, independentemente das valorações morais dominantes. Assim, não se mostra legítimo, por exemplo, obrigar uma pessoa a seguir determinada corrente de pensamento religioso ou científico, a agir de certo modo somente porque lhe trará felicidade, a cuidar da sua própria saúde, ou a não praticar uma conduta que coloque em risco unicamente a sua vida. [465].

---

[463] MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. p. 46-47. Também reconhecendo a autorresponsabilidade como decorrência do Estado Democrático de Direito, cf., p. ex., TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 370 et seq;. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 289 et seq.; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos.* São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 340-341.; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 178-179.; LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a próprio risco*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. Rechaçando a sua assunção como "princípio geral do direito": GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: ZILIO, Jacson Luiz; BOZZA, Fábio da Silva (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema* penal. Curitiba: LedZe, 2012. p. 925-93.

[464] MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da autorresponsabilidade no direito penal. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. p. 47.

[465] MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da autorresponsabilidade no direito penal. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. p. 49.

Como se observa, o princípio da autorresponsabilidade abrange o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e vai mais longe, afirmando, em uma perspectiva intersubjetiva, que cada pessoa é responsável apenas pelo seu próprio comportamento e pelas suas próprias escolhas, nunca pelo comportamento e pelas escolhas livres e responsáveis de terceiros, não competindo ao Estado a ou a qualquer terceiro, ainda, exercer o papel de tutor ou conformador moral dos cidadãos.

No âmbito do Direito Penal, o princípio da autorresponsabilidade atua em favor da ilegitimidade da construção de tipos penais paternalistas – diretos ou indiretos - e impõe a reformulação de uma teoria do consentimento do ofendido ainda presa ao dogma da indisponibilidade de certos bens jurídicos individuais. Impacta, ainda, a chamada teoria da imputação do resultado, sobretudo nos casos de autocolocação em risco e de participação em autocolocação em risco, afastando o preenchimento o tipo objetivo quando o resultado decorre diretamente de uma ação livre e responsável do próprio indivíduo lesionado[466].

6.3 CRÍTICA AOS CONTRA-ARGUMENTOS

Expostos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e analisada a relação de cada um deles com o domínio da própria vida por seu titular, necessário, neste ponto, avaliar se os argumentos contrários a existência de um direito à disponibilidade da vida – trabalhados anteriormente[467] - encontram legitimidade constitucional.

---

[466] Cf. MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. Também trabalhando com a ideia de autorresponsabilidade no Direito Penal: TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 370 et seq.; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 289 et seq.; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 178-179. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a próprio risco*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.; CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: imputación a la víctima. Books, v. 1, 1998. p. 78 et seq.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La consideracion del comportamiento de la victima en la teoria juridica del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 163-194, abr./jun. 2001. Cf, ainda, MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 227-272. GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 338-340.

[467] Cap. 2.1, supra.

6.3.1 - Vida sagrada?

Pode-se dizer que o argumento mais insustentável utilizado em favor da indisponibilidade da vida por seu titular consiste justamente na afirmação de sua sacralidade[468].

No modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito, essencialmente, como visto, laico e pluralista, que consagra o direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, nenhum argumento de caráter religioso pode ser legitimamente utilizado para obrigar qualquer pessoa a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, devendo o Estado assumir uma posição de neutralidade.

A utilização de tal espécie de *dogma* como fundamentação à ameaça ou à imposição de uma sanção penal mostra-se ainda mais gravosa, revestindo-se de flagrante inconstitucionalidade.

Necessário destacar que, sob a égide da Constituição Federal de 1988, todos são absolutamente livres, inclusive, para acreditar que a vida, de fato, é sagrada e que está apenas à disposição de uma divindade, ou que a dor purifica a alma[469]. O que não é legítima, ressalte-se, é a imposição de tal pensamento a terceiros, como se todos fossem obrigados a adotar determinado padrão de conduta ditado pela religião dominante.

Deve-se alertar para o fato de que, ainda que tal tipo de argumentação tenha sido abandonada por boa parte dos autores contemporâneos do Direito[470], muitas vezes o discurso religioso surge disfarçado de discurso jurídico. Acredita-se, como visto[471], que atentar contra a própria vida consiste em verdadeiro pecado e, a partir daí, busca-se um argumento para justificar a criminalização de condutas relacionadas a qualquer forma de disposição da própria vida.

---

[468] Vide cap. 2.1.1, supra. Enrico Ferri, como visto, no séc. XIX, já fazia questão de não gastar muitas linhas com tal argumento, salientando que não possui qualquer valor jurídico. (vide cap. 2.2.1, supra)

[469] "Em um Estado laico, todo cidadão tem direito de pecar. Se o cidadão tem medo de ser excomungado e de ir para o inferno basta que ele jamais opte pela eutanásia ou pelo suicídio assistido e respeite as convicções religiosas e éticas dos que pensam de forma diferente." VIANNA, Túlio. O direito ao próprio corpo. In: VIANNA, Túlio. Um outro Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.; VIANNA, Túlio. Sobre o direito à própria morte. In: VIANNA, Túlio. Um outro Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 01-05. p. 81)

[470] Vide cap. 2.1.2. 2.1.3, 2.1.4 e 2.1.5, supra.

[471] Cap. 2.1.1, supra.

6.3.2 Interesse coletivo?

Não se nega que a supressão da vida de uma pessoa, independentemente da forma de ocorrência, frequentemente provoca algum dano indireto a terceiros. Por certo, todo ou quase todo comportamento humano acaba por afetar, de alguma forma, algum terceiro, próximo ou não[472].

Assim, por exemplo, o suicídio de um indivíduo poderá acarretar terríveis sentimentos a parentes e amigos próximos, prejuízos econômicos àqueles que dependiam de sua renda, além de eventualmente representar uma perda de mão de obra útil à sociedade[473].

Esse tipo de dano, justamente por ser indireto, remoto, abstrato, futuro, incerto ou imaginário, não pode ter o condão de afastar o exercício de um direito fundamental individual e de legitimar uma incriminação[474]. Sustentar o contrário, na realidade, praticamente fulminaria a possibilidade de existência de bens jurídicos individuais, considerando o perene recurso a um aventado interesse coletivo generalizado[475].

A vida é, por essência, um bem jurídico individual, de caráter personalíssimo, e o dever constitucional de protegê-la deve cessar exatamente no momento em que seu titular declina tal proteção[476]. Não há absolutamente nenhuma linha da Constituição Federal de 1988 que autorize a conclusão de que há um dever de viver, de que a vida é um bem

---

[472]Fala-se, até mesmo, em um princípio do "*no-man-is-an-island*". Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal.* 2010. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. p. 43.

[473] No momento em que a população brasileira ultrapassa a marca de 200 milhões de habitantes, com altíssima taxa de desemprego, resta, no mínimo, bastante incoerente sustentar a existência de um interesse coletivo na manutenção de uma mão de obra útil ou, mesmo, de "interesses demográficos" do Estado.

[474] Nesse sentido, cf.: MMILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006.p. 140 et seq.; HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 24-25, jul./ago. 2007.; RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 227, 2007. p. 356.; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. p. 192-193.; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal.* 2010. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. p. 42-43.

[475] Mariângela Gama de Magalhães Gomes lembra, também, que deve ser rechaçada a ideia de que o Estado seja um sujeito passivo constante de todas as infrações penais. Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79.

[476]"Si precindimos de valoraciones religiosas o éticas y, em consecuencia, del componente supraindivual de la vida y la salud se debe concluir que estos bienes juridicos, como todos los demas bienes jurídicos personales, son disponibiles por su titular y, ademas, sólo el titular ostenta la capacidad de disposicíon y es quién pude decidir la forma y manera em que quiere ejercer su titularidad." (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales: en particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. In: CEREZO MIR, José et al. *El nuevo Código Penal:* presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999. p. 264)

jurídico coletivo, ou de que o interesse coletivo sobre a vida deve prevalecer sobre o interesse individual.

Transformar o bem jurídico vida em bem jurídico coletivo ou transindividual talvez seja a maior violência que o Estado possa cometer contra um indivíduo, com a afirmação de que o domínio sobre a vida não pertence a cada pessoa, mas sim ao Estado. O recurso a um suposto bem maior – a coletividade – acaba por esconder o real objetivo de impor padrões de condutas dominantes segundo critérios exclusivamente morais e/ou religiosos. Como afirma Ronald Dworkin, levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania[477].

Vale lembrar, na esteira de Carmén Tomás-Valiente Lanuza, que a admissão deste tipo de argumento poderia legitimar a restrição da liberdade do indivíduo em variados âmbitos, desde a não possibilitar a escolha frente a um tratamento médico salvador até a proibição de atividades que possam colocar seriamente a vida em perigo, como esportes radicais etc[478].

Analisando os diferentes argumentos para justificar o que chama de dogma da indisponibilidade da vida, em cada modelo de Estado, a mesma autora aponta, com acerto, que, enquanto no modelo confessional de Estado sustenta-se a vida como um dom divino, em regimes totalitários, a desmedida submissão do cidadão ao Estado chega ao extremo de desvestir a vida do súdito de seu caráter de bem exclusivamente individual para atribuir-lhe uma pertinência social ou coletiva[479].

Túlio Vianna descreve com precisão o cenário:

> Uma sociedade não pode ser considerada livre se seus membros não tiverem o direito de dispor de seus próprios corpos. [...]. O direito ao próprio corpo ainda está longe de ser conquistado e reconhecido como um direito fundamental da pessoa humana. As normas limitando a autonomia dos corpos estão por todas as partes: limitações à sexualidade, ao uso de drogas psicotrópicas, à liberdade de expressão e até mesmo à vida e à morte. Tudo em nome de um suposto bem maior: a coletividade.

---

[477] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 307.

[478] TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 130.

[479] TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 1, 128-131.De acordo com a autora, a inviabilidade deste tipo de justificação – que contratria as premissas sobre as quais se assentam as democracias liberais - resulta tão patente que não parece aconselhável dedicar-se a ela mais do que um mínimo imprescindível.

> A maioria destas normas de regulação dos corpos, porém, não evita que haja lesão a direito alheio, mas tão somente impõe um modelo de conduta que a maioria julga adequado; [...]. A grande batalha jurídica do século XXI será pela libertação dos corpos das normas impostas pelo arbítrio da maioria. Somos herdeiros de uma cultura religiosa que nos impôs ao longo da história uma infinidade de restrições morais e, posteriormente jurídicas, ao uso de nossos próprios corpos. Não há nada de democrático na imposição pela maioria de normas de conteúdo exclusivamente moral a uma minoria. Se uma conduta não lesa ou ao menos gera riscos de lesão a direitos alheios, não há por que ser proibida. A liberdade de um povo não está simplesmente em escolher seus governantes. Não se pode considerar livre um povo que decide os rumos de seu governo, mas que nega a cada um de seus indivíduos a autonomia de decidir sobre os rumos de seu próprio corpo. Liberdade é, antes de tudo, poder decidir sobre o próprio corpo.[480].

Não é possível sustentar que uma eventual "função social" da vida possa afastar um direito individual fundamental, sob pena de operar-se em enorme retrocesso civilizatório, retornando-se ao período em que o indivíduo representava mero objeto a serviço dos interesses do Estado e de um suposto interesse coletivo.

Também rechaçando esta coletivização da vida humana, a lição de Arthur Kaufmann, a partir da Lei Fundamental Alemã[481]:

> A menudo se arguye que la vida humana es también un bien jurídico de la comunidad, de modo que el individuo no podría disponer sobre ella. Pero esto no es correcto. En cualquier caso, en la Constitución alemana (art. 2, párrafo 2, de la Ley fundamental) la vida se concibe como un derecho altamente personal. De modo que no se comprende por qué tal derecho ha de ser jurídicamente – y subrayo lo de jurídicamente,- irrenunciable. A la objeción de que esta postura lleva a un individualismo extremo cabe oponer que la tesis de que el hombre está obligado frente a la comunidad a mantenerse con vida apoya a un cuestionable colectivismo de proveniência conocida. Cierto que el individuo tiene obligaciones frente a la comunidad, pero sólo en tanto que vive; sin embargo, no tiene frente a la comunidad la obligación de vivir. Naturalmente, aquí no se trata de poner en cuestión la indisponibilidade de la vida fundada en razones religiosas y quizá también morales. Solamente de senalar que ello no permite fundamentar ninguna norma penal del Estado. Sobre el suicidio y sobre el consentimiento aI homicídio debe decidir el propio sujeto; ante su conciencia, ante el prójimo, ante Dios.

---

[480] VIANNA, Túlio. O direito ao próprio corpo. In: VIANNA, Túlio. *Um outro Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 01-05.

[481] KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54, 1987. p. 51

Afirmar que a sua própria vida não está sob domínio do indivíduo significa criar uma obrigação jurídica de viver, de manter-se vivo, retirando-se a pessoa do centro das decisões sobre seus próprios bens jurídicos, o que, no Estado Democrático de Direito - sobretudo em razão dos direitos fundamentais à liberdade, à vida privada e ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como em atendimento aos mandamentos da dignidade humana e da autorresponsabilidade – não se mostra legitimo.

6.3.3 Relevância e posição na hierarquia constitucional?

O Estado, exercendo seu papel de garantidor de direitos, estabelece um regime jurídico especial de proteção àqueles direitos que considera fundamentais. Nesse contexto, não há dúvidas de que a Constituição Federal brasileira, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), indubitavelmente, consagram o direito à vida no primeiro patamar da hierarquia de bens jurídicos.

Ocorre que, de tal fato, não é possível extrair, de forma alguma, a conclusão de que essa proteção deve operar-se mesmo contra a vontade de seu titular e nem de que, no que tange aos bens jurídicos individuais, todos são obrigados a adotar a ordem hierárquica traçada pela Constituição.

No Estado Democrático de Direito, pluralista e tolerante perante todas as diferenças, garantidor da inviolabilidade da vida privada, do livre desenvolvimento da personalidade e da autorresponsabilidade, cada indivíduo é livre para avaliar qual a importância daquele seu bem jurídico individual – criando a sua própria hierarquia de valores - e o que deseja fazer com ele. Em outras palavras, como já exaustivamente ressaltado, um direito jurídico fundamental jamais pode ser transfigurado em dever jurídico fundamental, imposto contra a vontade de seu titular.

Dessa forma, é perfeitamente possível, por exemplo, que uma determinada pessoa coloque o seu bem jurídico honra ou patrimônio em grau hierarquicamente superior a seu bem jurídico vida. De igual maneira, um indivíduo pode considerar a obediência a

preceitos religiosos mais importante do que a preservação de sua própria vida, como ocorre nos famosos casos de transfusão de sangue envolvendo testemunhas de Jeová[482].

Em termos bem claros, não cabe ao Estado determinar o que cada indivíduo deve considerar importante para a sua vida, em uma tentativa de impor uma concepção de "vida boa" segundo padrões morais dominantes, devendo tal matéria permanecer restrita ao âmbito exclusivamente privado.

Na realidade, parte-se de uma lógica incompreensível, com a afirmação de que quanto mais importante – ao menos aos olhos da Constituição – o bem jurídico, menor deve ser o poder de disposição do indivíduo sobre ele. Ora, qualquer reflexão racional deve conduzir à conclusão completamente oposta: quanto mais importante o bem jurídico individual, maior deve ser o poder de decisão do indivíduo sobre ele[483].

Assim sendo, deve-se reconhecer, seguindo os ensinamentos de Jorge Reis Novais, que a renúncia ou a possibilidade de disposição também acaba por concretizar uma forma de exercício do próprio direito:

> Num Estado não paternalista como é essencialmente o Estado de Direito, que assenta na dignidade da pessoa humana e faz do livre desenvolvimento da personalidade individual um valor fundamental, esta situação de direitos de exercício obrigatório (direitos/deveres) é claramente excepcional. [...]. A renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual , e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício *positivo* do direito [484].

---

[482] Alguns autores, todavia, insistem em congitar da existência de um imaginário conflito entre o direito à vida e à liberdade de crença e de escolhas existenciais, olvidando-se de que se está a falar da mesma pessoa. Cf., p.ex., NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 106-121.

[483] MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. p. 103/104. "El ejercicio del derecho a la liberdad sólo es efectivo cuando su titular puede ejercelo diponiendo de todos los bienes jurídicos de los que es titular y, en concreto, de su derecho a la vida e la salud" (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales: en particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. In: CEREZO MIR, José et al. *El nuevo Código Penal:* presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999. p. 264.)

[484] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 234-235. No mesmo sentido: DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna*: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 125.

Diante disso, forçoso é reconhecer que o fato de um direito ser classificado como fundamental da personalidade ou de ser alocado no primeiro patamar da hierarquia constitucional, até por razão de lógica, não pode ter o condão de impedir a sua livre disposição por seu titular.

6.3.4 Paternalismo justificado?

A atuação paternalista estatal, como visto, pode ocorrer pelo simples aconselhamento, orientação ou informação acerca da conduta considerada melhor para o indivíduo – normalmente mediante campanhas oficiais - ou pela criação de proibição com a imposição de sanção pelo seu descumprimento, sanção esta que pode ser apenas de natureza administrativa ou cível, ou pode ser a mais grave delas, de natureza penal.

Não parece haver muitas dúvidas no que tange à legitimidade, como regra, desta primeira forma de paternalismo estatal, meramente informativo e que visa a proteger os cidadãos, o que pode ser encarado, dependendo da hipótese, até mesmo como um dever do Estado.

O problema surge quando este mesmo Estado vale-se da coerção, buscando impor determinados padrões de condutas sob a ameaça de uma sanção. Diferenciando as ações de tutelar e informar por parte do Estado, a lição de Denis Lerrer Rosenfield:

> A questão torna-se ainda mais complexa – e pode-ser-ia dizer mais perigosa – pelo fato dessa imposição de regras dizer respeito à vida cotidiana das pessoas, destituindo-as, na verdade, da sua capacidade de decidir por si mesmas. A tutela estatal é, sem dúvida, uma coerção, um cerceamento de liberdade. O Estado, assim, se coloca como uma espécie de instância moral que teria a função de formular normas que ditariam o que o cidadão deve ou não fazer. A ação dos indivíduos estaria, então, submetida a um dever ser político que controlaria totalmente as pessoas. Tais medidas seriam implementadas a partir da noção aparente de que o bem dos cidadãos estaria sendo realizado, quando, de fato, o bem maior, a liberdade de escolha, estaria saindo progressivamente de cena. A tutela entra por uma porta, a liberdade sair pela outra. [...]. Há uma grande confusão entre o Estado informar e tutelar. Cabe ao Estado, por exemplo, informar amplamente a população acerca dos malefícios - eventuais ou comprovados - do consumo de determinados produtos na vida das pessoas. Diria mesmo que é sua função mostrar aos cidadãos como certos objetos de sua eleição podem vir a afetá-los. Nesse sentido, é obrigação do ente estatal informar, até por meio de amplas campanhas publicitárias, a respeito dos efeitos para a saúde do consumo excessivo de alguns produtos. Poderiam entrar nesse rol o álcool, as gorduras saturadas, o fumo, o açúcar e o sódio, entre outros objetos de consumo e/ou prazer. Agora, se o cidadão informado quiser, no

> exercício de sua liberdade de escolha, continuar a consumir tais itens, trata-se de uma opção exclusivamente pessoal, pela qual ele é inteiramente responsável, mesmo ao custo de sua saúde. O Estado informa, o cidadão escolhe.[485]

Importa consignar que a discussão sobre o paternalismo estatal, embora ainda extremamente atual, é bastante antiga, sendo referência, nesse contexto, a obra de John Stuart Mmill, elaborada na Inglaterra do séc. XIX, na qual discute, com profundidade, a natureza e os limites do poder que pode ser exercido pelo Estado e pela sociedade sobre o indivíduo:

> O objectivo deste ensaio é asseverar um princípio muito simples, que se destina a reger em absoluto a interação da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coação e controlo, quer os meios usados sejam a força física, na forma de punições legais, quer a coerção moral da opinião pública. É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou colectivamente, para interferir na liberdade de acção de outro, é a autoprotecção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser correctamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros. O seu próprio bem, que físico, quer moral, não é justificação suficiente. Uma pessoa não pode ser correctamente forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sensato ou até correcto. Estas são boas razões para criticar, para debater com ela, para persuadir, ou para exortar mas não para forçar, ou para lhe causar algum mal caso ela haja de outro modo. [...]. A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte de sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano.[486]

No modelo de Estado Democrático de Direito, a imposição estatal de padrões morais dominantes ou de meras concepções de "vida boa", com a proteção do indivíduo de si próprio, indica a violação, sobretudo, ao princípio constitucional da autorresponsabilidade[487].

---

[485] ROSENFIELD, D. L. Informar e tutelar. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 08 out. 2012. p. A2.

[486] MMILL, John Stuart. *Sobre a liberdade.* Lisboa: Edições 70, 2006. p. 39-40. Também integrando o que pode se chamado de doutrina liberal antiparternalista, já no final do séc. XX: DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983. FEINBERG, Joel. Harm to others: the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1. FEINBERG, Joel. *Harm to self:* the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3.

[487]Em sentido semelhante, destacando que o paternalismo não oferece capacidade de fundamentar uma restrição do direito fundamental à liberdade e ignora o princípio da autorresponsabilidade, cf. GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 336-340. Segundo a autora, "ao Estado não incumbe a tarefa de 'melhorar'

Considerando, ainda, a condição de *ultima ratio* ou de subsidiariedade da intervenção penal[488], decorrente de sua própria natureza, deve-se concluir que a atuação paternalista por meio do Direito Penal carece de legitimidade[489]. Afinal, uma coisa é proteger o cidadão de si mesmo com a imposição de multa de caráter administrativo[490] – como ocorre, p.ex., com a obrigação de uso de cinto de segurança e de capacetes no trânsito -, outra é valer-se da intervenção penal para atingir tal finalidade[491].

Sobre o tema, a lição de Claus Roxin:

> A consciente autolesão [...], como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo. Um paternalismo estatal, enquanto este deva ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais que não compreendem corretamente o risco para si). A participação no suicídio não deve ser punível, como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com a morte tomou a sua decisão em um estado de total responsabilidade; isto é uma questão de grande importância na moderna discussão sobre a eutanásia[492].

---

os seus cidadãos e, portanto, não lhe assiste o direito de lhes retirar liberdade com a finalidade de os 'melhorar'" (GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 337).

488 "A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacifica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas. O recuo do direito penal para trás de outros mecanismos de regulamentação pode também ser explicado com base no modelo iluminista de contrato social. Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência libre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada." (ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 33)

489 Cf. MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.

490 A legitimidade de tal espécie de postura estatal também é alvo de discussões, as quais, entretanto, escapam ao objeto do presente trabalho.

491 Segundo Maria Rigopoulou, "enquanto intervenções paternalistas como campanhas informativas e incentivos fiscais não apresentam problema algum, uma vez que a decisão final do comportamento continua sendo do indivíduo, as proibições com caráter coercitivo não são facilmente justificáveis, já que elas orientam diretamente a vontade do indivíduo". (RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 227, p. 348, 2007). Também fazendo esta diferenciação entre um paternalismo geral e um paternalismo com o emprego do direito penal, cf; HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 24-25, jul./ago. 2007.

492 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23.

No caso específico da morte desejada por seu próprio titular, o caráter especialmente irreversível da decisão e a preocupação com decisões precipitadas, irrefletidas ou resultantes de algum distúrbio mental podem até, eventualmente, justificar a criação de mecanismos que visem facilitar a aferição da seriedade da vontade do indivíduo envolvido[493] ou mesmo a instituição de mecanismos extrapenais de contenção temporária[494]. O que não se mostra legítimo é instituir a presunção absoluta de que todos os que dispõem de sua própria vida agem de tal forma, consignando a indisponibilidade da vida e criminalizando a conduta de qualquer terceiro interveniente, como forma de paternalismo penal indireto[495].

6.3.5 Risco de abusos e manutenção de um tabu?

No que concerne ao apontado risco de abuso em caso de eventual descriminalização da morte consentida com participação de terceiro, deve-se destacar, primeiramente, que cuida-se de argumento de política criminal de cunho eminentemente consequencialista, pragmático, e desprovido de qualquer suporte empírico. Forçoso é reconhecer, logo de início, que se mostra, no mínimo, problemático justificar a inexistência de um direito a partir da análise das consequências de sua afirmação.

Exsurge, aqui, a distinção entre *argumentos de política* e *argumentos de princípios* (ou de direitos), apontada por Ronald Dworkin:

> Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como todo fique consequentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos.[496]

---

[493] O chamado *testamento vital* surge como exemplo. (vide cap. 2.3, supra, e 7.8, infra)

[494] Vide cap. 7.12 e 8.2, infra.

[495] "Ni siquiera en nombre del Estado social, salvo un paternalismo cuasi (o sin cuasi) totalitario, puede intrincarse en esa esfera tan íntima de la persona: su decision de viver" (QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. La eutanasia: perspectivas actuales y futuras. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 41, n. 1, p. 115-135, jan./abr. 1988. p. 131)

[496] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 9.

Seguindo o pensamento do autor americano, no Estado Democrático de Direito, argumentos de política, supostamente pragmáticos, lançados em nome de uma presumida consecução de fins sociais para a melhora da vida em comum não podem ser invocados para suplantar direitos e garantias individuais historicamente conquistados.

Necessário relevar que os defensores do argumento do risco de abusos não costumam a apontar nenhuma pesquisa científica séria que ratifique a tese de que tal descriminalização teria como consequência inescapável um aumento do número de condutas de causação de morte sem o real consentimento do titular do bem jurídico, chegando-se até mesmo à terrível eugenia nazista.

Trata-se, assim, de uma espécie de risco apenas suposto, eventual, possível e imaginário, e que, de fato, caso admitido, teria o condão de justificar uma enorme gama de incriminações, mesmo em violação ao direito fundamental à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Com esse raciocínio, por exemplo, estaria perfeitamente legitimado o crime de manutenção de casa de prostituição (art.229 do Código Penal), somente pelo fato de que a sua descriminalização poderia provocar o risco de incremento da prostituição praticada por menores ou contra a vontade do indivíduo envolvido.

De modo análogo, poderia, ainda exemplificativamente, falar-se na legitimidade da criminalização do consumo de bebidas alcoólicas, uma vez que a prática desta conduta provoca um aumento do risco de lesão ao bem jurídico vida e integridade física, considerando ser estatisticamente comprovado (neste caso, há, de fato, notícias de comprovação empírica[497]) o elevado número de óbitos envolvendo – de qualquer forma, no trânsito ou em brigas de bar, por exemplo – pessoas em estado de embriaguez. Por qual razão os mesmos autores não defendem a criminalização generalizada do consumo de álcool?

Nos dois casos, uma conduta que, por si só, não viola qualquer bem jurídico alheio teria a sua criminalização legitimada simplesmente pelo risco de aumento do número de condutas que efetivamente o lesionem – e que, logicamente, já são criminalizadas -,

---

[497] Vide, p.ex., RELATÓRIO da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS)/OMS/ONU, de 2015. Disponível em: <www.paho.org/alcoholreport2015>. Acesso em: 18 nov. 2016. “O álcool causa muitos danos, não só para quem bebe em excesso, como também para aqueles ao seu redor. Os danos a outros incluem transtornos do espectro alcoólico fetal, violência (interpessoal e doméstica), lesões (incluindo acidentes de trânsito ou lesões no local de trabalho), sofrimento emocional. [...] O álcool é o principal fator de risco para morte e incapacidade entre pessoas com idade entre 15 e 49 anos, tanto nas Américas como no resto do mundo.”, afirma a OPAS.

formatando-se, assim, uma teoria do bem jurídico que se contenta com meras ofensas indiretas, futuras, eventuais e remotas para a afirmação da legitimidade da incriminação.

Também contrariando este argumento, Jesús Barquín Sanz lembra que após mais de um século de descriminalização da participação em suicídio na Alemanha, não se tem notícia de qualquer incidência significativa maior, no sentido da multiplicação de suicídios forçados de pessoas desvalidas no âmbito hospitalar[498]. Na mesma linha, em contraposição aos defensores da criminalização da participação em suicídio na Alemanha, Claus Roxin destaca que a despenalização de tal conduta não trouxe efeitos sociais negativos no país[499].

Da mesma forma, não deve prosperar a tese de que a dificuldade em se aferir a seriedade do consentimento em relação ao bem jurídico vida justificaria a incriminação, tendo em vista o risco incontrolável de equívocos. Um direito fundamental não pode ser afastado por razões meramente operacionais ou por simples dificuldades probatórias. Ainda que se admita que a disposição da vida enfrente situações das mais diversas complexidades, no que tange, por exemplo, à forma, ao momento, à capacidade, à pessoa autorizada para consentir nos casos de inconsciência do titular, cabe à doutrina, à jurisprudência e aos legisladores pensar, elaborar e colocar em prática um regime normativo que estabeleça, com todas as cautelas necessárias, apoiados na ciência médica, seguros critérios para que se verifique a presença efetiva do consentimento válido, tudo com o objetivo de verificar a real vontade do indivíduo. O que não é possível, revestindo-se até mesmo de incoerência científica, é violar um direito fundamental, consignando uma suposta indisponibilidade da vida, sob a desculpa de que se mostra difícil a análise da presença dos requisitos do consentimento[500]. A regulamentação do testamento vital é um exemplo de mecanismo criado para diminuir os alegados riscos.

Mesmo que se admita a viabilidade de tal espécie de argumentação, imperioso lembrar, de qualquer modo, que a atuação em morte alheia sem o real e efetivo consentimento do titular do bem jurídico, ou seja, sem um ato válido de disposição da

---

[498] SANS, Jesús Barquín. La eutanásia como forma de intervencion en la muerte de outro. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Comares, 2001.

[499] ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, 2013. p. 26. No mesmo sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999.. p. 150.

[500] MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. p. 103.

própria vida, sempre deverá ser criminalizada, o que, seja como for, deve ser suficiente para inibir abusos e prevenir equívocos.

O argumento, ademais, mostra-se frágil e incoerente, uma vez que, na maior parte das vezes, são sustentados pelos mesmos autores que defendem a eutanásia passiva como exceção à regra da punibilidade. Ora, por qual razão tal "abertura" não provocaria os mesmos riscos? Ainda, por que será que a não punibilidade do homicídio cometido em casos de atuação em legítima defesa não acarreta o mesmo risco de rebentamento do dique?[501]

Além do mais, é preciso reconhecer, como faz muito bem Ronald Dworkin, que obrigar uma pessoa a permanecer viva constitui um verdadeiro dano cujo risco de ocorrência deve ser também considerado. A não legalização da eutanásia, é, em si, danosa a muitas pessoas[502], o que normalmente é ignorado pelos defensores do argumento da ladeira escorregadia.

No caso brasileiro, há ainda outro ponto digno de nota: se é bem possível que a maior parte dos casos de participação em morte alheia consentida permanece invisível aos olhos do sistema penal[503], é correto afirmar, ao menos em princípio, que a criminalização primária da conduta não exerce, efetivamente, a esperada função preventiva geral negativa, levando-se à conclusão provisória de que a simples manutenção ou não do tipo penal pouco ou nada impacta as escolhas de atuação das pessoas envolvidas neste tipo de situação.

Em relação ao argumento da necessidade de manutenção de um tabu, como forma de reforçar a proteção do bem jurídico vida, deve-se reconhecer que se trata da introdução de um estranho critério de legitimidade de uma incriminação, abrindo-se as portas ao legislador para uma atuação absolutamente livre, sem qualquer vinculação à Constituição Federal, e, como o próprio nome sugere, fechando-se as portas para a discussão científica. Segundo tal critério, uma conduta, para ser criminalizada, não precisaria violar qualquer bem jurídico alheio, mas, simplesmente, representar a violação de um tabu pretensamente

---

[501] Formulando críticas semelhantes ao argumento da *slipery slope*, classificando-o como *marginal* e *carente de sentido dogmático*, cf. GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 344-349.

[502] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 278-279.

[503] Vide cap. 5.1, supra.

arraigado na sociedade, mesmo que o comportamento dito criminoso concretize verdadeiro exercício de um direito fundamental[504].

Praticamente qualquer criminalização poderia ser supostamente legitimada sob tal argumento. Assim, o adultério, por exemplo, deveria permanecer como crime legítimo do Código Penal brasileiro[505]. Afinal, deve-se proteger o tabu da fidelidade conjugal e reforçar a valorização da família tradicionalmente considerada. Da mesma forma, estaria justificada a criminalização da relação homossexual, uma vez que, ao menos até bem pouco tempo atrás, a estrutura familiar exclusivamente heterossexual era considerada como verdadeiro tabu a ser preservado no âmbito da sociedade.

Numa sociedade pluralista, tolerante perante todas as diferenças, que consagra os direitos fundamentais ainda que contra a vontade da maioria, a simples manutenção de um tabu, por mais consolidado que seja na consciência popular, não pode legitimar uma incriminação[506].

6.4 FORMULAÇÃO SINTÉTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À LIVRE DISPOSIÇÃO DA PRÓPRIA VIDA

Com base na compreensão dos direitos fundamentais acima esposada, passa-se, neste momento, à uma formulação sintética do direito constitucional à livre disposição da própria vida no cenário jurídico brasileiro.

No modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 coloca-se como parâmetro de legitimidade da relação Estado-indivíduo e, também, indivíduo-indivíduo, afigurando-se como o principal instrumento de garantia da

---

[504] Nesse sentido, Claus Roxin refuta a possibilidade de se considerar os *tabus* como bens jurídicos, apresentando como o exemplo de criminalização ilegítima o delito de incesto, previsto na legislação alemã, não se afigurando evidente qual o dano que se produz quando, por exemplo, um irmão e uma irmã maiores de idade decidem, por acordo mútuo, manter relações sexuais. (ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: ROLAND, Hefendehl (Coord.). *La Teoría del bien jurídico:¿* fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 451). O Tribunal Constitucional Alemão, todavia, com voto contrário de Winfried Hassemer, declarou a constitucionalidade do mencionado delito, argumentando, principalmente, que a proibição objetiva evitar o nascimento de crianças com problemas genéticos. Para uma análise crítica aprofundada, cf.: GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.

[505] Figura prevista como crime no Código Penal brasileiro até o ano de 2005, com a seguinte redação: “Art. 240 - Cometer adultério: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses”.

[506] Nesse sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 132.

liberdade humana, sobretudo com a afirmação de direitos fundamentais, com força normativa e aplicação direta e imediata, oponíveis indistintamente a todos, Estado e indivíduos.

Em um sistema jurídico-constitucional laico e pluralista, garantidor da liberdade humana, da liberdade religiosa e ideológica, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, fundado na dignidade humana, defensor do livre desenvolvimento da personalidade[507] e da autorresponsabilidade de indivíduos livres e capazes, a escolha sobre o destino da própria vida somente pode estar nas mãos de cada indivíduo, jamais nas do Estado.

Seria, de toda maneira, absolutamente contraditório e ilógico, no atual estágio civilizatório, garantir um longo catálogo de direitos fundamentais individuais para, ao final, entregar ao Estado o domínio sobre a vida de cada indivíduo, aventando-se um componente autoritário em um Estado Democrático.

Um Estado que garante a liberdade de escolhas, sobretudo daquelas chamadas escolhas existenciais, deve também garantir que cada indivíduo faça o que bem entender com o seu próprio bem jurídico vida, afirmando-se o direito à livre disposição deste bem jurídico individual. E, por mais paradoxal que possa parecer, colocar fim à própria vida, independentemente dos motivos, insere-se justamente entre as diversas opções de vida, entre as diversas formas de gestão desse bem jurídico individual, e, como tal, deve ficar restrita ao âmbito privado de cada um, longe da intervenção estatal.

Os argumentos utilizados para a afirmação da indisponibilidade da vida por seu titular, além de não apresentarem suporte constitucional, parecem mais uma incansável busca por justificar um tabu arraigado na sociedade, de nítida base religiosa e em conformidade à moral dominante, reforçado, ainda, pelo medo do desconhecido. Afinal, como seria escandaloso e absurdo imaginar que o indivíduo teria o direito constitucional de

---

[507] Em sentido contrário, Gisele Mendes de Carvalho entende que não cabe sustentar a vertente negativa do direito à vida como o direito à morte com base no princípio do livre desenvolvimento da personalidade, já que a morte não supõe um desenvolvimento da personalidade, mas sim a destruição e o final da mesma. (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 199). Assim, também DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes juridicos fundamentales:* vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 204.; TORÍO LÓPEZ, Ángel. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 14, p. 217-245, 1991. p. 242-243. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad. Madrid: Tecnos, 1999. p. 314.

se matar? Como pode cada um querer determinar o momento e a forma de sua morte? O que aconteceria com a sociedade se isso acontecesse?

Não há que se falar, em hipótese alguma, em um suposto conflito ou contraposição entre o direito constitucional à vida, de um lado, e o direito constitucional à autodeterminação, de outro. Não se pode esquecer que se está a tratar da mesma pessoa, a qual pode, perfeitamente, exercer a plenitude de ambos os direitos simultaneamente[508].

É chegada a hora de afirmar-se o direito constitucional à livre disposição da própria vida, sem receio de consignar que dele decorre, inclusive, um direito à própria morte. Com o seu corpo e com a sua vida, cada pessoa faz o que bem entender, desde que, logicamente, não afete diretamente bens jurídicos alheios. Mostra-se imperioso, finalmente, dar-se um passo adiante, livrando-se de valores antidemocráticos tradicionais, superando-se o medo da liberdade. O ser humano é livre para viver e para morrer, por mais assustador que isso possa parecer.

Assim, respondendo às perguntas lançadas no início deste capítulo, não há dúvidas de que a opção pelo direito à livre disposição da própria vida foi devidamente realizada pela Constituição Federal de 1988, restando ao legislador acatá-la, sob pena de carência de validade constitucional.

Partindo dessa premissa, passa-se, neste momento, à análise dos principais desafios postos ao legislador - especialmente ao legislador penal brasileiro – frente a este quadro desenhado pela Constituição Federal de 1988.

---

[508] Maria da Conceição Ferreira da Cunha também chama a atenção para este fato: "[...] Não se pode esquecer ainda que este conflito ocorre relativamente à mesma Pessoa - ou seja, não se trata de ponderar entre o respeito pela vida de uma pessoa e a autodeterminação de outra, mas, situação que confere à ponderação de valores de uma fisionomia muito diversa, entre a vida e a autodeterminação de uma mesma Pessoa!" (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Das omissões lícitas no exercício da medicina. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 83). Em sentido contrário, p.ex. CUEVA, Lorenzo Morillas. Prólogo. IN: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. MORÃO, Helena. Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 1, p. 35-84, jan./mar. 2006

7 IMPACTO E CONTORNOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL À LIVRE DISPONIBILIDADE DA PRÓPRIA VIDA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

7.1 A QUESTÃO TERMINOLÓGICA

Retomando o que já foi esboçado[509], costuma-se, majoritariamente, a definir eutanásia somente como a causação – ativa ou omissiva - da morte de um indivíduo portador de enfermidade incurável que provoca intenso sofrimento físico ou mental, com o seu consentimento expresso ou presumido.

Dentro desta linha, como mencionado, normalmente são criadas diversas espécies de eutanásia, em exercício classificatório que parece não ter fim. Dessa forma, subdivide-se a eutanásia em ativa e passiva, direta e indireta, pura e genuína, terminal, paliativa e qualitativa etc., criando-se, inclusive, novas denominações como ortotanásia, distanásia e mistanásia[510].

Por tudo o que foi exposto no presente trabalho, entende-se, todavia, que os motivos que levaram à escolha pela morte interessam somente ao indivíduo titular do bem jurídico, devendo ficar restritos ao âmbito privado de cada um, afastados da ingerência estatal.

Assim, de acordo com as premissas aqui defendidas, o que importa, fundamentalmente, é que a escolha pela morte seja feita de forma livre e consciente pelo titular do bem jurídico, representando, pois, legítima concretização do direito à livre disposição da própria vida.

Por tal razão, esvazia-se a utilidade de adoção de um conceito restrito ao contexto médico de enfermidade incurável e causadora de intenso sofrimento intenso, fazendo mais sentido apegar-se ao significado etimológico do termo como *morte boa*, sendo certo que a avaliação sobre o que é considerada uma morte boa ou ruim cabe exclusivamente ao titular do bem jurídico, e jamais ao Estado ou a qualquer terceiro.

---

[509] Cap. 1.2, supra.

[510] Cf., por todos, MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 73-80.

Em termos bem claros, por não se mostrar legítima qualquer avaliação externa sobre a suposta razoabilidade ou racionalidade dos motivos determinantes da escolha individual[511], mostra-se injustificada a utilização, ao menos no campo jurídico-penal, de um conceito ligado justamente a estes motivos de caráter exclusivamente privados, ainda que se possa admitir a manutenção do significado terminológico usual apenas por apego à tradição e ao costume.

Por tudo isso, como já mencionado, no âmbito deste trabalho, *considera-se eutanásia, para fins jurídico-penais, a morte decorrente da concretização da vontade livre e consciente do titular do bem jurídico*.

Pelos mesmos motivos apontados, opta-se, por utilizar, aqui, como regra, a expressão consentimento em seu sentido *lato*, abrangendo todas as formas de manifestação de vontade livre e consciente, seja concretizada por um pedido, seja revelada por um consentimento em *sentido stricto*, sem, necessariamente, negar a legitimidade de eventuais diferenciações construídas pelo legislador[512].

7.2 O ATO LIVRE E CONSCIENTE DE DISPOSIÇÃO DA PRÓPRIA VIDA

Não há dúvidas de que o exercício do direito à livre disposição da própria vida pressupõe a capacidade de realização de um ato livre e consciente, requisito que pode ser objeto de sérias dificuldades e controvérsias.

Deve-se, de toda forma, levar em conta que o Estado Democrático de Direito, como destacado, considera, como regra, todos os indivíduos capazes e autorresponsáveis, aptos a, no livre desenvolvimento da personalidade, formular as suas próprias concepções de vida e realizar suas escolhas existenciais.

Dessa forma, ao contrário do sustentado por muitos, talvez apoiados numa perspectiva moral dominante, no atual modelo de Estado brasileiro, o ato de disposição da

---

[511] Para mais detalhes vide. Cap. 7.6, infra. Em sentido semelhante, ressaltando que tal diferenciação encerra um juízo moral, o pensamento de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (vide cap. 2.2.6, supra).

[512] As legislações da Alemanha, Espanha e Portugal, por exemplo, valem-se de expressões como pedido sério, expresso, inequívoco e instante para o enquadramento do fato como homicídio a pedido, que se diferencia do mero homicídio consentido. (vide cap. 4.4, 4.5 e 4.7, supra) Cf., sobre o tema, ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 63 et seq.

própria vida deve ser considerado, como regra geral, produto de uma decisão livre e consciente, que também pode ser chamada de responsável[513].

Logicamente, podem ocorrer vícios na vontade manifestada, sendo os mais comuns o erro, a fraude e a coação. A existência do vício, como regra, afasta o requisito e faz desaparecer o ato livre e consciente de disposição da própria vida, abrindo-se o campo para a criminalização legítima[514].

Como se verá detalhadamente abaixo[515], há diversas situações em que a pessoa titular do bem jurídico vida não se encontra, temporária ou permanentemente, capaz de manifestar a sua própria vontade, o que deve ensejar a busca por soluções alternativas.

Fundamental consignar, aqui, que decisão livre e consciente não significa, em hipótese alguma, decisão racional aos olhos da coletividade, dos valores dominantes na sociedade ou de qualquer observador externo. Decisão livre e consciente consiste em manifestação autêntica da vontade do titular do bem jurídico, baseada em seus valores, crenças, opiniões, e na sua concepção de mundo.

Meros estados depressivos, angústias e alterações de humor, por exemplo, não têm o condão de transformar o indivíduo em um incapaz para tomar as suas próprias decisões, afigurando-se ilegítima a exigência de um utópico perfeito e inabalável estado de saúde física e mental para que possa ser considerada válida a manifestação de vontade[516].

---

[513] Adotando esta denominação, p.ex., MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 57-58. Quando se está diante de pessoas gravemente doentes, Claus Roxin defende – posicionando-se contra a excessiva patologização da vontade de morrer - que, como regra, a pessoa age dispondo de total juízo da situação e tendo feito uma ponderação cuidadosa de todas as circunstâncias decisivas. (ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222.; ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, 2013. p. 25-26).

[514] Sobre o problema dos vícios de vontade, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1, p. 88.; ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 544-552.

[515] Vide cap. 7.8, infra.

[516] Claus Roxin defende, por razões de segurança jurídica, a adoção do critério de imputabilidade penal para se aferir se se está diante de um ato responsável, incluindo, neste âmbito, estados de depressões profundas ou transtornos de pânico. (ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, p. 13-32, 2013. p. 22-23. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. E*studos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221-222.) De forma diversa, Gisele Mendes de Carvalho, com apoio em José Luiz Diez Ripollés e Carlos Romeo Casabona, prefere o critério da *capacidade natural de juízo para compreender a transcendência do ato de disposição da própria vida*, que possui a vantagem, por exemplo, segundo a autora, de permitir considerar livres os atos praticados por menores de idade ou por deficientes mentais. O mais importante, para a autora, é a capacidade de compreensão do significado da decisão, sendo a inimputabilidade apenas um indício desta falta de *capacidade natural de*

7.3 O SUICÍDIO

O suicídio –entendido como o ato de pôr fim à própria vida, com ou sem qualquer participação de terceiros - consiste em uma clássica espécie de autolesão, representando, quando se está diante de uma ação livre e consciente, ou responsável[517], independentemente dos motivos pessoais determinantes, mera concretização do direito à livre disposição da própria vida[518].

O suicídio consiste, na perspectiva aqui adotada, em espécie de eutanásia e é, por excelência, um ato atinente à esfera privada da pessoa, devendo permanecer livre de ingerências estatais, sobretudo daquela operada mediante o Direito Penal[519]. Como demonstrado, pertence a cada indivíduo, e não ao Estado ou à coletividade, o domínio sobre a sua própria vida. Como já afirmado, embora possa parecer paradoxal, colocar fim à própria vida está justamente entre as diversas opções de vida[520].

A não criminalização do suicídio não revela, assim, simples opção de política criminal, como afirmam muitos[521], mas uma imposição do texto constitucional de 1988, afigurando-se, portanto, absolutamente equivocado tratá-lo como um ilícito de qualquer natureza[522].

---

juízo (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 231-235). A mudança legislativa ocorrida na Bélgica, em 2014, parece adotar este critério (cf. cap. 4.2, supra)

[517] De acordo com Gisele Mendes de Carvalho somente é possível falar em suicídio propriamente dito quando se está diante de um ato livre de um sujeito que tem plena consciência do significado do ato de disposição da própria vida. (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 223-257). Claus Roxin, no contexto da legislação penal alemã, lembra ser incontroverso que só há isenção de pena para o interveniente no caso de suicídios "responsáveis" (ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221).

[518] Nesse sentido: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Eutanasia y derecho. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p. 113-139, dez. 1995. p. 123. De forma similar: MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 57-58, 228-232.

[519]Assim, p.ex., MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 58.

[520] MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. p. 101.

[521] Vide cap. 2.1, supra.

[522] No mesmo sentido, ainda que partindo da Constituição espanhola, Gisele Mendes de Carvalho aduz que do texto constitucional é possível deduzir a existência de uma liberdade que tem todo ser humano de

Não deve prevalecer, também, o difundido argumento de que os suicidas frequentemente agem sem plena responsabilidade, em estado de absoluta incapacidade[523], sendo comum, em caso de salvamento, arrependerem-se de suas ações quando voltam a seu normal estado de espírito. Pode-se dizer, a este respeito os defensores deste argumento deveriam, por coerência, defender a descriminalização do crime de participação em suicídio diante da absoluta inutilidade do preceito, vez que todos os atos seriam criminalizados como homicídio mediato.

Inexistindo qualquer elemento que indique presença de algum vício na vontade do titular do bem jurídico, a regra geral deve ser a de respeito à decisão autônoma da pessoa. Reitere-se que eventual desaprovação moral, na maior parte das vezes decorrentes de motivos religiosos, não pode ter relevância em uma ordem jurídica que acolhe a liberdade de religião e de crença[524].

A este propósito, Francisco Muñoz Conde, por exemplo, assevera ser excessivo considerar que todo suicídio seja produto de uma enfermidade mental que anula a liberdade e autonomia do suicida até o ponto de convertê-lo em um inimputável facilmente manipulável por um terceiro. Mesmo considerando o suicídio como consequência de uma situação psíquica conflitiva, o autor destaca que se trata também de uma forma racional de resolver os problemas da vida, um "*ato supremo de liberdade*"[525].

---

colocar fim à sua própria vida, liberdade esta cuja limitação não seria aceitável no marco de um Estado de Direito autenticamente democrático. De acordo com a autora, seria, portanto, contrária à Constituição qualquer disposição que proibisse o suicídio ou que sancionasse a conduta de suicídio tentado. (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 146, nota 71 e p. 213). Cf., também, NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad. Madrid: Tecnos, 1999. p. 316.

[523] Entendendo o suicídio como comportamento, via de regra, patológico, considerando uma resolução suicida, no mínimo, como antinatural. cf, CARDENETE, Miguel Olmedo. Responsabilidad penal por la intervencion en el suicídio ajeno y en el homicídio consentido.In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 110-112. De modo semelhante, MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico del suicídio. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 76-82 Em sentido contrário: MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 227-232.; ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, 2013. p. 25-26.; PASCHOAL, Janaína Conceição. Auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1. p. 46-55.

[524] Cf. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 204.

[525] MUÑOZ CONDE, Francisco. Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato y inducción y ayuda al suicidio. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 2, p. 301-317, maio/ago. 1987. p. 311.

Interessante observar que Ferrando Mantovani[526], analisando o cenário italiano, assevera, em defesa do suicídio apenas como um ato juridicamente tolerado, que reconhecê-lo como um direito acarretaria todas as seguintes consequências que poucas pessoas estariam dispostas a aceitar: a) afirmação da licitude não só do suicídio, mas também de todas as atividades de indução, de facilitação, de auxílio, colocadas em prática por terceiras pessoas; b) consideração da licitude também do suicídio executado por mão alheia, ou seja, do homicídio consentido; c) consideração de que qualquer pessoa – médico ou não – pode matar, mediante simplesmente o consentimento de cada sujeito, uma infinidade de pessoas, enfermas ou sadias, velhas ou jovens, desejosas de deixar de viver, mas que não têm coragem o não se encontram em situação de executar pessoalmente a própria morte; d) em nome da afirmação teórica do direito ao suicídio, desnecessidade de concreta exigência prática da comprovação da validade do consentimento do sujeito: comprovação tão imprescindível como extremamente difícil, se não impossível, na enorme maioria dos casos, dadas as condições psíquicas em que se encontram normalmente os aspirantes ao suicídio.

O autor italiano, embora tente disfarçar, não deixa dúvidas de que o entendimento do suicídio somente como um ato tolerado, mas juridicamente valorado de forma negativa, consiste em mera escolha baseada em uma moral pessoal ou socialmente dominante, fundada em temores como o relativo ao nascimento de filhos de pais do mesmo sexo, à difusão dos impotentes sexuais, anoréxicos e bebês de proveta, ou o referente ao "triunfo do espírito da morte sobre o espírito da vida", conforme se extrai do seguinte trecho conclusivo:

> Frente a esta perspectiva [...], se plantea uma inquientante pergunta existencial de fondo: si será más feliz y libre o más autodestrutiva y nihilista uma humanidad cada vez más probladas de seres nonatos, abortados, estérilles o esterelizados, drogados, impotentes sexuales, de personas usadas como conejillos de indias, de hijos nacidos em probetas y sin padre, con padre del mismo sexo o com madres-abuelas, de anoréxicos, de personas sometidas a eutanasia o suicidadas. O si, también aqui, no se estará haciendo pasar de contrabando, como conquistas de liberdad y de progreso, lo que en realidad conforma un proceso de decadencia global, quizás irreversible, de esta 'civilizacíon occidental', el

[526] MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico del suicídio. In: ROXIN, Claus et al .*Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 72-75.

> triunfo del espíritu da morte sobre o espíritu de la vida, del *Thanatos* sobre el *Eros*.[527]

É preciso compreender, finalmente, que admitir o direito constitucional à livre disponibilidade da vida não significa a defesa da morte. Significa, diversamente, em última análise, assimilar que, no Estado Democrático de Direito, cada indivíduo é livre para fazer o que bem entender com seus próprios bens jurídicos individuais, mesmo que a opção escolhida não pareça boa, adequada ou razoável aos olhos da maioria.

Assim, não se trata da defesa de qualquer "triunfo do espírito da morte sobre o espírito da vida", seja lá o que isso possa exatamente denotar, mas do triunfo do Estado Democrático de Direito, em que as escolhas existenciais devem ser plenamente respeitadas e toleradas. Este sim, o espírito democrático.

7.4 A QUESTÃO DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO E HOMICÍDIO A PEDIDO

De acordo com a opinião dominante, quando a morte consentida envolve a participação de terceiros, costuma-se, como visto, fazer uma distinção entre participação em suicídio e homicídio a pedido com base no critério do domínio do último ato de execução: quando este fica a cargo do próprio titular do bem jurídico fala-se participação em suicídio e, quando fica a cargo do terceiro, fala-se homicídio a pedido[528]. São muitos os autores que, inclusive, recorrem à chamada teoria do domínio do fato para fundamentar a distinção[529].

---

[527] MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico del suicídio. In: ROXIN, Claus et al.*Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 82.

[528] Distinção adotada, entre muitos, por Claus Roxin: "Comete suicidio quien, en um momento crítico más allá del cual no es posible retonar, posse em su propria mano la decision acerca de su vida, quien sobrepasa por si mismo la línea froteriza en la que reside el acaecimento de la incapacidad de acccíon. Por el contrario, en el caso del § 216 se trata de que la víctima confia a outro la ejecucíon del ultimo e irreversible acto de acontecimiento, quien se deja levar por mano ajena al outro lado del umbral que conduce a la murte" ROXIN, Claus. La eutanasia en el conflictivo ámbito de la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y el homicidio a petición: a propósito de las sentencias BGH, NStZ 1987, 365 y LG Ravensburg NStZ 1987, 229. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 47-48.

[529] Assim, p.ex., ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 80-82.; ROXIN, Claus. La eutanasia en el conflictivo ámbito de la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y el homicidio a petición: a propósito de las sentencias BGH, NStZ 1987, 365 y LG Ravensburg NStZ 1987,

A diferença, como se observa, é bastante sutil[530] e em ambas as hipóteses pode-se falar em uma conduta de *ajuda à morte*, espécies de eutanásia, na concepção aqui adotada.

Em exemplo simples, aquele que oferece uma seringa com substância mortal para uma autoaplicação incorreria em participação em suicídio, enquanto o terceiro que se dispõe a aplicá-la incorreria em homicídio a pedido. Da mesma forma, aquele fornece um pequeno banco para que sirva de suporte para que alguém se suicide pendurado numa corda, atuaria em participação em suicídio. Caso esta mesma pessoa resolva retirar o banco para que o enforcamento se produza, a conduta passaria a ser classificado homicídio, na forma de homicídio a pedido

Apesar disso, conforme já exposto[531], as duas situações, geralmente, apresentam repercussões jurídico-penais substancialmente distintas, com penas diferenciadas e até mesmo com a irrelevância penal de apenas uma das formas de conduta.

No Brasil, por exemplo, como já destacado, a participação em suicídio encontra-se prevista no art.122 do Código Penal, com pena de 2 a 6 anos, enquanto o homicídio a pedido se enquadraria no art.121 do Código Penal, com pena de 6 a 20 anos[532].

A Alemanha, diferentemente, pune o homicídio a pedido com pena de 6 meses a 5 anos - §216 do Código Penal alemão - e deixa de criminalizar o ato de participação em suicídio[533].

---

229. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 48.; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 212 et seq. e p. 239-243. Contra a utilização da teoria do domínio do fato para diferenciar suicídio e homicídio, cf. KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la demarcacion del suicídio y el homicídio. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 25-39.

[530] Manuel da Costa Andrade admite que, numa primeira aproximação, o homicídio a pedido configura, para a vítima, apenas um "suicídio através de mãos alheias", apresentando-se as duas figuras como "irmãos gêmeos". (ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 56.) Como exposto no cap. 4.7, o Código Penal português atribui as mesmas penas aos crimes de homicídio a pedido e de participação em suicídio, o que revela a atribuição de um mesmo desvalor às condutas. No mesmo sentido, Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni classificam o homicídio a rogo como forma de co-autoria em suicídio (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2. p. 242.

[531] Vide cap. 3.2 e 4, supra.

[532] Vide cap. 3.2, supra.

[533] Vide cap. 4.4, supra. Para uma análise da importância de tal diferenciação na Alemanha, a partir de 2 casos concretos, cf. ROXIN, Claus. La eutanasia en el conflictivo ámbito de la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y el homicidio a petición: a propósito de las sentencias BGH, NStZ 1987, 365 y LG Ravensburg NStZ 1987, 229. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 39-66.

Imagine-se o exemplo de uma pessoa que sofre de câncer com prognóstico fatal de 2 meses e outra, com as idênticas condições de sofrimento físico e mental, com prognóstico fatal de 4 anos. Por qual razão executar uma injeção letal na primeira seria valorado mais negativamente do que apenas entregar a seringa para a autoaplicação da segunda pessoa?

Como já alertava Enrico Ferri[534], tal critério de diferenciação não tem razão de existir e parece olvidar-se de que sempre se estará diante de um ato de livre disposição da vida por seu titular. Com apoio em Günther Jakobs[535], deve-se lembrar que a participação em suicídio e o homicídio a pedido são apenas diferentes formas de dispor da própria vida mediante um regime de divisão de tarefas. A decisão final a respeito do destino do bem jurídico, nas três situações – suicídio, participação em suicídio e homicídio a pedido – permanece com o seu titular, pouco importando quem pratica o ato final de execução. Não importa a atuação de mão própria, o que importa é a consecução dos próprios fins e esta não vê obstáculos pela divisão do trabalho quando o pedido do titular do bem jurídico determina o que se verifica[536]. Em outras palavras, autolesão e heterolesão consentida são apenas diferentes formas de expressão da autonomia do titular do bem jurídico.

Nesse sentido, José Luis Medina Frisancho[537] também critica duramente a distinção meramente naturalista operada pela maioria da doutrina, ressaltando que a questão deve ser resolvida a partir de uma ótica normativa, imputando o resultado a quem, mediante uma decisão responsável, permite a realização final do fato, independentemente de quem, em um plano causal-fenomenológico, realiza o último movimento muscular ou corporal que dá lugar à morte do indivíduo.

Muitos autores defendem que, quando o último ato de execução fica a cargo de um terceiro – hipótese do homicídio a pedido -, seria operada uma indevida renúncia ao domínio sobre a própria vida, e não simples disposição frente a terceiros, o que seria incompatível com o texto constitucional[538]. Neste caso, o titular do bem jurídico perderia o controle e o poder de abortar a consumação do ato, que estaria sobre o domínio do terceiro.

---

[534] Vide cap. 2.2.1.
[535] Vide cap. 2.2.3.
[536] JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Barueri: Manole, 2003. p. 24-25.
[537] MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 60-61, 67-70, 237-249.
[538] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 212-221.

Este argumento, novamente, desconsidera a essência do ato de disposição da própria vida, que pressupõe a concretização de uma vontade livre e consciente do titular do bem jurídico. Não há que se falar em renúncia ao domínio da vida ou ao poder de decisão, mas em mera divisão de tarefas, sendo que o comando do titular do bem jurídico deve sempre ser rigorosamente obedecido por qualquer interveniente, sob pena de sua responsabilização penal por homicídio comum.

Há, ainda, quem sustente que, quando se transfere a execução do ato final para um terceiro, surgem fundadas dúvidas sobre a seriedade e a persistência do pedido[539], aumentado os riscos de abuso[540] - salvo quando o indivíduo encontra-se fisicamente impossibilidade de agir[541] -, o que justificaria o tratamento diferenciado das duas figuras[542].

A seriedade do pedido ou do consentimento, como dito, deve ser aferida por outros meios e não tem relação com a sutil escolha de quem irá realizar o último ato de execução. Também a exigência de uma suposta "coragem" para o ato final não apresenta suporte constitucional e não se mostra legítima, não podendo justificar uma limitação ao direito à livre disposição da própria vida mediante a divisão de tarefas.

Analisando tal cenário Jose Luis Díez Ripollés e Luis Gracia Martín alertam que muitos daqueles que sustentam a atipicidade do suicídio em razão do direito à disponibilidade da vida por seu titular acabam negando, exclusivamente por motivos de

---

[539] Nesse sentido, p.ex., SANS, Jesús Barquín. La eutanásia como forma de intervencion en la muerte de outro. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 183 et seq.

[540] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 217.

[541] Jorge de Figueiredo Dias, p.ex., defende a inclusão, no Código Penal português, de uma cláusula que permita a isenção de pena quando "o mortalmente enfermo, em cruel sofrimento e desejoso de morrer, não pode, por um lado, dar-se a morte por suas próprias mãos, nem, por outro lado, ser liberto do sofrimento em medida que o torne suportável". (DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 137. n. 3949. mar./abr. 2008. p. 215). Em sentido semelhante, ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 231-232. ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, 2013. p. 32.; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 445-447. Deve-se lembrar, nesse contexto, das pessoas que não estão inabilitadas para executar por si mesmo o último ato mortal, mas encontram-se impossibilitadas de alcançar os meios necessários. Cf., sobre o tema, SANS, Jesús Barquín. La eutanásia como forma de intervencion en la muerte de outro. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 190 et seq.

[542] Como aponta Claus Roxin, "a justificação material deste critério assenta sobre a consideração de que, aos olhos do legislador, a autonomia do suicida contra possíveis influências externas só estará assegurada se o desejoso de morrer cometer o suicídio de modo personalíssimo, isto é, mantendo o 'domínio sobre o momento provocador da morte' em suas mãos" (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 222-223). Cf., também, ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, p. 13-32, 2013.

segurança jurídica e ético-sociais, que essa disponibilidade possa chegar ao ponto de envolver terceiras pessoas[543].

Em matéria de disposição da própria vida, o que importa, repita-se, é que o ato seja a concretização da vontade genuína do titular do bem jurídico. Sendo esta a hipótese, afigura-se contrária ao texto constitucional a criminalização da participação do terceiro na morte alheia, seja na forma de homicídio a pedido, seja na forma de participação em suicídio[544].

7.5 A QUESTÃO DA DIFERENCIAÇÃO ENRE CONDUTAS ATIVAS E PASSIVAS

São muitos os autores que estabelecem uma diferença fundamental entre condutas ativas e passivas de ajuda à morte, normalmente defendendo a absoluta criminalização das primeiras e admitindo a não punibilidade das segundas, geralmente condicionada a situações de enfermidade incurável e causadora de intenso sofrimento[545]. Assim, o aventado direito à morte digna somente poderia ser exercido com a participação apenas passiva de um terceiro[546].

---

[543] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes juridicos fundamentales:* vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 203.

[544] Nesse sentido: LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. *La Ley Penal*: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Madrid, v. 6, n. 60, p. 20-31, maio 2009. Em sentido contrário, Gisele Mendes de Carvalho, analisando o contexto espanhol, defende que a Constituição, embora garanta a liberdade da pessoa de por fim à sua própria vida, nada diz acerca da licitude ou ilicitude do comportamento de terceiros frente ao suicídio, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de solucionar todos as questões relacionadas (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 147). Segundo a autora, o direito constitucional à livre disposição da vida não é – como nenhum direito – ilimitado ou absoluto, e seus limites aparecem precisamente nos casos em que o sujeito passivo perde de forma irreversível o domínio do fato sobre o curso causal que desembocará na produção de sua morte, de modo que a participação ativa de terceiros no suicídio e o homicídio a pedido não podem encontrar o fundamento de sua impunidade no reconhecimento constitucional deste direito. (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 219). No mesmo sentido, NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad. Madrid: Tecnos, 1999. p. 307 et seq. De forma semelhante, analisando a Constituição brasileira, CARVALHO, Gisele Mendes de. *Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil*. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 4, n. 6, jan./jun. 2007. p. 246 et seq.

[545] O problema da diferenciação entre ação e omissão é objeto de grandes controvérsias. Para uma análise aprofundada, cf., p.ex., ROXIN, Claus. *En el limite entre comissíon e omissíon. In: Problemas básicos del derecho penal.* Madrid: Reus, 1976, p. 226-247;. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omision: concepto y sistema*. Barcelona: Bosch, 1986. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

[546] Vide cap. 2.3, supra.

A ajuda à morte ativa compreenderia aqueles comportamentos de efetiva ação para a produção ou aceleramento da morte, como p.ex., a injeção, por terceiro, de uma substância letal. Enquanto isso, a ajuda à morte passiva abrangeria os casos de omissão relevante, sendo exemplo a abstenção ou interrupção de tratamento médico vital.

Nesta seara, discute-se efusivamente, por exemplo, se o desligamento de uma máquina que mantém o indivíduo artificialmente vivo configuraria uma ação ou uma omissão, o que, em última análise, repercutiria diretamente na relevância ou irrelevância penal da conduta[547].

Não são poucos os argumentos levantados para justificar tal diferenciação. Jorge de Figueiredo Dias, por exemplo, embora sustente a impunidade da ajuda à morte passiva de uma pessoa irrecuperavelmente enferma e em insuportável sofrimento, defende a criminalização da ajuda à morte ativa apenas ao argumento de que, a seu ver, um acompanhamento compreensivo e humano da morte, aliado a uma eficiente terapia da dor, "tem vantagens de toda a ordem sobre a permissão jurídica"[548].

No mesmo sentido, Claus Roxin, também defensor da impunidade do que chama de eutanásia passiva com base na prevalência da vontade do indivíduo, aduz, para justificar a criminalização da eutanásia ativa, que o "melhor caminho" está em uma combinação entre o acompanhamento cuidadoso da morte e uma eficaz anestesia, ressaltando, ainda, o temor de que a permissão do homicídio a pedido possa ser um obstáculo para o desenvolvimento dos tratamentos anestésicos, "que na Alemanha já estão atrasados", bem como do

---

[547] Para o conhecimento detalhado desta discussão, cf, p.ex.: DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 137. n. 3949. mar./abr. 2008. p. 208-209.; ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 205-207.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Das omissões lícitas no exercício da medicina*. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 86-88. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 292-303.; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil*. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 4, n. 6, jan./jun. 2007.p. 241-246. Cf., ainda, JAKOBS, Günther. La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el par. 216 StGB - homicidio a petición de la víctima. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas / UAM, 1997. p. 413-422. p. 413. p. 413-422. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 302-303. Questionando a importância de tal debate: MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 197-201.

[548] DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 137. n. 3949. mar./abr. 2008. p. 208-209.

acompanhamento intenso da morte[549]. Roxin destaca, ainda, que "não gostaria de ir a um hospital em que não só se cura, mas também se mata" e salienta que "se o homicídio a pedido da vítima se tornar uma instituição quase normal, regulada pelo Estado, pode surgir nos doentes sem esperança a impressão de que sua família ou a sociedade esperam que ele renuncie à sua vida". Por fim, reconhece que o seu posicionamento consiste em uma "decisão de consciência", e não de uma conclusão racionalmente inquestionável[550].

À semelhança do que ocorre com a distinção entre participação em suicídio e homicídio a pedido, cuida-se de um critério meramente naturalista de diferenciação que parece deixar de lado o mais importante: a concretização de um ato de livre disposição da própria vida.

Cabe recorrer novamente a José Luis Medina Frisancho:

> De ahí, la necesidad de preguntarse: -nuevamente y dado el rechazo casi absoluta a la modalidade activa directa - : Existe tan grande e imponente diferencia normativa entre los supuestos de eutanasia pasiva y eutanasia directa que justifique suficientemente la afable aceptación de la primera y la acérrima oposición hacia la última? Tal parece que la divergência tan sólo naturalística entre um hacer positivo (v.gr.inyectar um dosis letal) y uno omisivo (v.gr.desconectar um aparata artificial) conporta en la doctrina colosales consecuencias a partir de un tratamiento diferenciado que conduce, en cada caso, a soluciones radicalmente dispares. Y es que, desde esta perspectiva diferenciadora, mientras en un caso se deja a la enfermedad seguir su curso natural, en el outro se introduce un factor causal que adelanta y provoca la muerte, esto ha llevado a que jurídicamente las omissiones en el terreno de la eutanasia (aunque no sólo ahí) se hallen menos desvaloradas que las acciones, siendo consideradas como 'menos malas[551].

Neste ponto, importante trazer o exemplo do famoso caso Terri Schiavo[552], ocorrido nos Estados Unidos, que, após mais de uma década de estado vegetativo irreversível, teve a autorização judicial para que fossem interrompidos os meios que a

---

[549] ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 230.

[550] ROXIN, Claus. A proteção da vida através do direito penal. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181-182. Cf., ainda, ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, p. 13-32, 2013. p. 31-32.

[551] MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 210-211.

[552] Para mais detalhes sobre este caso, cf. SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*. Belo Horizonte: Delrey, 2012. p. 180-182.

mantinham viva, gerando um longo processo de intenso sofrimento e agonia de 14 dias até o falecimento por inanição e desidratação. Neste caso, por que não aceitar e autorizar uma conduta ativa rápida e indolor?[553]

Deste modo, resta também esvaziada a clássica distinção entre ajuda à morte ou eutanásia ativa e passiva.

7.6 DIREITO À MORTE DIGNA?

Como explicitado[554], são muitos os autores que, amparados nos mandamentos constitucionais da dignidade humana e da proibição de tratamentos desumanos e degradantes, defendem a existência de um direito – exclusivamente - à morte digna, apenas quando se está diante de uma enfermidade incurável e causadora de intenso sofrimento[555].

E, como demonstrado[556], são muitos os ordenamentos jurídico-penais que, de alguma forma, acabam acolhendo e consagrando esta concepção restrita de direito à morte digna. Nesse sentido, a legislação da Holanda, por exemplo, país tido como um dos mais liberais, traz uma série de rigorosos requisitos para que o homicídio a pedido ou a participação em suicídio não sejam penalmente puníveis (mesmo na forma comissiva), dentre eles o de que o paciente encontre-se em situação de sofrimento irremediável e insuportável[557].

O que justificaria a limitação da disponibilidade da vida apenas a esta situação excepcional? Por que o indivíduo só poderia decidir acerca do destino de sua própria vida quando está em situação de morte iminente? Por que somente neste caso desapareceria o dever de garante do médico? Seria porque somente neste caso se mostra "razoável"

---

[553] A este propósito, admitindo a não criminalização da eutanásia ativa nos casos em que a eutanásia passiva se mostre mais grave, podendo configurar até o crime de maus tratos, cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. Ainda sobre a eutanásia: é possível justificar o homicídio piedoso mesmo sem contar com o consentimento da vítima. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 169, p. 13, dez. 2006.

[554] Cap. 2.3, supra.

[555] Gisele Mendes de Carvalho insere tais autores, incluindo ela mesma, no grupo daqueles que defendem a extensão a terceiros "com limitações" do direito à disponibilidade da própria vida, restringindo a legitimidade da atuação da terceira pessoa a "contextos eutanásicos". (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 204 et seq)

[556] Vide cap. 3 e 4, supra.

[557] Vide cap. 4.1, supra.

antecipar a morte? Razoável para quem? Quem faria esta avaliação do que seja morte digna ou indigna? O Estado, a coletividade ou um terceiro?[558]

No atual modelo de Estado brasileiro, como exaustivamente exposto, não se mostra legítima a imposição de concepções particulares de vida ou de morte boas, cabendo a cada indivíduo, de acordo com seus valores, crenças e concepções pessoais, fazer a suas escolhas existenciais, estabelecendo, inclusive, o que entende por morte digna[559]. Nunca é demais lembrar que, no âmbito exclusivamente privado, não compete ao Estado, definitivamente, estabelecer o que se mostra razoável ou não[560]. Em uma ordem jurídica como a brasileira, que considera inviolável a vida privada e a liberdade de consciência e de

---

[558] Carmen Tomás-Valiente Lanuza defende que a proibição da colaraboração ativa em suicídios livres deve se manter como regra geral, excetuando-se unicamente em casos eutanásicos, admitindo que se trata de um parternalismo indireto forte, já que revela a imposição, pela sociedade, de uma valoração externa sobre os interesses do sujeito. (TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 122).

[559] "Se entedemos que conceptos como la felicidad, dolor o sufrimento son relativos e que quien mejor los comprende y siente es el titular de la vida, entonces resultará que solamente él podrá decidir si su vida 'vale o no la pena'" (MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 66.)

[560] No mesmo sentido, Claus Roxin, mesmo defendendo a punibilidade, como regra, do que chama de eutanásia ativa, chega a afirmar que, nos casos de eutanásia passiva, "*a vontade do paciente é decisiva, mesmos nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores*" (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 202). Em outro trabalho, Roxin menciona uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, que consignou o dever dos médicos de respeitar a recusa à transfusão sanguínea de uma mãe de quatro filhos por motivos religiosos (ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, 2013. p. 17) Cf., também, HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 24-25, jul./ago. 2007. p. 22 MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 232-237. Manuel da Costa Andrade destaca que o crime de intervenção médica arbitrária no cenário português representa a prevalência do princípio da autodeterminação sobre a saúde e a vida, impedindo qualquer avaliação sobre a "irracionalidade" da escolha do paciente pela sociedade, pelo Estado ou pelo médico. *(*ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p. 117-148, 2004.). Em sentido contrário, Gisele Mendes de Carvalho, embora sustente que todo ser humano tem a liberdade de por fim à própria vida independentemente dos motivos, defende que, como melhor forma de controlar possíveis abusos, legitima-se uma avaliação sobre a racionalidade dos motivos que levam o indivíduo a solicitar a própria morte, entendendo-se como razoáveis aqueles que justamente caracterizam o que chama de contextos eutanásicos (enfermidade grave e/ou incurável, ou alguma outra debilidade cuja irreversibilidade seja dramaticamente patente e os sofrimentos dela derivados insuportáveis na opinião do sujeito interessado) (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 123/124, 146, 219/221 e 368). Günther Jakobs, a seu turno, defende que o tipo de homicídio a pedido do Código Penal alemão seja interpretado restritivamente para somente abranger os homicídios considerados irracionais.(vide cap. 2.2.3, supra). Sustentando a irracionalidade dos argumentos levantados pelas testemunhas de Jeová e, por consequência, a legitimidade da intervenção estatal mesmo contra a vontade do indivíduo, cf. PEREZ TRIVIÑO, José Luis. Testigos de Jehová: entre la autonomia y el paternalismo justificado. *Indret*: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 2, p. 12, 2010.

crença, não pode ser conferido peso jurídico-penal decisivo a motivações de ordem religiosa ou a concepções de mundo de terceiros.

É possível, exemplificativamente, que uma pessoa entenda - por qualquer motivo, religioso ou não - que morrer dignamente implique vivenciar plenamente o sofrimento, por mais intenso, degradante e cruel que se afigure, até o minuto final. Como dizer que esta pessoa não teve uma morte digna?[561]

Discorrendo sobre a figura do consentimento, o próprio Claus Roxin chega a afirmar que o consentimento do portador do bem jurídico significa uma autorrealização responsável na comunicação com outros ou sob a assistência de outros, sendo que somente aquele que consente pode decidir o que serve a seu verdadeiro bem-estar[562]. Miguel Reale Júnior, de modo semelhante, destaca que cabe à própria pessoa e tão só a ela tomar a decisão sobre efetuar ou não determinado tratamento médico, de modo exclusivo, livremente se autodeterminando, mesmo que tal decisão venha em seu próprio prejuízo[563].

Com base nas premissas estabelecidas ao longo do presente trabalho, entende-se que há sim um *direito à morte digna*, mas que esta deve ser compreendida como *morte com liberdade* ou como *morte sem instrumentalização, dominação ou subjugação do indivíduo*, não necessariamente identificando-se com a morte para fazer cessar o sofrimento[564].

7.7 OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO?

Existem autores que sustentam ser impossível reconhecer um direito à morte ou ao suicídio como decorrência do direito à livre disponibilidade da própria vida ao argumento de que isso significaria impor obrigações positivas ao Estado, que deveria prover todos os

---

[561] "De fato, enquanto alguém pode entender indigno se submeter a um tratamento invasivo, durante o qual, haverá diversas reações físicas, como dores, enjoos, queda de cabelo, inchaço, mutilações, outra pessoa pode entender ser indigno não ter acesso a tal tratamento." (PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida:* os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 189)

[562] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 520-521.

[563] REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1. p. 195.

[564] Vide cap. 6.2.3, supra.

meios necessários para que tal direito fosse exercido, instituindo-se um verdadeiro "dever de matar" por parte do Estado[565].

Entretanto, no âmbito deste trabalho, entende-se que a afirmação de um direito fundamental significa apenas, em princípio, que o Estado deve garantir a possibilidade de exercício por seu titular. Isso normalmente abrange, por parte do Estado, um dever negativo, de abstenção, de não atuar em sentido contrário a este direito, e um dever positivo, de atuar frente a ataques ou ameaças a este direito.

De qualquer modo, como ressaltado quanto ao argumento referente aos riscos de abuso[566], fundamentar a inexistência de um direito recorrendo-se a eventuais consequências de seu reconhecimento também se afigura metodologicamente problemático. A afirmação ou não do direito à morte ou ao suicídio deve partir de uma análise técnico-jurídica que precede qualquer avaliação negativa de suas consequências.

É claro que complexas discussões ligadas a esta temática ainda podem subsistir. Pode o Estado, por exemplo, restringir o acesso a medicamentos destinados a provocar uma morte rápida e indolor?[567] Ou, indo mais longe, deve o Estado, inclusive, custear estes medicamentos, assim como ocorre em relação a muitas outras drogas, para garantir o exercício do direito?

O aprofundamento de tais discussões, que não apresentam natureza propriamente penal, todavia, escapa aos objetivos deste trabalho.

7.8 O PROBLEMA DAS PESSOAS INCAPAZES DE EXPRIMIR A PRÓPRIA VONTADE

Estabelecido o direito constitucional à livre disposição da própria vida, com o domínio da vida por seu titular, deve-se ainda enfrentar o difícil e complexo problema das pessoas que, por alguma razão, não são capazes de exprimir legitimamente a sua vontade.

---

[565] Nesse sentido, baseando-se numa diferenciação entre "direitos" e "liberdades", CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 138-149.

[566] Vide cap. 6.3.5, supra.

[567] Esse debate já chegou à Corte Europeia de Direito Humanos (CEDH), que negou o direito a uma paciente suíça de obter acesso à substância letal *sodium pentobarbital. (Caso* ***Haas v. Switzerland, 2011).*** Também abordando o tema, vide ***Caso Koch v. Germany, 2012 e Caso Gross v. Switzerland, 2014.***

São três os principais grupos de casos de incapacidade de manifestação da vontade: por falta de consciência[568], por idade[569] e por deficiência mental[570].

Nos limites deste trabalho, o objetivo será apenas o de traçar algumas linhas gerais para o enfrentamento do problema, cujo debate aprofundado certamente demandaria um estudo específico.

7.8.1 Incapacidade por falta de consciência

Existem diversas hipóteses em que o indivíduo se apresenta sem condições de exprimir a sua própria vontade por falta de consciência, que pode ser temporária ou permanente. O caso clássico é o de pessoas com perda irreversível de consciência (também conhecido como *estado vegetativo persistente* – EVP), com a possibilidade de viver meses ou anos, mesmo que não seja mais capaz declarar sua vontade. Nesta hipótese específica, não se cuida, pois, de pacientes em estado terminal[571].

Muito embora, neste campo, adquiram fundamental importância os estudos da Bioética e das Ciências Médicas em geral, nunca se deve perder de vista o mandamento constitucional que garante o direito à livre escolha do indivíduo.

Neste cenário, assume papel de destaque o chamado *testamento vital* ou *declarações antecipadas de vontade (living-will)*, instrumento por meio do qual a pessoa estabelece, por escrito, os seus desejos caso, no futuro, não esteja mais em condições de exprimir a sua vontade. Tal instrumento, como visto[572], vem sendo adotado e aprimorado por inúmeros países, inclusive o Brasil, e constitui o mais preciso elemento de

---

[568] Cap. 7.8.1, infra.
[569] Cap. 7.8.2, infra.
[570] Cap. 7.8.3, infra.
[571] Cf. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86-87
[572] Vide cap. 2.3, supra.

conhecimento da vontade legítima da pessoa[573], devendo, por esta razão, ser, como regra, respeitado pelos profissionais de saúde e por qualquer terceiro interveniente[574].

Em caso de inexistência do testamento vital, o caminho será iniciar, com a ajuda de parentes e pessoas do convívio, todo um processo de investigação – possivelmente no âmbito dos Comitês de Éticas dos hospitais - para se aferir a vontade presumida do indivíduo, com o levantamento de seu histórico de vida, com a consideração de suas declarações orais e escritas, convicções religiosas e valorativas diversas, etc[575].

Destaca-se, nesta linha, o instituto do *consentimento presumido*, cada vez mais discutido e desenvolvido pela doutrina[576] e adotado expressamente pela legislação penal portuguesa[577]. Importante ressaltar, neste campo, que não se deve buscar um suposto "bem" do titular do bem jurídico, com base em critérios externos de razoabilidade ou racionalidade, mas uma atuação em conformidade com o seu interesse presumido[578].

---

[573] De forma semelhante, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 137. n.3949. mar./abr. 2008.p. 210-211. O testamento vital também pode assumir importância fundamental em situações nas quais há dúvidas sobre a seriedade do pedido ou do consentimento expressos pelo indivíduo. Nesse sentido: SANS, Jesús Barquín. La eutanásia como forma de intervencion en la muerte de outro. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 157.

[574] Existem controvérsias sobre o valor vinculativo ou apenas indiciário de tais declarações antecipadas. Sobre isto, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Das omissões lícitas no exercício da medicina. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 102-113.; PEREIRA, André Gonçalo Dias. Declarações antecipadas de vontade: meramente indicativas ou vinculativas? In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 49-59.

[575] A Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina estabelece, em seu art.2º, § 5º, que "não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente".

[576] ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal:* contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 2004.; ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p. 117-148, 2004.; FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 14, 1/2, p. 67-115, jan./jun. 2004. ROXIN, Claus. Derecho Penal. p. 764-778. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 268 et seq.

[577] Vide cap. 4.7, supra. De acordo com Manuel da Costa Andrade, a consagração expressa do consentimento presumido no art.156, §2º, do Código Penal português representa uma solução *favor vitae vel salutis*, reforçando a fragmentariedade dos comportamentos puníveis a título de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. (ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p. 117-148, 2004 p. 129)

[578] Assim, ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 766.

Também é possível que o indivíduo outorgue uma espécie de "procuração de saúde", escolhendo uma pessoa para que expresse indiretamente a sua vontade em situações de incapacidade[579].

Neste ponto, deve-se destacar, ainda, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que autoriza o representante legal a manifestar pela suspensão "de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável". Acredita-se, todavia, que as declarações constantes do testamento vital e a vontade presumida da pessoa devem prevalecer sobre a vontade manifestada pelo representante legal que não recebeu uma específica "procuração de saúde"[580].

O mais importante, aqui, é assimilar a mudança de paradigma, superando-se a tradicional obrigação de manter e prolongar a vida a qualquer custo, em nome, inclusive, de um vetusto "*in dubio pro vita*", e adotando-se a vontade do indivíduo, expressa ou presumida, como elemento fundamental a ser buscado e respeitado nos processos decisórios que envolvem a vida e a morte[581].

---

[579] Figura também prevista na Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina: "Art.2º, § 1º- Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico".

[580] Nesta linha, a Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. "Art.2º, § 3º - As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares".

[581] Nesse sentido, entende Claus Roxin que, na ausência de declaração escrita, deve-se buscar a vontade presumida através de outros indícios, com a decisão em favor dos indícios que se mostrarem mais fortes, e não segundo os princípios "*in dubio pro vita*" ou "*in dubio contra vitam*". (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 209-219.). Cf., também, DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 137. n. 3949. mar./abr. 2008. p. 209-211. Em sentido contrário, sugerindo a adoção do "*in dubio pro vita*", tido como expresso no art.156.2 do Código Penal português, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Das omissões lícitas no exercício da medicina. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 85. nota 15 e p. 112-113. Cf., também defendendo o "*in dúbio pro vita*", CARVALHO, Gisele Mendes de. *Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 4, n. 6, jan./jun. 2007. p. 263. MORÃO, Helena. Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 1, p. 35-84, jan./mar. 2006.; MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico de la eutanasia. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio*: cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. (Biblioteca comares de ciência jurídica). p. 97.; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 173.

7.8.2 Incapacidade por idade

Outro problema extremamente complexo e que parece não encontrar consensos refere-se às crianças e aos adolescentes, pessoas que, ao menos em princípio, não possuem completo desenvolvimento mental[582].

No plano jurídico-normativo brasileiro, sabe-se que a Constituição de 1988 confere especial proteção a estas figuras em seu Capítulo VII (art.226 a 230), o qual se preocupa, basicamente, em estabelecer direitos e garantias ligados à sua condição peculiar. Extrai-se do artigo 227 que é "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Segundo o §1º do dispositivo "o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas".

Estabelece-se, no mesmo capítulo, o critério objetivo de 18 anos de idade para o alcance da imputabilidade penal (art.228)[583], caracterizando-se o parâmetro constitucional acerca da capacidade de pleno entendimento do caráter criminoso dos fatos. Há, ainda, na Constituição, outras referências etárias, como a relativa ao voto facultativo dos 16 aos 18 anos de idade (art.14, §1º, II, "c") e a que proíbe qualquer trabalho aos menores de 14 anos e permite o trabalho apenas como aprendiz dos 14 aos 16 anos (art.7º, XXXIII).

No plano infraconstitucional, o Código Civil estabelece que os menores de 16 anos são, como regra, absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil (art.3º), enquanto aqueles entre 16 e 18 anos são incapazes apenas relativamente a certos

---

[582] Para o debate sobre algumas das soluções propostas pela doutrina, em especial pelo critério da imputabilidade penal (chamado de solução da culpa) e pelo critério de consentimento qualificado (chamado de solução do consentimento), cf. ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 82-85. Cf., também, MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010. p. 257-266. Cf., analisando o cenário brasileiro: SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; SANTOS, Cleopas Isaías; ALMEIDA NETO, João Beccon de. *Capacidade etária para consentir no direito penal médico*. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado. *Ciências penais*: perspectivas e tendências da contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2011.

[583] Norma repetida no art.27 do Código Penal.

atos (art.4º), cessando-se, pois, a menoridade aos 18 anos (art.5º). Como decorrência do poder familiar, os menores são representados ou assistidos pelos genitores, ou, na sua ausência, pelo tutor nomeado, os quais deverão suprir o consentimento dos incapazes (art.1634, VII e art.1747, I).

O Estado da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90), por sua vez, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (art.2º), conferindo-lhes diferentes formas de proteção. Merece destaque, nesta seara, o dispositivo que garante aos menores o direito à liberdade de opinião, expressão, crença e culto religioso (art.16, II e III), e o que estabelece o dever de todos de zelar pela sua dignidade (art.18).

Além disso, o Código Penal, ao prever como causa especial de aumento de pena do crime de participação em suicídio a condição de menor da vítima (art.122, parágrafo único, II), acaba por atribuir algum relevo à vontade do menor de 18 anos, afastando, ao menos em princípio, a criminalização do ato sempre como homicídio[584]. Enquanto isso, na parte destinada aos crimes contra a dignidade sexual, determina que os menores de 14 anos não possuem capacidade para consentir quanto a qualquer ato sexual (art.217-A a 218-B).

Há, ainda, como visto, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que autoriza o representante legal a manifestar pela suspensão "de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável"[585].

Diante do regime jurídico acima traçado, a partir de qual idade se poderia considerar o indivíduo capaz de exprimir a própria vontade em relação a seus bens jurídicos? O critério da imputabilidade penal seria legítimo?[586] Ou deve-se partir para uma

---

[584] Acerca deste dispositivo, Luiz Regis Prado, por exemplo, afirma que são abrangidas apenas as vítimas maiores de 14 e menores de 18 anos, remetendo os atos contra menores de 14 anos para o crime de homicídio. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2. p. 88-89).

[585] Há, ainda, a Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece que: "O assentimento livre e esclarecido consiste no exercício do direito de informação do paciente legalmente incapaz, para que, em conjunto com seu representante legal, possa, de forma autônoma e livre, no limite de sua capacidade, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar. Crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, estão aptas a compreender e a manifestar sua vontade por intermédio do assentimento, de forma livre e autônoma, não devem ser afastadas do processo de informação e compreensão do procedimento médico que lhes é recomendado."

[586] Critério sugerido, entre outros, por Claus Roxin (vide cap. 7.2, supra)

análise da capacidade de consentimento *in concreto*[587]? Estariam os pais ou tutores legitimados para suprir o consentimento inclusive sobre o bem jurídico vida? O que aconteceria, por exemplo, se houver conflito entre a manifestação dos pais e a do menor? E se houver conflito entre a vontade de cada um dos pais? Qual deve prevalecer?

Como visto[588], o parâmetro etário para a validade do consentimento varia de país para país. A Holanda, por exemplo, admite a consideração da vontade do menor a partir dos 12 anos, exigindo, porém, a concordância dos pais ou tutores. Na Bélgica, uma lei de 2014 passou a possibilitar também aos menores, desde que dotados de capacidade de discernimento e conscientes, a formulação do pedido de provocação da própria morte. Portugal, por sua vez, embora estabeleça o critério geral de 16 anos para a validade do consentimento (art.38.3) – abaixo do critério de imputabilidade penal -, admite que o menor de 16 anos possa cometer validamente um suicídio, afastando a punição do participante por homicídio a pedido (art.135.2).

No âmbito da jurisprudência brasileira, há um julgado, já citado[589], do Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinando a extinção da ação penal por homicídio doloso (art.121, *caput*, do Código Penal) que tramitava em desfavor dos pais de uma menina de 13 anos de idade que manifestaram a recusa à realização de transfusão de sangue em seu nome, por serem seguidores da religião testemunhas de Jeová. O *habeas corpus* foi concedido devido ao empate na votação, prevalecendo, pela regra de julgamento, o entendimento de que os médicos do hospital – não denunciados – tinham o dever de realizar a transfusão e salvar a menina independentemente da manifestação dos pais, com a consideração, sobretudo, dos princípios e regras que protegem a criança e o adolescente.

Sobre esta delicada situação, Maria da Conceição Ferreira Cunha[590] e Manuel da Costa Andrade[591] asseveram que o direito de dispor sobre a própria vida e saúde configura uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal, devendo o médico,

---

[587] Assim, p.ex., FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, 1/2, p. 67-115, jan./jun. 2004. p. 94-96.

[588] Vide cap. 4, supra.

[589] Vide cap. 5.1, supra.

[590] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Das omissões lícitas no exercício da medicina. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 93-95.

[591] ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 383.

enquanto garante do menor, contrariar a vontade dos pais para salvá-lo[592]. Segundo a primeira autora, nesses casos deve-se partir de uma perspectiva mais objetiva, sendo inegável que o interesse do menor seria o de ser salvo.

Em sentido semelhante, Jorge Reis Novais defende que somente o titular pode renunciar aos direitos fundamentais, não devendo ser considerados o consentimento manifestado pelos pais:

> Não deverão ser consideradas legítimas ou, pelo menos, não deverão ser consideradas como verdadeiras renúncias, mas antes como restrições heterônomas, as situações em que, por exemplo, o pretenso consentimento é prestado pelos pais em nome do filho menor. Assim, se a recusa, livre e conscientemente expressa, da testemunha de Jeová, adulta, em sujeitar-se a uma transfusão de sangue absolutamente necessária para lhe salvar a vida pode ser configurada como renúncia, eventualmente legítima, ao seu direito à vida, já a mesma recusa manifestada em nome de um filho não pode ser integrada na mesma categoria de renúncia a direitos fundamentais, uma vez que um não titular do direito fundamental em causa não tem o poder de dispor sobre o abandono das pretensões, faculdades ou poderes que dele decorrem. Logo, quando se considere a legitimidade de uma e outra situação, a relevância do consentimento é qualitativamente distinta: no caso do adulto que pretende renunciar à vida em nome da sua liberdade religiosa, a existência de consentimento deve relevar como factor de ponderação a favor da admissibilidade da renúncia; já no caso referido de renúncia em nome do menor, o consentimento não deve desempenhar qualquer papel; quando muito, haverá que ponderar aí o direito à vida do menor e o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos (o que inclui a educação religiosa), mas à margem de qualquer argumentação de renúncia, uma vez que não há aí consentimento do titular do direito[593].

De acordo com Carlos María Romeo Casabona, o dever dos pais, precisamente em razão da função de proteção da saúde e da vida do filho, consiste em fazer todo o necessário em benefício da salvaguarda e proteção do mesmo, até que chegue à vida adulta e possa fazer uso por si mesmo de sua liberdade e assumir pessoalmente as consequências mais transcendentais de suas próprias decisões. A negativa de tratamento de um filho

---

[592] No mesmo sentido, Juarez Cirino dos Santos afirma que "o represenrante legal não pode consentir pelo portador do bem jurídico nas chamadas *decisões existenciais*" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 267)

[593] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 249-250.

menor por motivo de crenças religiosas, por exemplo, configuraria um exercício incorreto ou abusivo do poder familiar[594].

Também Gisele Mendes de Carvalho defende a primazia do bem jurídico em jogo (a vida do menor) e o dever de atuação do médico, inclusive contra a vontade dos pais do paciente. Ressalva, entretanto, os casos em que o menor é plenamente capaz de entender as consequências de sua decisão, hipótese em que restará cancelada a posição de garante dos terceiros[595].

Na mesma linha, Miguel Reale Júnior sustenta que, quando o que está em jogo é a vida de uma criança, a decisão só pode ser do médico, sendo justificada sua ação mesmo sem autorização do responsável, devendo realizar o ato médico necessário, segundo o seu conhecimento técnico, para salvar a vida do indivíduo, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Dessa forma, neste caso, seria plenamente aplicável a excludente constante do §3º do art.146 do Código Penal[596].

Há, ainda, quem, como Carmen Lamarca Pérez, sugira a solução procedimental de recurso a um juiz ou tribunal, o que, em todo caso, não resolve o problema do critério a ser utilizado para a decisão judicial[597].

A questão, como se observa, é de solução demasiadamente difícil, demandando um aprofundamento, provavelmente com forte apoio da Bioética e das Ciências Médicas, que extrapola os limites deste trabalho. Consigne-se, aqui, apenas dois preceitos que, acredita-se, devam ser seguidos por força do regime constitucional e legal brasileiro: havendo fundadas dúvidas, a intervenção penal deve dar lugar a outras formas de atuação estatal; a vontade do menor, sempre que possível, deve ser seriamente considerada, sem olvidar-se do potencial caráter especialmente irreversível de uma decisão deste tipo.

---

[594] ROMEO CASABONA, Carlos María. Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?: la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor [Comentário de jurisprud0ência]. *Revista de Derecho Penal y Criminología*:, Madrid, n. 2, p. 327-357, jul. 1998. p. 329-330. No mesmo sentido, embora afastando a possibilidade de imputação de crime de homicídio doloso aos pais, cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida:* os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 189.

[595] CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 386-403.

[596] REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1. p. 194.

[597] LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. *La Ley Penal*: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Madrid, v. 6, n. 60, p. 20-31, maio 2009. p. 28.

7.8.3 Incapacidade por deficiência mental

A última situação de possível incapacidade de manifestação de vontade ocorre com aquelas pessoas que apresentam alguma deficiência mental, que pode ser temporária ou permanente, em variados graus[598].

No caso brasileiro, verifica-se que a Constituição Federal apresenta todo um regime especial de proteção aos deficientes, físicos e mentais (vide, p.ex., art.7, XXXI, art.23, III, art.24, XIV, art.40, §4º, I, art.201, §1º, art.203, IV e V, art.208, III, art.227, §1º, II, e §2º, e art.244).

O Código Civil considera estas pessoas como relativamente incapazes (art.4º), estabelecendo um regime de curatela (art.1767 e seg.), enquanto o Código Penal os considera inimputáveis ou semi-imputáveis, isentando-os ou reduzindo a sua pena (art.26).

Merece destaque, contudo, a edição do Estado da Pessoa com Deficiência no ano de 2015 (Lei 13.146/2015), a qual, dentre muitas outras medidas, conferiu especial atenção à consideração da vontade do deficiente, sempre no maior grau possível:

> TÍTULO II
> DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
> CAPÍTULO I
> DO DIREITO À VIDA
>
> Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.
> Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei.
> Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.
> § 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.
> § 2º A pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de curatela deve ser realizada, em caráter excepcional, apenas quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com deficiência e desde que não

[598] Sobre este tema, Claus Roxin assevera que "quem auxilia um psicótico, que pela sua doença já corre o risco de suicidar-se, deve ser punido como autor de um homicídio simples ou até mesmo qualificado" (ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221.)

> haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados.
> Art. 13. A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis.
> (grifo nosso)

Observa-se, pela leitura dos dispositivos acima, a consideração do consentimento prévio, livre e esclarecido do deficiente como indispensável para a realização de qualquer procedimento ou tratamento médico, ressalvados, todavia, os casos de "riscos de morte e de emergência em saúde".

Destaque-se, também, o dispositivo que determina que a curatela afeta somente atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial, não alcançando o direito ao próprio corpo:

> Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.
> § 1º - A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.
> (grifo nosso)

Além disso, a mesma Lei 13.146/2015 alterou o Código Civil para introduzir o instituto da "Tomada de Decisão Apoiada" (art1783-A), por meio do qual a pessoa com deficiência pode eleger duas pessoas de sua confiança para prestar-lhe apoio em suas decisões sobre atos da vida civil.

Diante desse cenário, contata-se que a vontade do deficiente mental sobre a disposição de seus bens jurídicos, incluindo a vida, deve sempre ser levada seriamente em consideração, dentro, claro, das limitações de casa espécie de deficiência[599].

---

[599] Lembre-se mais uma vez, da Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece que "O assentimento livre e esclarecido consiste no exercício do direito de informação do paciente legalmente incapaz, para que, em conjunto com seu representante legal, possa, de forma autônoma e livre, no limite de sua capacidade, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar. Crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, estão aptas a compreender e a manifestar sua vontade por intermédio do assentimento, de forma livre e autônoma, não devem ser afastadas do processo de informação e compreensão do procedimento médico que lhes é recomendado."

7.9 CONSENTIMENTO INFORMADO, DIREITO A NÃO SABER E PRIVILÉGIO TERAPÊUTICO

Outra figura que vem ganhando cada vez mais destaque é a do consentimento informado (*informed consent)*, trabalhada, no contexto médico, como requisito para a existência de um consentimento válido, seja este favorável ou contrário à intervenção ou tratamento médicos[600].

Entende-se, com acerto, que há um verdadeiro dever jurídico atribuído ao médico de informar o paciente sobre todas as condições, prognósticos e riscos de determinado ato médico[601]. Em resumo, deverá o médico esclarecer o doente sobre a necessidade do tratamento, as suas vantagens e desvantagens, não olvidando, ainda, a eventual existência de meios alternativos de tratamento[602]. Com tais informações, poderá o paciente exercer livremente o seu direito de escolha, que deverá ser respeitado.

Esse dever de informação e esclarecimento é mencionado pela legislação de diversos países, a exemplo da Holanda[603] e Argentina[604], além de constar expressamente do Código Penal português:

> Dever de esclarecimento
> Art.157
> Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou

---

[600] Cuida-se de um dos temas mais importantes da Bioética atual. Cf., por todos, STANCIOLI, Brunello. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 173-188

[601] Cf., com mais detalhes e referências, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53-66.; FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, 1/2, p. 67-115, jan./jun. 2004.; ROMEO CASABONA, Carlos María. O consentimento informado na relação médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 128-172.; RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato medico ao problema jurídico*. Almedina: Coimbra, 2013. p. 213-248.

[602] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Das omissões lícitas no exercício da medicina. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 88

[603] Vide cap. 4.1, supra.

[604] Vide cap. 4.8, supra.

> seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica[605].

No Brasil, o Código de Ética Médica aborda a questão do consentimento informado do paciente:

> É vedado ao médico:
> Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal

Na mesma linha, a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina faz menção ao consentimento informado, estabelecendo que, no contexto da possibilidade de suspensão de tratamento de doentes em fase terminal, "o *médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação*"[606].

De fato, no contexto médico, ainda mais considerando a crescente complexidade das possibilidades terapêuticas, faz-se necessário o devido esclarecimento do paciente para que possa manifestar a sua vontade de forma livre e consciente, no exercício de sua autonomia.

Há, ainda, dois importantes temas relacionados ao consentimento informado, que consistem, na realidade, em exceções ou limitações ao dever de informação do médico: o *direito a não saber* e o *privilégio terapêutico*.

O primeiro consiste na renúncia do paciente ao esclarecimento, ou ao menos, ao esclarecimento quanto a certos aspectos do tratamento ou da intervenção médica, o que

---

[605] Vide cap. 4.7, supra.

[606] Registre-se, ainda, a existência da Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina, que "*dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*". Merece desatque o seguinte trecho da Recomendação: "O consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados. (…) As informações e os esclarecimentos dados pelo médico têm de ser substancialmente adequados, ou seja, em quantidade e qualidade suficientes para que o paciente possa tomar sua decisão, ciente do que ocorre e das consequências que dela possam decorrer. O paciente deve ter condições de confrontar as informações e os esclarecimentos recebidos com seus valores, projetos, crenças e experiências, para poder decidir e comunicar essa decisão, de maneira coerente e justificada".

integra, naturalmente, a autonomia do indivíduo[607]. Deve o médico, neste caso, agir conforme o estabelecido pelo vigente estado da ciência médica[608].

O segundo - previsto expressamente na segunda parte do art.157 do Código Penal português[609] e do art.34 do Código de Ética Médica brasileiro, acima transcritos – representa também uma exceção ao dever de esclarecimento e refere-se à possibilidade de omissão ao paciente de informações que poderiam colocar em grave risco a sua vida ou saúde, muitas vezes proporcionada por estados mentais de desesperança, tristeza, pânico ou desespero, o que poderia, em tese, comprometer o tratamento médico[610].

Sobre este complexo problema, alvo de intensa discussão sobre a sua abrangência e limites, Manoel da Costa Andrade alerta para o risco de se colocar o médico em uma situação de conflito: de um lado, com a possibilidade de condenação pelo não esclarecimento a título de tratamento médico arbitrário e, de outro, com a possibilidade de

---

[607] FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, 1/2, p. 67-115, jan./jun. 2004. p. 79-80. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 51-52.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Das omissões lícitas no exercício da medicina. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 93. "Hoje parece outrossim incontornável o reconhecimento de um 'direito a não-saber', que garante ao indivíduo um espaço livre de decisão quanto ao que quer e não quer saber sobre si próprio, nomeadamente sobre o seu corpo e a sua saúde. E tanto no que respeita ao presente como, e sobretudo, no que concerne ao futuro" (ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico:* SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra, 2008. p. 23).

[608] Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina: "Existem situações em que o paciente não deseja saber, nega a verdade a seu respeito ou nega-se a decidir, impossibilitando a comunicação do procedimento para a obtenção do consentimento livre e esclarecido. No entanto, a recusa de receber informação não significa, necessariamente, negativa de consentimento do paciente. Caso o paciente prefira que o médico decida, após a obtenção do consentimento, sua atuação guiar-se-á pelos princípios da beneficência, entre outros que possam estar especificamente indicados para o caso, como os princípios acessórios da totalidade, do mal menor e duplo efeito, nos casos mais complexos".

[609] Para Maria da Conceição Ferreira da Cunha, cuida-se de uma tentativa de concordância prática entre os valores vida e autonomia do doente. (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Das omissões lícitas no exercício da medicina. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 90-92).

[610] Paulo Vinicius Sporleder de Souza ressalta que a mera desmoralização, o simples agravamento geral do mal-estar ou da situação emocional, com ansiedade e estresse, não são considerados motivos excepcionais aptos a afastar o dever de informação do médico. Cf. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Direito Penal Médico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63-66. Sobre o tema, a Recomendação 1/2016 do Conselho Federal de Medicina: "O privilégio terapêutico também poderá ser utilizado nos casos em que a revelação da verdade sobre a saúde do paciente possa causar-lhe prejuízo psicológico grave, de forma a constituir um motivo proibidor para a obtenção de seu consentimento. Nesse caso, recomenda-se a utilização prévia do Protocolo Spikes, ou técnica similar, para o oferecimento da maior quantidade de informações possível, sem traumas, buscando perceber previamente a quantidade que o paciente está preparado para receber. A duração da omissão da informação deverá restringir-se ao período em que perdurar a necessidade de omissão da informação. O representante legal, caso indicado, será comunicado da decisão".

condenação pelos danos causados precisamente pelo esclarecimento considerado imprudente[611].

De outra parte, o mesmo autor - antes de se colocar como favorável ao instituto, seguindo requisitos específicos[612] - faz questão de destacar o posicionamento - que chama de minoritário e extremado - contrário à admissão de qualquer privilégio do médico:

> A este propósito soam hoje isoladas, ou ao menos claramente minoritárias, as vozes dos autores que, como Giesen, continuam a sustentar o primado irrestrito da autodeterminação e do esclarecimento. Uma tese extremada que se louva da denúncia do perigo do triunfo do paternalismo e da prevalência da racionalidade do médico sobre a autonomia da pessoa. Na realidade, argumenta Giesen, o privilégio terapêutico nada mais é do que um veículo pensado sobretudo para viabilizar os interesses médicos. Possibilita confissões labiais a favor do princípio da autodeterminação e da verdade à cabeceira do doente, mas abre todo o campo à discricionariedade do médico. De resto, acrescenta o autor, não faz sentido pensar no 'bem estar' do paciente sem entrar em linha de conta com os seus desejos e preferências. Na síntese de Giesen, a solução dos problemas concretos segregados pela vida cotidiana terá de obedecer ao mandamento: '*salus et voluntas suprema lex esto'*. Além do mais porquanto o bem do paciente e a vontade do paciente são inseparáveis entre si."[613]

Afigura-se difícil negar o caráter paternalista da figura do privilégio terapêutico[614]. Parte-se, em verdade, da consideração (ou da presunção), mais ou menos segura, de que o indivíduo não apresenta condições psicológicas para suportar o conhecimento de informações negativas a respeito de sua saúde. Objetiva-se, assim, protegê-lo, acreditando ser esta a medida que melhor atenda a seu interesse.

---

[611] ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico:* SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra, 2008. p. 122. Cf., ainda, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal:* contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 2004 p. 461 et seq.

[612] ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico:* SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra, 2008. p. 124-126.

[613] ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico:* SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra, 2008. p. 123.

[614] "Esa práctica [...] consiste en una clara manifestación del paternalismo médico, ya que resulta precisamente del conflicto entre el deber de informar del facultativo – y, por tanto, de respetar la autonomía del paciente – y el propósito beneficiente, inherente a esta profesíon, de evitar que la revelacíon de la informacíon pueda afectar negativamente el estado psíquico de enfermo" (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 49.). No mesmo sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 85-87.

Buscando uma solução em consonância com o direito constitucional à livre disposição da própria vida e do próprio corpo, acredita-se o caminho adequado parece ser o estabelecimento de uma prévia consulta ao paciente sobre vontade de conhecer todas a informações a seu respeito ou sobre o desejo de exercer – em diferentes graus – o direito a não saber, matéria que pode, inclusive, constar de documentos escritos como o testamento vital.

7.10 DEVER DE INTERVENÇÃO EM SUICÍDIO ALHEIO?

Outra discussão importante diz respeito à existência ou não de um dever de intervenção ou de socorro quando o terceiro está diante de um autêntico ato de livre disposição da vida, sendo forçoso concluir, por todas as premissas aqui lançadas, que, como regra, não existe um dever de evitar o suicídio alheio[615].

Nas hipóteses em que este terceiro seja, em princípio, um garante do bem jurídico[616], havendo recusa ou oposição do titular desse bem jurídico, cessa-se imediatamente o dever jurídico de intervenção, não havendo que se falar em qualquer crime omissivo impróprio[617]. Frente ao suicídio livre e responsável, seja no contexto médico ou fora dele, desparece o dever de garante do omitente[618].

---

[615] Nesse sentido: Gisele p. 255-257.CARVALHO, Gisele Mendes de. Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 4, n. 6, jan./jun. 2007. p. 257.; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad. Madrid: Tecnos, 1999. p. 307. Para uma análise mais detalhada, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 91-92. Reconhecendo o direito do paciente a recusar tratamento vitais no cenário norte-americano, cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 316 et seq.

[616] No caso brasileiro, por força do art.13, §2º, do Código Penal (vide cap. 3.2.3, supra).

[617] Além do crime de homicídio comissivo por omissão, há quem cogite de uma estranha figura de participação em suicídio por omissão. Cf., sobre o tema, CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224.

[618] "O dever de proteção dos poderes públicos e dos particulares que ocupam por alguma razão a posição de garante da vida de terceiros não se estende até o ponto de que devam intervir quando o titular do direito à vida dispõe da mesma – pelo contrário, não devem intervir nesse momento, porque a extensão de tal dever de proteção até esse ponto excederia em grande parte os limites assinalados pela Constituição Federal, de acordo com um análise do direito à vida à luz do direito à liberdade (art.5º, caput, CF)." CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224.

Nas situações em que o terceiro não seja um garante, pelos mesmos motivos, não há que se cogitar da existência de um dever de solidariedade apto a fundamentar uma criminalização por omissão de socorro ou de auxílio[619].

O tema ganha destaque nos conhecidos casos de *greve de fome*[620], sobretudo naqueles ocorridos no interior de presídios, em que se aventa a possibilidade de se imputar um crime de homicídio por omissão imprópria aos médicos e diretores dos estabelecimentos penitenciários[621]. Aqui, de igual forma, a vontade responsável – e insistente, diga-se de passagem – do preso deve fazer desaparecer o dever de garante do omitente, não se afigurando legítimo qualquer procedimento de alimentação forçada[622].

O fato de o Estado e de seus funcionários serem inicialmente colocados em uma posição de garante da vida e da integridade física dos presos não significa, de forma alguma, que esta posição deva subsistir mesmo contra a vontade do titular do bem jurídico. Vale lembrar que a Constituição assegura aos presos o respeito, por parte de terceiros, à

---

[619] Figura típica prevista pela generalidade dos países, apoiada em um apontado dever de solidariedade entre os cidadãos. No Brasil, o crime de omissão de socorro está previsto no art. 135 do Código Penal: "Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte". (Vide cap. 3.2.5, supra)

[620] O caso mais famososo é o de presos integrantes do grupo terrorista GRAPO. O Tribunal Constitucional espanhol, na sentença STC 120/1990, embora tenha afirmado a existência de um direito constitucional a recusar tratamentos médicos, consignou que este direito não ampara as greves de fomes penitenciárias que persigam finalidades ilegítimas. Cf., detalhadamente, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999. p. 329-343.

[621] Sobre a greve de fome, há disposição do Código de Ética Médica brasileiro que obriga o médico a tratar o paciente na hipótese de risco iminente de morte: "É vedado ao medico: (…) Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la".

[622] No mesmo sentido: ATIENZA, Manuel. La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los "grapo". *Jueces para la democracia:* información y debate, Madrid, n. 9, p. 31-37, abr. 1990.; LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida *La Ley Penal*: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Madrid, v. 6, n. 60, maio 2009. p .25-27. Em sentido contrário, após fazer referências a leis portuguesas e alemãs que admitem a alimentação forçada de reclusos em greve de fome, Manuel da Costa Andrade posiciona-se pela responsabilização penal dos médicos e diretores dos estabelecimentos prisionais quando, cumulativamente: a) exista já o perigo eminente de morte; b) haja o propósito de levar a greve até o fim; c) o grevista tenha perdido a consciência. (ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1. p. 93-95.). De forma semelhante, entendendo pelo ressurgimento da posição de garante do Estado quando o preso perde a consciência, com o dever de imposição de alimentação cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 368-385.; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 121-142. Cf., com detalhes, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La huelga de hambre en el ámbito penitenciario. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 30, p. 603-659, 1986.

integridade física e moral (art.5º, XLIX)[623], o que não pode ser confundido com qualquer dever de manutenção da própria integridade física por parte do indivíduo preso. Só há dever de socorro a quem deseja ser socorrido[624]. A intervenção contrária à vontade do preso deve, isso sim, ser criminalizada como constrangimento ilegal ou tratamento médico arbitrário, sendo evidente a violação à liberdade de escolha do indivíduo, conforme se verá a seguir.

7.11 CRIMINALIZAÇÃO DE ATOS CONTRÁRIOS?

A violação ao direito à livre disposição da própria vida e do próprio corpo representa verdadeira violação à liberdade individual, passível de criminalização.

No âmbito deste tópico, muito se discute na doutrina acerca da adequação típica ao crime de lesão corporal dolosa da conduta do médico que realiza a intervenção ou tratamento sem ou contrariamente ao consentimento do paciente. Argumenta-se, frequentemente, por exemplo, pela impropriedade de se considerar como crime de lesão corporal uma intervenção médica curativa realizada segundo a *lex arts*, mas contrária à vontade do paciente[625].

De fato, não se está a tratar, propriamente, de ofensa à integridade corporal do indivíduo, mas sim de ofensa à sua liberdade, especialmente à sua liberdade de dispor de sua própria vida ou de seu próprio corpo. A finalidade terapêutica do médico exclui sempre o dolo do delito de lesões corporais, restando apenas a possibilidade de cometimento de crime de lesão corporal culposa quando há ofensa à integridade física decorrente de

---

[623] Art.5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

[624] Há, todavia, no campo do Direito Administrativo, jurisprudência dominante que reconhece a resposabilidade civil objetiva do Estado por omissão em caso suicídio de preso. Cf., nesse sentido, *STF* (ARE 700927 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012) *TJMG* - Apelação Cível 1.0518.13.000349-5/001, Relator(a): Des.(a) Claret de Moraes (JD Convocado) , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/03/2016, publicação da súmula em 15/03/2016; Embargos Infringentes 1.0422.10.000951-9/002, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/09/2014, publicação da súmula em 29/09/2014); *TJSP* (Apelação nº 0004207-92.2014.8.26.0344 .Relator(a): Luciana Bresciani; Comarca: Marília; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/09/2015; Data de registro: 09/09/2015; Apelação Cível nº 0039250-61.2012.8.26.0053; Relator(a): Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/12/2014; Data de registro: 17/12/2014)

[625] Sobre tal discussão, cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 353-357.; ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p. 117-148, 2004. p. 126-130

violação do cuidado devido por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, por violação da *legis arts*[626].

Por essa razão, mais adequada parece ser a criminalização do ato – seja ou não praticado por um médico - na forma de crime contra a liberdade individual, o que, pela redação legal da maior parte dos países, incluindo o Brasil, pode ser concretizado no delito de coação ou de constrangimento ilegal[627]. Portugal, como visto[628], surge como exceção, com a previsão do crime autônomo de tratamento médico arbitrário, além de afastar expressamente a punição do médico por ofensa à integridade corporal quando "*as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física*".[629]

A intervenção coativa para evitar o suicídio alheio, impunível na maior dos países, também pode representar uma violação à liberdade de disposição da própria vida, abrindo-se a possibilidade de criminalização como coação ou como constrangimento ilegal.

7.12 POSSIBILIDADE DE CONTENÇÃO TEMPORÁRIA E DE INSTITUIÇÃO DE PROCEDIMENTOS BUROCRÁTICOS?

Muito embora se afirme, no âmbito deste trabalho, a ilegitimidade de qualquer intervenção penal paternalista, não se descarta a possibilidade de o Estado – diante, sobretudo, da irreversibilidade ímpar do ato de disposição da própria vida – criar *mecanismos extrapenais* de contenção temporária do indivíduo para que seja possível

---

[626] Nesse sentido, CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 353-355.

[627] "Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa".

[628] Art.150.1 do Código Penal português. Vide cap. 4.7, supra.

[629] Defendendo as vantagens prático-jurídicas do modelo português, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p. 117-148, 2004. p. 126 et seq. Contrária à criação de um novo tipo penal específico no cenário espanhol, CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 353-357.

aferir se o ato, efetivamente, revela a concretização de sua vontade livre e consciente e para, eventualmente, proporcionar tempo para a reavaliação da decisão.

Sobre o tema, manifesta-se Andrew Von Hirsch:

> Segundo meu julgamento, existem problemas específicos quando se acionam sanções penais, ainda que o modelo de um paternalismo limitado possa justificar intervenções coercitivas estatais de outras naturezas (por exemplo, de natureza civil ou administrativa). Em casos simples, como no de uma tentativa de suicídio, isso manifesta-se de modo evidente. Talvez possa ser adequado que o Estado intervenha, sob determinadas circunstâncias, em tentativas de suicídio, de modo a que a pessoa possa refletir sobre a sua situação e decidir-se, possivelmente, por continuar a viver. Entretanto, é algo completamente diferente sancionar penalmente uma tentativa de suicídio. [...]. A base para uma intervenção paternalista limitada reside em dar à pessoa tempo para uma nova avaliação e reflexão de suas escolhas. Tais razões referem-se à manutenção de suas futuras chances de vida, não à censura de seu comportamento passado[630].

Seguindo esta mesma linha, também mostra-se plausível, na esteira do que já fazem diversos países em relação à eutanásia de paciente terminais[631], cogitar da instituição de procedimentos burocráticos extrapenais para conferir maior segurança aos atos de livre disposição da própria vida que envolvem a participação de terceiros.

O mais importante, como exaustivamente colocado, é que seja garantida a possibilidade de exercício do direito à livre disposição da própria vida.

7.13 MORTE CONSENTIDA E CANIBALISMO: UM CASO LIMITE?

Para encerrar esta parte do trabalho, mostra-se interessante examinar, separadamente[632], um caso peculiar, ocorrido na Alemanha no ano de 2001: o caso conhecido como o do canibal de Rotemburgo[633].

---

[630] HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 24-25, jul./ago. 2007. p. 18 et seq. De modo semelhante, defendendo o que chama de *paternalismo estatal legítimo leve*, com o objetivo de proteger o plano futuro do sujeito, Maria Rigopoulou destaca que, "*quando se está diante de decisões irreversíveis ou de difícil reversibilidade, deve-se ter a certeza de que o indivíduo está apto a tomar a decisão livre naquele exato momento*". (RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia, São Paul*o, n. 227, 2007. p. 353-354.).

[631] Vide, p.ex., cap. 4.1 e 4.12, supra.

[632] Para uma exposição geral de casos, cf. 5, supra.

De forma resumida, um indivíduo de nome Armin Meiwes, 40 anos, técnico em computação, colocou um anúncio na internet a procura de pessoas para serem literalmente devoradas ou consumidas. Várias foram as pessoas que responderam ao anúncio demonstrando interesse (há notícias de que foram mais de 400 interessados), e pelo menos quatro delas chegaram a ir até a residência de Meiwes, não tendo o ato se consumado, basicamente, por não terem os candidatos preenchidos os rígidos requisitos traçados pelo canibal.

Determinado dia, um indivíduo de nome Bernd Jurgen, 42 anos, engenheiro da cidade de Berlin, respondeu ao anúncio com os dizeres "espero que me ache saboroso" e, a partir de então, passou a se comunicar com Meiwes. Na realidade, Jurgen possuía a ideia de mais alto prazer sexual vinculada à amputação e ingestão de seu pênis por outro homem.

Assim, em 9 de março de 2001, Jurgen foi ao encontro de Meiwes com a intenção de concretizar o plano combinado. A pedido de Jurgen, Meiwes amputou-lhe o órgão sexual e, em seguida, ambos o consumiram parcialmente.

Conforme acertado, Meiwes aguardou que Jurgen entrasse em estado de inconsciência por causa da perda de sangue e o matou com dois cortes fatais no pescoço. Em seguida, dissecou o corpo e congelou cerca de 20 kg de carne, tendo ingerido grande parte nos meses que se seguiram. Todo o ato, que durou mais de 4 horas, foi filmado.

Após a denúncia, em janeiro de 2004, o Tribunal Regional de Kassel, indeferindo a alegação da defesa de ocorrência de homicídio a pedido (§216) ou homicídio doloso privilegiado (§213) e o pedido da acusação de condenação pelo crime de homicídio qualificado – crime cometido para satisfação de desejo sexual, por motivo torpe e para possibilitar outro ato criminoso - (§211), condenou Meiwes por homicídio doloso simples (§ 212), imputando-lhe uma pena de 8 anos e 6 meses de prisão, fato que causou revolta na

---

[633] Relatado em: REIS, F. G. D. O Canibal de Rothenburg: um ensaio sobre a Liberdade. *Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, v. 13, p. 139-162, 2010; GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Canibalismo e masoquismo: encontro macabro. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 25, p. 156-157, abr./maio 2004.; CARVALHO, Eliane K. Sem mediações: canibalismo, black bloc e pacificação. *Verve*: Revista Semestral do Nu-Sol - Núcleo de Sociabilidade Libertária, São Paulo, n. 27, p. 91-106, jan./jun. 2015.; CANIBAL condenado a oito anos de prisão. 30 jan. 2004. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/canibal-condenado-a-oito-anos-de-pris%C3%A3o/a-1100710>. Acesso em: 30 ago. 2016.

população alemã e fortes críticas por parte de juristas, que consideraram a pena extremamente branda e clamavam por uma punição exemplar[634].

Tanto a defesa quanto a acusação recorreram ao Tribunal Federal alemão, que deu provimento ao pedido da acusação para estabelecer que o tipo aplicável era o de homicídio qualificado (§212), determinando a realização de novo julgamento.

Dessa forma, Armin Meiwes foi novamente julgado e condenado, desta vez por homicídio qualificado cometido para satisfazer desejos sexuais, com a imposição de pena de prisão perpétua. A defesa ainda tentou um recurso ao Tribunal Constitucional, sem sucesso.

Todos os julgamentos relacionados ao caso encerram uma série de debates e detalhes que não podem ser aprofundados no âmbito deste trabalho. Não há dúvida de que os fatos, embora não sejam os únicos registrados na história recente[635], foram e são objeto de profunda reprovação moral pela maioria das pessoas, em todo o mundo. No entanto, como se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, apenas essa reprovação pela moral dominante não legitima uma incriminação. Sendo assim, qual o tratamento jurídico-penal legítimo para este tipo de situação?

Em uma análise inicial, o caso parece amoldar-se à figura de homicídio a pedido, prevista expressamente no §216 do Código Penal alemão, independentemente de qualquer avaliação sobre a constitucionalidade deste tipo penal.

Ocorre que o Tribunal Federal afastou a aplicação desta espécie de tipo privilegiado com base em dois argumentos: o consentimento não foi válido, uma vez que a vítima sofria de uma forma avançada de masoquismo e não seria capaz de entender o resultado morte como consequência de suas atitudes; o consentimento não foi o único fator determinante do homicídio, que ocorreu também como concretização do interesse do executor.

Quanto ao primeiro ponto, noticia-se que o Tribunal chegou a esta conclusão com base unicamente na descrição fática, considerando que não pode estar mentalmente sadio alguém que apresenta este tipo de comportamento. Interessante observar que isto não foi

---

[634] "A opinião pública mundial, sem conhecer detalhes relevantes do caso, ficou estarrecida!" (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Canibalismo e masoquismo: encontro macabro. Revista Síntese de Direito Penale Processual Penal* l, Porto Alegre, v. 4, n. 25, p. 156-157, abr./maio 2004). Para uma exposição da legislação penal alemã, cf. cap. 4.4, supra.

[635] Fazendo referência a pelo menos outros 4 casos de canibalismo, cf. GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Canibalismo e masoquismo: encontro macabro. Revista Síntese de Direito Penale Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 25, p. 156-157, abr./maio 2004.

considerado para classificar o canibal como inimputável, tendo sido este tomado como plenamente capaz, com base em pareceres médicos[636].

O segundo ponto traz um elemento novo à discussão. Verifica-se que a morte não aparece unicamente como vontade da vítima, mas também como concretização da vontade do executor. Neste caso, acrescenta-se um interesse alheio ao titular do bem jurídico, introduzindo-se um elemento que pode ser considerado ilegítimo e, com efeito, justificar a incriminação[637].

[636] Vide cap. 7.8, supra.
[637] Vide cap. 8.2.2, infra.

8 O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Partindo do pressuposto de que não é legítima a criminalização de atos que revelem o mero exercício de direitos fundamentais[638], mostra-se necessária a formulação de propostas de *lega lata* e de *lege ferenda*, de modo a adequar a intervenção penal, no que toca ao direito à livre disponibilidade da vida, aos limites da Constituição Federal de 1988, assim como, especialmente nesta matéria, como visto, ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

8.1 PROPOSTA DE *LEGE LATA*

No âmbito do Estado Constitucional e Democrático de Direito, frente ao cenário jurídico-penal vigente no Brasil, deve-se utilizar a técnica ou método conhecido como *interpretação conforme a Constituição*, que integra o sistema de controle de constitucionalidade e consiste em afastar, dentre as várias interpretações possíveis ou dentre as diversas normas passíveis de serem extraídas de determinado dispositivo, aquelas que sejam incompatíveis como as normas constitucionais[639].

No campo penal, considerando a existência de uma Parte Especial do Código Penal datada de 1940, a *interpretação conforme a Constituição* atua para, fundamentalmente, restringir o alcance do poder punitivo estatal aos limites traçados pelo texto constitucional fundante de uma nova ordem democrática.

---

[638] Vide cap. 6.1, supra.

[639] "Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém consentem toma-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada 'conforme a Constituição', será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 473-480). Cf., ainda, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193-201, p. 373. Técnica já muito utilizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Como exemplo, tem-se a ADPF nº 187, já citada, sobre a chamada "marcha da maconha", julgada procedente "de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos." (STF. Rel. Min. Celso de Mello. j.15/06/2001).

Sendo assim, em uma linha mais geral, propõe-se seja operada uma *interpretação conforme* de modo a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização de atos consentidos praticados contra bens jurídicos individuais, com ou sem o auxílio de uma teoria da imputação objetiva[640].

Dessa forma, por exemplo, o tipo de lesão corporal (art.129 do Código Penal[641]), em uma interpretação conforme a Constituição, não pode legitimamente abranger a conduta praticada com o consentimento válido do titular do bem jurídico, mesmo que se trate de lesão grave ou supostamente contrária aos bons costumes[642].

No que tange especificamente à atuação em morte alheia consentida, os crimes de homicídio (art.121 do Código Penal) e de participação em suicídio (art.122 do Código Penal)[643] devem ser interpretados de forma a excluir a criminalização quando o ato revelar a mera concretização de um ato livre e consciente do titular do bem jurídico vida.

De igual modo, devem ser lidas à luz da Constituição as hipóteses previstas no art.146, §3º, do Código Penal, que excluem o crime de constrangimento ilegal quando, mesmo sem o consentimento do indivíduo, a intervenção médica se justifique por iminente perigo de vida ou a coação tiver como objetivo impedir o suicídio[644].

No primeiro caso, havendo a possibilidade de se aferir a vontade do paciente, esta deve obrigatoriamente prevalecer, o que, em tese, poderia conduzir à imputação do crime contra a liberdade individual em questão[645].

---

640 Cf., sobre a necessidade de se trilhar novos caminhos: MARINHO, Renato Silvestre. A relevância do comportamento da vítima no direito penal: novos caminhos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 215, p. 12-13, out. 2010. De acordo com Pierpaolo Cruz Bottini, "não há como imputar objetivamente um resultado típico a um comportamento consentido". (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Apresentação*. In: LEQUES, Rossana Brum. O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 11-12). Sugerindo a adoção de critérios normativos trazidos pela teroria da imputação objetiva apenas em situações de consentimento quanto ao *risco* e não quanto ao *resultado*, cf. MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.

641 "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:"

642 São muitos os autores que utilizam estes dois elementos para limitar o consentimento no crime de lesão corporal. Cf., p.ex., sustentando ser a integridade física um *bem relativamente disponível* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 180.

643 Vide cap. 3.2, supra.

644 Vide cap. 5.1, supra.

645 Nesse sentido, Miguel Reale Júnior chega a sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo do art.146, §3º, do Código Penal, por afronta ao princípio da autonomia, corolário do princípio da dignidade humana, assim como ao direito ao livre desenvolvimento, rejeitando este tipo de atuação paternalista do Estado, cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1. p. 187 et seq.

Já no segundo caso, configurando-se a hipótese de ato livre e consciente de disposição da vida, a coação para impedir o suicídio, como regra, não deveria estar abrangida por qualquer excludente[646].

Há de se considerar, todavia, eventual violação ao princípio da legalidade penal estrita em razão da operação de uma *interpretação conforme contra reo*, uma vez que se criaria uma ilegítima situação de alargamento do poder punitivo sem edição de lei formal, fato que releva a importância de se formular uma proposta de alteração do quadro legislativo.

Por último, no que tange ao crime de omissão de socorro[647], normalmente passível de atribuição àqueles que não ostentam a posição de garante do bem jurídico, também deve restar excluído do tipo a conduta daquele que deixa de prestar socorro a quem não deseja ser socorrido. Independentemente de qualquer análise crítica sobre a legitimidade de um dever geral de solidariedade como fundamento da incriminação, não há como obrigar qualquer indivíduo a prestar ajuda a quem não quer ser ajudado.

8.2 PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*

8.2.1 Cláusula geral de consentimento do titular do bem jurídico

Considerando que o direito à livre gestão de seus próprios bens jurídicos individuais é decorrência do modelo de Estado Democrático de Direito, propugnado pela Constituição de 1988, imperiosa se afigura, a inserção na Parte Geral do Código Penal brasileiro, na esteira de alguns dos principais Códigos estrangeiros[648], de uma cláusula geral[649] que impeça – por ser ilegítima[650] - a atuação do poder punitivo penal nos casos em

---

[646] Também defendendo a "absoluta inconstitucionalidade" do art.146, § 3ª, I e II, cf.: CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224.

[647] Vide cap. 3.2.5, supra.

[648] Cf., p.ex., Códigos Penais da Alemanha, Espanha, Portugal, Colômbia e Peru (vide cap. 4.4, 4.5, 4.7, 4.10 e 4.11, supra.

[649] Sobre a relação entre as normas da parte geral e especial do Código Penal, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal.* São Paulo: Atlas, 2014. p. 230-235.; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

[650] Também afirmando – no âmbito argentino - que a disponibilidade do bem jurídico por seu titular decorre do texto constitucional, rechaçando o que chama de "*paternalismo autoritário*", a lição de Eugênio Raúl

que há o consentimento do titular do bem jurídico passível de lesão[651], superando-se o vetusto entendimento doutrinário e jurisprudencial que considera o consentimento, como regra, em hipóteses bastante restritas, como causa supra ou extra legal de exclusão da ilicitude[652]. Este ponto parece ter sido esquecido pela comissão que elaborou o Projeto de Novo Código Penal atualmente em discussão[653].

A propósito, sabe-se que existe um intenso debate acerca do enquadramento jurídico-penal da figura do consentimento, seja como causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade, muitas vezes diferenciando-se as figuras de *acordo* e *consentimento*, debate este cujo aprofundamento escapa aos objetivos deste trabalho[654].

Zaffaroni: "La expropiación del conflicto en los siglos XIII y XIV retomó el principio imperial en contra de la víctima, lo que sólo en el siglo XVIII fue atemperado con el principio de ofensividad. Sin embargo, la posterior tarea de demolición del derecho penal liberal volvió a la carga con el principio imperial, argumentando que el interés público no podía quedar sometido a la voluntad de un particular, lo que llevó a rechazar la relevancia eximente de la aquiescencia. Esta reacción antiliberal implicaba la confiscación o estatización de todos los bienes jurídicos, es decir, que todos tendrían um único titular que sería el estado que, a su vez, se proclamaba titular de un pretendido derecho subjetivo o *jus puniendi* y, en último análisis, el mentado *jus puniendi* se erigiría en único bien jurídico. Esta pretensión es inadmisible e incluso el concepto de *jus puniendi* no pasa de ser una racionalización legitimante de la *potentia puniendi*, que es lo único que existe en el mundo real. Lo contrario es claro paternalismo autoritario, pues cuando el poder punitivo no reconoce la relevancia eximente del consentimiento, desconoce a la víctima o sólo la admite con un signo que habilita la confiscación. El argumento por el que se impone la eficacia eximente de la aquiescencia es constitucional: no hay lesividad cuando un hecho no afecta a otro por daño o por peligro ni tampoco cuando el habitante consiente ciertos cursos de acciones que pueden ser dañinos o peligrosos para el ente con el que se relaciona. Cuando se pretende separar al bien jurídico de su titular, no se hace otra cosa que destruir o negar el concepto mismo de bien jurídico: si su esencia es la relación de disponibilidad, es imposible negar el valor eximente de la aquiescencia. El desconocimiento de la relevancia de ésta a los efectos de la prohibición es un nuevo esfuerzo por subordinar a la víctima. Cualquier intervención punitiva alcanza un grado intolerable de irracionalidad cuando pretende que el habitante use el bien jurídico sólo en determinada forma; esta pretensión es propia de un estado que no respeta la autonomía de la conciencia (la persona) ni el concepto personalista del derecho, sino de un derecho transpersonal que subordina al humano a metas trascendentes de su humanidad, es decir, idolátricas (la raza, la nación, la dictadura, el régimen, etc.). La pretendida *tutela* de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un *pretexto para penar un pragma no conflictivo* y, por ende, es violatoria del art. 19 constitucional" (ZAFFARONI, Eugênio Raúl ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 498-499)

[651] *"Todos os bens jurídicos individuais, inclusive o corpo e a vida,* são disponíveis". (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 262*).* Defendendo a reformulação da teoria do consentimento, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (vide cap. 2.2.6); MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. p. 94 et seq.

[652] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 171-172 e 214-215.; PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido: na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[653] Vide cap. 3.3, supra.

[654] Para tanto, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal:* contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 2004.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2. p. 236-244.; ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 511 et seq;. POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y

Propõe-se, assim, o seguinte dispositivo:

> Consentimento do titular do bem jurídico
>
> Não constitui crime a ação ou omissão praticada com o consentimento válido do titular do bem jurídico passível de lesão ou de exposição a perigo.

De forma simplificada, entende-se que, não havendo conflito de interesses, não há sequer que se falar em lesão, e, em consequência, em existência de fato típico[655], afigurando-se recomendável a opção por uma cláusula de exclusão de crime que abranja tanto a ação quanto a omissão.

Pelo mesmo motivo, justifica-se a escolha pela expressão "bem jurídico *passível* de lesão ou de exposição a perigo", em uma tentativa de se alcançar maior precisão técnica. Como bem afirma Miguel Polaino-Orts, conceitualmente, não há sequer de se falar em lesão do ponto de vista normativo[656].

Não se mostra legítima a limitação do consentimento pela adequação aos bons costumes, como ocorre em muitos países, a exemplo da Alemanha e Portugal[657]. Afinal, como visto, em um modelo de Estado pluralista, tolerante, garantidor da inviolabilidade da vida privada, e que considera a autorresponsabilidade, a fundamentação da intervenção

---

consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 82, p. 163-204, 2004.

[655] "Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesíon alguna del bien jurídico cuando una accíon se basa en una disposicíon del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresíon. [...]. El efecto excluyente del tipo que tien el consentimento se infiere [...] imediatamente de la liberad de accíon garantizada constitucionalmente en el art.2.1 GG, cuyo ejercicio por parte de quien consiente impossibilita la lesíon simultânea de um bién jurídico que a él le corresponde y con ello uma realizacíon del tipo" (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 517-518). No mesmo sentido: POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 82, p. 163-204, 2004. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral.* 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 260 et seq.; QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 321-322 Também defendendo a introdução da figura do consentimento na Parte Geral do Código Penal brasileiro, cf. LEQUES, Rossana Brum. O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. São Paulo: LiberArs, 2016.

[656] POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 82, p. 163-204, 2004. p. 198.

[657] Vide cap. 4.4 e 4.7, supra.

penal com base em uma cláusula de bons costumes, diretamente associada a uma concepção moral dominante, não se sustenta[658].

Diante das dificuldades já apontadas[659], opta-se, nos limites deste trabalho, por não incluir cláusulas que abarquem os diversos pontos problemáticos que envolvem a definição de *consentimento válido*, preferindo-se a adoção dessa espécie de *elemento normativo negativo*[660], abrindo-se, assim, a discussão sobre os seus contornos para a doutrina e jurisprudência, inclusive na área da Bioética, e para a normativa extrapenal, ainda que sob o risco de se estabelecer alguma insegurança jurídica.

Deve-se atentar, em todo caso, para o fenômeno da proliferação de falso bens jurídicos coletivos - a exemplo do que parece ocorrer com a saúde pública em relação ao crime de porte de drogas para consumo pessoal-, o que poderia tornar sem efeito a norma proposta, expandindo o alcance do poder punitivo penal[661].

---

[658] Pode-se, inclusive, dizer que a exclusão do Código Penal brasileiro do título denominado "Dos crimes contra os costumes", referente aos crimes sexuais, operada pela Lei nº 12.015/2009, vai nesse mesmo sentido. Sobre este ponto, cf. MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade e crimes sexuais*. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. p. 587-614. Também rejeitando a cláusula dos bons costumes: SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005. (vide cap. 2.2.2, supra); ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 529-530. POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 82, p. 163-204, 2004. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2. p. 241-242.; LEQUES, Rossana Brum. O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 105.;. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 263-264. Em sentido contrário: PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido: na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 121-127; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal:* contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 537-563.

[659] Vide cap. 7.8, supra.

[660] "Os elementos normativos constituem elementos de conteúdo variável, aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo ao fato concreto. Eles, malgrado terem conteúdo variável, definível através de um processo não de percepção, mas de compreensão, não destoam da estrutura do tipo, ao contrário, completam o quadro da ação considerada delituosa, sendo, ao lao dos elementos objetivos e subjetivos, um índice revelador do valor tutelado. O legislador recorre aos elementos normativos também por força da linguagem, a fim de não cair em casuísmos exagerados, preferendo deixar em aberto, através de uma generalidade, a descrição de uma circunstância concreta variável." (REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 141-144).

[661] Cf., acerca do tema: HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 57-75. HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010.; HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 182 et seq.

8.2.2 Participação em ato alheio de livre disposição da própria vida

Em consonância com o estabelecido pela Constituição de 1988, como regra, a atuação em suicídio alheio direcionada a concretizar o exercício do direito à livre disposição da própria vida não poderá ser legitimamente criminalizada. Todavia, a atuação que, de alguma forma, extrapolar esta finalidade altruísta específica – que, pela redação atual, configura causa de aumento de pena[662] - deve continuar a merecer a intervenção penal.

Assim, na linha da norma geral proposta acima, em substituição ao vigente art.122 do Código Penal, propõe-se - buscando atender aos critérios de elaboração do tipo elencados por Mariângela Gama de Magalhães Gomes[663] -, o seguinte dispositivo:

> **Contribuição ao suicídio por motivos egoísticos**
>
> Contribuir, de qualquer modo, para o suicídio alheio, inclusive com a prática de atos executórios, por motivos egoísticos.
>
> Pena: reclusão, de 2 a 4 anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 a 3 anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Tomando o suicídio como ato livre e consciente de colocar fim à própria vida, entende-se que pode ser realizado por mãos próprias ou em regime de divisão de tarefas, sendo que a decisão final ou o domínio final do fato deve permanecer com a titular do bem jurídico. Nesta segunda hipótese, a atuação de terceiro deve ser legitimamente criminalizada apenas quando for realizado por motivos próprios, alheios à vontade do titular do bem jurídico[664].

---

[662] Art.122, parágrafo único - A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico (…); Vide cap. 3.2, supra.

[663] Cf.: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33 et seq.

[664] O art.115 do Código Penal suiço apresenta redação similar, conquanto o art.114 preveja uma figura autônoma de homocídio a pedido. (vide cap. 4.3, supra). De forma semelhante, Claus Roxin também defende, no cenário jurídico alemão, a criminalização da participação em suicídio baseada em motivos egoístas, em particular, os econômicos. (ROXIN, Claus. *Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, 2013. p. 26).

Contrariando a tradicional distinção entre participação em suicídio e homicídio a pedido baseada no critério naturalista, opta-se por inserir no mesmo dispositivo toda forma de atuação egoísta em suicídio alheio, ignorando, pelos motivos já expostos[665], a importância de se determinar quem domina o último ato executório.

O fundamento da proibição encontra-se na associação de um componente ilegítimo – a finalidade alheia, egoísta – a uma vontade livre e consciente[666]. O resultado, embora, finalmente, desejado pelo titular do bem jurídico, não aparece unicamente como obra sua, mas coloca-se como a concretização de objetivos a ele estranhos.

Ressalve-se que, não sendo o ato livre e consciente, restará afastada a hipótese de suicídio, no sentido estrito aqui adotado, remetendo a conduta do terceiro interveniente para o crime de homicídio praticado na forma mediata.

8.2.3 Intervenção ou tratamento médico arbitrário

Tendo em vista, de um lado, a impropriedade de se classificar como lesão corporal a conduta do médico que, obedecendo a *lex arts*, atua contra a vontade ou sem o consentimento do paciente[667], e, de outro, a importância do direito fundamental à liberdade pessoal, na sua específica dimensão de liberdade de autodeterminação sobre a própria vida e sobre o próprio corpo, propõe-se a introdução do crime de *intervenção ou tratamento médico arbitrário* no Código Penal brasileiro, a ser alocado no capítulo "Dos crimes contra a liberdade individual":

> **Intervenção ou tratamento médico arbitrário**
>
> Realizar intervenção ou tratamento médico sem o consentimento válido do paciente.
> Pena: reclusão, de 6 meses a 2 anos.
>
> §1º- Sendo impossível a obtenção do consentimento expresso, admite-se o consentimento presumido.
> §2º- No caso em que o tempo necessário para obtenção do consentimento, expresso ou presumido, implicar grave risco para a vida

[665] Vide cap. 7.4, supra.
[666] De modo semelhante, Enrico Ferri também já defendia a criminalização do ato determinado por motivos ilegítimos. (vide cap. 2.2.1, supra)
[667] Vide cap. 7.11, supra.

> ou saúde do paciente, justifica-se a intervenção ou tratamento em conformidade com o vigente estado dos conhecimentos médicos.

Trata-se, definitivamente, da superação do modelo de medicina paternalista[668], em que o médico, detentor do conhecimento técnico, se coloca como o único capacitado para decidir sobre a saúde do paciente. Neste novo paradigma, em consonância com a Constituição Federal e com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco/ONU[669], coloca-se a autodeterminação do indivíduo em primeiro lugar, considerando que este, devidamente esclarecido, tem o direito a definir os rumos de sua vida e de sua saúde, ainda que a sua decisão resulte na sua morte ou pareça não razoável ou irracional aos olhos de um terceiro[670].

Deve-se destacar que a existência do genérico crime de constrangimento ilegal (art.146)[671] - especialmente em razão de sua descrição típica que exige violência, grave ameaça ou redução da capacidade de resistência da vítima – não atende a finalidade de criminalização de toda intervenção ou tratamento médico arbitrário[672].

A definição de consentimento válido, a seu turno, enfrenta dificuldades semelhantes às apontadas para a cláusula geral de consentimento, repetindo, aqui, a adoção de uma espécie de *elemento normativo negativo*, em uma forma de tipo aberto[673], devendo ser

---

[668] "O que alterou substancialmente o sentido do acto médico foi a introdução, dentro da relação doente *I* médico, da ideia forte da autodeterminação do doente. Este deixou de ser entendido, em toda a linha, como um sujeito meramente passivo daquela relação de supra-infra ordenação, para passar a ser um sujeito detentor de direitos que, em relação dialógica – praxiologicamente dial6gica e não, por certo, cientificamente dialógica - com o médico, é senhor capaz de 'construir' a sua própria vida. Poder-se-á afirmar que o centro de gravidade dessa relação dialógica e complexa que é a relação médico / doente assentou arraiais, assentou a sua praça forte, no doente, na pessoa doente. Em definitivo: ao modelo paternalista sucede-se, em tempo de realização acelerada, o modelo de autonomia. Com todas as suas implicações". (COSTA, José de Faria. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.*Coimbra: Coimbra, 2003. p. 791)

[669] Vide cap. 4.13, supra.

[670] Nesse sentido, recusando a avaliação sobre a razoabilidade da decisão do paciente e defendendo as vantagens prático-jurídicas do crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* do Código Penal português, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p. 117-148, 2004. p. 126-130. Em sentido contrário à criação do tipo penal específico, com base nos princípios da intervenção mínima e fragmentariedade, cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 353-357.

[671] Vide cap. 3.2.5.

[672] Em sentido semelhante, quanto ao crime de coação previsto no Código Penal espanhol, cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 356-357.

[673] Sobre as noções de tipos fechados e abertos, recomendando o uso dos segundos com parcimônia, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 102-106.

acrescidas, neste campo, as noções de *consentimento esclarecido* e do *direito a não saber*[674].

Acredita-se ser recomendável a previsão da figura do consentimento presumido, elevado à condição de primeiro recurso em caso de impossibilidade de obtenção do consentimento expresso (*caráter subsidiário*)[675], com a redução da relevância da vontade de representantes legais.

No caso em que a obtenção do consentimento, expresso ou presumido, demandar um tempo que represente grave risco para a vida ou a saúde do paciente, opta-se por autorizar o médico a atuar nos termos da *lex arts*, do vigente estado dos conhecimentos médicos. Esclareça-se que não se trata da adoção do *in dubio pro vita*, mas do reconhecimento, mediante a inserção de uma cláusula especial de exclusão de ilicitude[676], de que, na impossibilidade de aferição de qualquer manifestação de vontade do titular do bem jurídico, deve prevalecer a conduta médica cientificamente recomendada, que poderá ou não ser direcionada à manutenção da vida[677].

Resta pertinente, aqui, a observação de Claus Roxin, para quem, também destacando o caráter irreversível da morte, a melhor maneira de servir à autonomia do paciente, nestes casos, é permitir o salvamento da vida, deixando-lhe aberta a decisão posterior, que pode ser, inclusive, uma opção pela morte[678].

---

[674] Vide cap. 7.9, supra. Para regular todas as situações no contexto medico, Gisele Mendes de Carvalho chega a sugerir a edição de uma "Lei de Direitos dos Pacientes". Cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: Bruno Queiroz Oliveira; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 203-224. Pensa-se, talvez, em uma lei semelhante à existente na Argentina (vide cap. 4.8, supra).

[675] ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 769-770

[676] Acerca das cláusulas especiais de exclusão de ilicitude, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 118-121.

[677] Em sentido semelhante, a Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina: "Em situações de emergência, nas quais não seja possível obter o consentimento do paciente ou de seu representante, o médico atuará em favor da vida do paciente, amparado no princípio da beneficência, entre outros. Nesse momento, ao avaliar o que é melhor para o paciente (privilégio terapêutico), o médico adotará o procedimento mais adequado e cientificamente reconhecido para alcançar a beneficência. No entanto, o médico sempre deverá considerar as diretivas antecipadas de vontade do paciente, se existentes e disponíveis, conforme determina a Resolução CFM nº 1.995/12."

[678] ROXIN, op. cit., p. 775-.776.

8.2.4 Constrangimento ilegal e intervenção coativa em ato alheio de livre disposição da própria vida

A intervenção coativa em ato alheio de livre disposição da própria vida, no contexto médico, encontra-se já devidamente abrangida pelo tipo penal proposto no item anterior. Deve, pois, o médico respeitar a escolha livre e consciente do paciente, ainda que esta signifique uma opção pela morte, sob pena de cometimento do crime de intervenção ou tratamento médico arbitrário.

Mostra-se necessária, portanto, a revogação do dispositivo referente ao inciso I, do § 3º, do atual Código Penal brasileiro,[679] pelo que, da forma como está redigido, coloca-se em contrariedade à Constituição Federal.

Os casos de iminente perigo de vida em que a urgência impossibilite a obtenção do consentimento válido do paciente devem obedecer ao regime estabelecido pelo §2º do dispositivo acima proposto[680].

Resta avaliar, contudo, a pertinência da manutenção da excludente prevista no art.146, §3º, II, do Código Penal[681], que consiste em uma genérica descriminalização da intervenção coativa destinada a impedir o suicídio alheio, seja no contexto médico ou fora dele.

Neste ponto, por se tratar de uma escolha existencial de caráter especialmente irreversível e, ainda, por abranger potencialmente inúmeras situações complexas de dificuldade em aferir a capacidade de manifestação autêntica da vontade[682], propõe-se a inclusão de uma permissão excepcional apenas para uma contenção *temporária* e *moderada*[683], nos seguintes termos:

> **Constrangimento ilegal**
> Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de

---

[679] Art.146, § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida. Vide cap. 3.2.5, supra.

[680] Vide cap. 8.2.3, supra.

[681] "Art.146, § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: II - a coação exercida para impedir suicídio". Vide cap. 3.2.5, supra.

[682] Vide cap. 7, supra.

[683] Vide cap. 7.12, supra.

> resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.
> [...]
> § 3º - Não se compreende na disposição deste artigo a coação, temporária e moderada, exercida para impedir suicídio alheio, desde que haja fundadas dúvidas sobre se tratar de um ato livre e consciente de disposição da própria vida.
> (grifo nosso)

Como se observa, opta-se por, em uma situação de fundadas dúvidas sobre a validade do ato de disposição da própria vida, excluir a criminalização de uma intervenção coativa, desde que seja *temporária* – não podendo se protrair longamente no tempo - e *moderada* – utilizando-se apenas os meios suficientes[684]. Considera-se que a normativa extrapenal possa contribuir para regulamentar mais detalhadamente tal forma de contenção.

Não se trata, ressalte-se, de se admitir uma hipótese excepcional de paternalismo jurídico-penal, uma vez que não se cuida de uma atuação do poder punitivo para proteger o indivíduo de si próprio ou para impor um determinando padrão de conduta considerado "bom" ou "melhor". Defende-se, aqui, simplesmente, a exclusão do alcance do poder punitivo penal de uma conduta que, eventualmente, pode até ser violadora do direito à livre disposição da vida, com o objetivo último, de, diante das circunstâncias apontadas, resguardar o próprio regular exercício desse direito[685].

8.3 DIÁLOGO FINAL COM NELSON HUNGRIA

Para encerrar o trabalho (e nunca o debate de ideias), mostra-se interessante retomar o diálogo com Nelson Hungria, cujo pensamento foi eleito como ponto de partida para as reflexões aqui desenvolvidas[686].

---

[684] Os famosos casos de greve de fome em presídios, portanto, não estariam abrangidos pela permissão, restando induvidosa a adequação típica do procedimento de alimentação forçada ao crime de contrangimento ilegal ou intervenção ou tratamento médico arbitrário, conforme a hipótese. (vide cap. 7.10, supra)

[685] Alguns autores preferem fundamentar essa forma de intervenção na garantia dos "*objetivos de longo prazo*" da pessoa. Cf., sobre isso, HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 24-25, jul./ago. 2007.

[686] Vide cap. 1.1, supra.

Afinal, passadas algumas décadas, com importantes mudanças no cenário jurídico, boa parte delas em favor da implantação de um regime democrático, afiguram-se legítimos os argumentos lançados pelo autor para defender a indisponibilidade da vida e a consequente criminalização de qualquer atuação em morte alheia consentida?

A resposta a esta pergunta passa, necessariamente, pela compreensão de que no atual cenário, é a Constituição Federal de 1988 – com força normativa imediata - que assume a tarefa de servir de parâmetro de legitimidade de todo o sistema jurídico, desempenhando, no campo penal, a função de estabelecer os contornos da atuação do poder punitivo.

Neste modelo, como visto, nenhum ato pode ser legitimamente criminalizado por razões de mera conveniência de política criminal, ainda que como reflexo da vontade majoritária da população, servindo o texto constitucional, fundamentalmente, como limitador ao poder punitivo penal.

Na transcrita citação de Nelson Hungria, percebe-se que, assim como ocorre, de modo geral em toda a sua obra de comentários ao Código Penal, escrita no contexto de império da lei e dos Códigos, não há qualquer menção à Constituição ou ao modelo de Estado vigentes à época, em um cenário de ampla liberdade do legislador ordinário.

A maior parte dos argumentos utilizados pelo autor para justificar a indisponibilidade da vida por seu titular é de natureza religiosa – vida sagrada; dor que purifica a alma; pecado etc. – sendo que, em um Estado essencialmente laico e pluralista, não podem mais servir de fundamento legítimo para qualquer intervenção estatal, quanto menos de caráter penal.

Logicamente, qualquer indivíduo possui todo o direito de concordar com Nelson Hungria, confiando a vida ao domínio divino e acreditando ser a dor o caminho necessário para a salvação eterna. Essa posição pessoal, assim como todas as outras que não afetem diretamente bem jurídicos alheios, deve ser plenamente respeitada por terceiros e pelo Estado.

O problema – e a ilegitimidade – surge apenas com a tentativa de imposição deste pensamento a terceiros, como se todos fossem obrigados a compartilhar do mesmo pensamento religioso.

Outro importante argumento utilizado por Nelson Hungria refere-se à incapacidade de qualquer pessoa que consente quanto à própria morte, que, normalmente, age sob o domínio da dor e da emoção, fora de sua inteligência normal.

Na realidade, tal argumento parte de pré-compreensões derivadas do argumento religioso, considerando o pressuposto de que ninguém, em sã consciência, pode atentar contra algo tão valioso e sagrado quanto a vida.

Deve-se admitir que existem, de fato, várias situações que apresentam complexos problemas ligados à definição de um *consentimento válido*, produto da vontade livre e consciente do indivíduo. Tais problemas, contudo, não têm o condão de legitimar uma presunção absoluta de que todos aqueles que optam pela a própria morte encontram-se em situação de incapacidade, o que, na realidade, caso admitido, deveria conduzir à supressão do crime de participação em suicídio, com a criminalização de todos os fatos como homicídio mediato.

Como demonstrado, do modelo de Estado Democrático de Direito decorre diretamente o direito à livre gestão dos bens jurídicos individuais, sendo que a plena capacidade para fazer as suas próprias escolhas, em uma sociedade formada por cidadãos autocríticos e autorresponsáveis, deve ser a regra, e não a exceção.

Da mesma forma, a defesa de uma redução da pena pela existência de motivo de relevante valor moral, revelado pelo sofrimento intenso e irremediável da pretensa vítima, embora ainda consonante aos principais ordenamentos penais estrangeiros, mostra-se, no mínimo, problemática, por duas razões principais: primeiro, pela dificuldade de se admitir a utilização de um referencial moral para a definição dos contornos da intervenção penal, ainda que seja em prol da redução de poder punitivo; depois, porque parte de uma avaliação externa dos motivos do consentimento do titular do bem jurídico, revelando uma imposição de concepções de vida e de morte boa.

Diante desse cenário, não há como deixar de reconhecer que, no que toca ao objeto do presente trabalho, o pensamento de um dos maiores juristas brasileiros do século XX não resiste a uma análise de conformidade com a Constituição Federal de 1988 e, ainda, com os tratados internacionais dos quais o país é signatário.

CONCLUSÕES

1. O termo eutanásia deve ser entendido em seu significado etimológico como *boa morte*, na perspectiva exclusiva do titular do bem jurídico e não de qualquer terceiro. Quem está legitimado a decidir o que é bom ou o que é ruim para si é o próprio indivíduo, livre da ingerência estatal.

2. Acerca da relação entre vida humana e consentimento, a partir do confronto entre os argumentos trabalhados pela doutrina penal, constata-se que, embora a maior parte permaneça defensora da indisponibilidade da vida, com fundamentos diversos, destacando-se, neste campo, o pensamento de Nelson Hungria, há, de outro lado, um importante grupo de autores que sustentam a existência de um direito à livre disponibilidade da própria vida, geralmente com base no modelo de Estado estabelecido pelas Constituição democráticas.

3. Há, ainda, um grupo cada vez maior de autores que defendem uma solução intermediária, recorrendo-se ao argumento constitucional da dignidade humana para admitir a não criminalização ou a atenuação da pena da atuação de terceiro em morte consentida, normalmente restrita a condutas omissivas, em situações excepcionais de enfermidade terminal, incurável e causadora de intenso sofrimento, rotuladas majoritariamente de eutanásia passiva, em nome de um chamado direito à morte digna.

4. Em uma análise da legislação penal brasileira e estrangeira, é possível perceber que predomina a ideia da indisponibilidade da vida, normalmente com a criminalização de todos os atos na forma homicídio a pedido e de participação em suicídio, independentemente da vontade do titular do bem jurídico, inserindo-se, também nesse contexto a existência de excludentes dos crimes de constrangimento ilegal ou coação.

5. Ainda no plano legislativo penal, verifica-se, inclusive a partir da legislação projetada brasileira, uma tendência de intensificação da adoção da solução intermediária, com o recurso à dignidade humana. São muitos os países que trazem tipos privilegiados ou mesmo a possibilidade de exclusão do crime ou da pena, geralmente restrita a condutas omissivas, quando se está diante de uma situação de enfermidade terminal, incurável e causadora de intenso sofrimento.

6. Dentre os países pesquisados, muito embora o suicídio não seja considerado crime e haja uma certa flexibilização ligada à dignidade humana, não há nenhum que estabeleça, de forma absoluta, a disponibilidade da vida por seu titular no âmbito da legislação penal, sendo que, como regra, opera-se criminalização da atuação de terceiros, ainda que com penas atenuadas.

7. Uma análise da jurisprudência penal revela que o tema da eutanásia é discutido com pouquíssima frequência pelos tribunais brasileiros, sobretudo quando comparado a alguns tribunais estrangeiros, sendo que, em ambos os cenários, há poucos consensos estabelecidos e, logo, escassa segurança jurídica.

8. Em uma apreciação crítica, analisando o cenário jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1988, assumem especial destaque os mandamentos constitucionais da liberdade, da dignidade humana, do pluralismo, da liberdade religiosa e ideológica, da liberdade de expressão, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e do livre desenvolvimento da personalidade, deles decorrendo a compreensão do indivíduo como ser capaz e autorresponsável, apto a realizar as suas próprias escolhas existenciais. No plano constitucional, consagra-se, assim, um espaço privado de livre gestão e disposição de bens jurídicos individuais, que deve ficar livre da ingerência estatal - especialmente a de caráter penal – e restrita ao âmbito privado, só podendo encontrar limites quando envolver a afetação direta a legítimos bens jurídicos alheios.

9. O tratamento jurídico-penal legítimo da eutanásia no Brasil deve passar, assim, pela compreensão de que, sob a égide da Constituição de 1998, a livre disponibilidade da vida, como ocorre em relação a todo bem jurídico individual, deve ser a regra e não a exceção.

10. Os argumentos utilizados para afirmar a indisponibilidade da vida não possuem legitimidade constitucional, havendo, ainda, aqueles que invocam um equivocado e inexistente conflito entre direito à vida, direito à liberdade e dignidade humana.

11. Não faz qualquer sentido e não encontra amparo constitucional a restrição do direito à disponibilidade da vida às aventadas situações absolutamente excepcionais de enfermidade terminal, incurável e causadora de intenso sofrimento, reconhecendo-se apenas um suposto direito à morte digna.

12. Afirmar o direito constitucional à livre disposição da própria vida significa dizer que cada indivíduo é livre para fazer o que bem entender com o seu bem jurídico individual vida, o que, por decorrência lógica, implica reconhecer a existência de um verdadeiro direito à própria morte.

13. Eventuais dificuldades para a aferição da validade do consentimento do titular do bem jurídico devem conduzir à criação de novos institutos e mecanismos, geralmente de caráter extrapenal, a exemplo do testamento vital, não podendo servir de pretexto para impedir o reconhecimento e o exercício do direito constitucional.

14. Diante de tudo disso, torna-se necessário operar-se uma releitura da legislação penal brasileira, especialmente no que toca aos crimes de homicídio e participação em suicídio, valendo-se da técnica de interpretação conforme à Constituição, ou, ainda, com a efetiva alteração do quadro legislativo, de modo a adequá-lo ao propugnado pela Constituição de 1988, o que deve incluir a criminalização de atos contrários ao direito à livre disposição da própria vida.

REFERÊNCIAS

ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Alemania. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 171-173, jul. 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal:* contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1/2, p. 117-148, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico:* SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 14. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

ARAÚJO, M. P.C. *Tipicidade penal:* uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

ATIENZA, Manuel. La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los "grapo". *Jueces para la democracia:* información y debate, Madrid, n. 9, p. 31-37, abr. 1990.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição brasileira de 1988: uma introdução. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1

BARROSO, Luis Roberto. A Morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 19-63, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar': a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 919, p. 127-196, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEACHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2013

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* 2011. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio (Coord.). *Direito penal contemporâneo:* questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. As recentes iniciativas de reforma do Código Penal brasileiro: observações críticas sobre a parte geral. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1961. v. 4.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Apresentação. In: LEQUES, Rossana Brum. *O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRITO, Antônio José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. *Estudo jurídico da eutanásia em Portugal:* direito sobre a vida ou dever de viver?. Coimbra: Almedina, 2000.

BRUNO Aníbal. *Direito Penal.* São Paulo: Forense, 1966. v. 1. t. 4.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal:* parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: EUB, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputacíon objetiva em derecho penal.* Bogotá: Bosch. 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: imputación a la víctima. *Books*, v. 1, 1998.

CANIBAL condenado a oito anos de prisão. 30 jan. 2004. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/canibal-condenado-a-oito-anos-de-pris%C3%A3o/a-1100710>. Acesso em: 30 ago. 2016.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida: dos cuestiones: suicidio y aborto. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 45, p. 661-672, 1991.

CARDENETE, Miguel Olmedo. Responsabilidad penal por la intervencion en el suicídio ajeno y en el homicídio consentido. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001.

CARTA encíclica evangelium vitae do sumo pontífice João Paulo II aos bispos aos presbíteros e diáconos aos religiosos e religiosas. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>. Acesso em: 25 set. 2016.

CARVALHO, Eliane K. Sem mediações: canibalismo, black bloc e pacificação. *Verve*: Revista Semestral do Nu-Sol - Núcleo de Sociabilidade Libertária, São Paulo, n. 27, p. 91-106, jan./jun. 2015.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Ainda sobre a eutanásia: é possível justificar o homicídio piedoso mesmo sem contar com o consentimento da vítima. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 169, p. 13, dez. 2006.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 227-268, jan./jun. 2007.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. (Org.). *Direito Penal no Século XXI*: desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal:* estudio del art.143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009.

CHACON DE ALBUQUERQUE, Roberto. A Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e a Constituição Holandesa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 8, jul./dez. 2006.

CHACON DE ALBUQUERQUE, Roberto. 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, 2008.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales: en particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. In: CEREZO MIR, José et al. *El nuevo código penal:* presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999.

COSTA JUNIOR, Paulo José da Costa. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana:* teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves reflexões. In: Janaina Conceição Paschoal; Renato de Mello Jorge Silveira. (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

COSTA, José de Faria. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1.

CUEVA, Lorenzo Morillas. Prólogo. IN: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime:* uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Das omissões lícitas no exercício da medicina. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010.

DE CRISTOFARO, Ernesto. Volenti non fit iniuria: considerazioni storico-giuridiche sull'omicidio del consenziente. *Snodi:* Pubblici e privati nella storia contemporanea, Padova, 6, p. 43-61, .2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do código penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1

DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 137. n.3949. mar./abr. 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

DÍAZ, Eliás. Estado de derecho y sociedad democrática. In: DE GIORGI, Raffaele (Org.). *Il diritto e la differenz*a. Lecce: Pensa Multimedia, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Eutanasia y derecho.*Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p. 113-139, dez. 1995.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La huelga de hambre en el ámbito penitenciario. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 30, p. 603-659, 1986.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes juridicos fundamentales:* vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

DIGNITAS. Disponível em: <http://www.dignitas.ch/>. Acesso em: 04 out. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOTTI, René Ariel. Metáforas e pensamentos de Nélson Hungria. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, v. 22, n. 258, p. 4, maio. 2014

DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 37, n. 3, p. 747-781, set./dez. 1984.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 56, n. 227, p. 333-341, 2007.

EXIT - Selbstbestimmungim Leben und im Sterben. Disponível em: <http://https://www.exit.ch>. Acesso em: 04 out. 2016.

FARRELL, Martin Diego. La eutanasia y los principios morales. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 67-87, out./dez. 1991

FEINBERG, Joel. *Harm to others:* the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1.

FEINBERG, Joel. *Harm to self:* the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3.

FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo.* 2. ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 67, v. 17, p. 39-56, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s).* 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho.* Buenos Aires: *Nueva Doctrina Penal*, 1998.

FERRI, Enrico. *L'omicidio-suicidio.* Torino: Fratelli Bocca Editori: 1892.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1959. v. 1.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Provocação ou auxílio ao suicídio. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 35-47 , jul./dez. de 1973.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos***.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, 1/2, p. 67-115, jan./jun. 2004.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Estado legal e Estado constitucional de derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, n. 82, p. 32-45, 1991.

GEMMA, Gladio. Libertá Costituzionale di porre fine alla aropriavita e resistenza al suo riconoscimento. *AFDUDC*, Coruña, n. 13, p. 283-299, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014

GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2015.

GODINHO, Inês Fernandes. Implicações jurídico-penais do critério de morte. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra., 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica.) *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 42, abr. 1994.

GOMES, Enéas Xavier. *Do consentimento no homicídio*. 2010. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 77, p. 7-8, jan./fev. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Ortotanásia: morte digna? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p. 56-57, ago./set. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Canibalismo e masoquismo: encontro macabro. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 25, p. 156-157, abr./maio 2004.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial:* do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Primeira questão: o PLS 236/12 contém um Código Penal? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 259, p. 17-19, 2014.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 448-449, set./out. 2011.

GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: ZILIO, Jacson Luiz; BOZZA, Fábio da Silva (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Curitiba: LedZe, 2012.

GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 84-102, nov./dez. 2010.

GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal (projeto de lei 236/2012 do senado federal). *Revista Liberdades*, São Paulo, p. 35-58, set. 2012. Ed. Especial.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.

GRECO, Luís.TÓRTIMA Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. Niterói: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: ESTUDIOS sobre justicia penal**:** homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

HEFENDEHL, Roland. (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010.

HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 24-25, jul./ago. 2007.

HUNGRIA Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5. Art.121 a 136.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1953. v. 5.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JAKOBS, Günther. La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el par. 216 StGB: homicidio a petición de la víctima. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas / UAM, 1997.

JAKOBS, Günther. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas / UAM, 1997.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?. In: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JAKOBS, Günther. Sobre el concepto de delito contra la persona. *Revista de Derecho Penal,* Buenos Aires, n. 1, p. 149-170, 2003.

JAKOBS, Günther. Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 7, p. 413-430, 1997.

JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal:*parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54, 1987.

KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la demarcacion del suicídio y el homicídio. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010.

KINDHÄUSER, Urs. El consentimiento en el derecho penal reflexiones desde la teoría de las normas. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 2. (Studia Iuridica, 99, 5. Ad Honorem).

LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. *La Ley Penal:* Revista de Derecho Penal, Procesal t Penitenciario, Madrid, v. 6, n. 60, p. 20-31, maio 2009.

LEITE, Alaor. (Org.*). Reforma Penal:* a crítica científica à parte geral do projeto de Código Penal. São Paulo: Atlas, 2014.

LEQUES, Rossana Brum. *O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2016.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a próprio risco*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* 2. ed. Sérgio Antôno Fabris: Porto Alegre. 2003.

MAGRO, Maria Beatrice. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: 2005. Itália. Revista Penal, Valencia, n. 16, p. 186-187, jul. 2005.

MAIHOFER, Werner. *Estado de derecho y dignidad humana.* Montevideo: B. de F., 2008.

MANTOVANI, Ferrando. Aspectos jurídicos da eutanásia. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 32-53, out./dez. 1991.

MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico de la eutanasia. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. (Biblioteca comares de ciência jurídica).

MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico del suicídio. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:*cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *Princípio da legalidade penal:* proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MARINHO, Renato Silvestre. A relevância do comportamento da vítima no direito penal: novos caminhos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 215, p. 12-13, out. 2010.

MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da autorresponsabilidade e crimes sexuais. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolhas de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, abr./jun. 1994.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.* Saraiva: São Paulo, 1961. v. 4.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en derecho penal*: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2012

MESTIERI, João. *Curso de Direito Criminal.* São Paulo: Alba, 1970.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 9. ed. Madrid: Reppertor, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2.

MMILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006.

MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Juruá: Curitiba, 2012.

MONIZ, Helena. *Eutanásia precoce:* dúvidas e interrogações. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 45, p. 29-42, abr./jun. 2012.

MONTE, Mário Ferreira. Da relevância penal de aspectos onto-axiológico-normativos na eutanásia. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MORÃO, Helena. Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 1, p. 35-84, jan./mar. 2006.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: âmbito de proteção e reconhecimento como direito fundamental atípico. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; BARROS, Janet Ricken de (Org.). *Dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia: implicações recíprocas.* Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato y inducción y ayuda al suicidio. *Anuario De Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 2, p. 301-317, maio/ago. 1987.

NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano - ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLE, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre, 2009.

NIÑO, Luis Fernando: *Eutanasia: morir con dignidad*. Universidad, Buenos Aires, 2005.

NIÑO. Luis Fernando. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Argentina. *Revista Penal,*Valencia, n. 16, p. 173-176, jul. 2005.

NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais:* trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morrir com dignidad*. Madrid: Tecnos, 1999.

PALAZZO, Francesco. Direito penal e Constituição na experiência italiana. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 9, n. 1, p. 31 et seq. jan./mar. 1999.

PALAZZO, Francesco. *Estado constitucional de derecho y derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PALERMO, Paulo Galaín. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Uruguay. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 196-199, jul. 2005.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto*. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1, p. 46-55.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

PÊCEGO, Antonio José F. de S. *Eutanásia:* uma (re)leitura do instituto à luz da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Declarações antecipadas de vontade: meramente indicativas ou vinculativas?* In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes (Org.). *As novas questões em torno da vida e da morte no direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2010.

PEREZ TRIVIÑO, José Luis. Testigos de Jehová: entre la autonomia y el paternalismo justificado. *Indret:* Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 2, p. 12, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Portugal. *Revista Penal*, Valencia, n. 16, p. 192-194, jul. 2005.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *O sistema interamericano dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 82, p. 163-204, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 v. 2.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. La eutanasia: perspectivas actuales y futuras. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 41, n. 1, p. 115-135, jan./abr. 1988.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato medico ao problema jurídico*. Almedina: Coimbra, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. Morte digna. In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Discursos sobre o Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. Omissão de Socorro. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Direito penal:* jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: GZ, 2011. v. 1.

REALE JÚNIOR, Miguel. Paternalismo no Brasil. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 227, p. 287-319, 2007.

REIS, F. G. D. O Canibal de Rothenburg: um ensaio sobre a Liberdade. *Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, v. 13, p. 139-162, 2010.

RELATÓRIO da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS)/OMS/ONU, de 2015. Disponível em: <www.paho.org/alcoholreport2015>. Acesso em: 18 nov. 2016.

RELATÓRIO final [do Anteprojeto do Novo Código Penal]. 18 jun. 2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1. >. Acesso em: 25 ago. 2016.

RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 227, 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioetica ante los limites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Rámon Areces, 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?: la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor [Comentário de jurisprudência]. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 2, p. 327-357, jul. 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos María. O consentimento informado na relação médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROSAL BLASCO, Bernardo del. El homicidio y sus formas en el código penal de 1995. In: CEREZO MIR, José et al. *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos:* libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999.

ROSENFIELD, D. L. Informar e tutelar. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 08 out. 2012.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: ROLAND, Hefendehl (Coord.). La Teoría del bien jurídico:¿ fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *A proteção da vida através do direito penal*. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. 1.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 15, p. 1, 2013.

ROXIN, Claus. El legislador no lo puede todo. *Iter Criminis*: Revista de Ciencias Penales, México, n. 12, p. 321-347, out./mar. 2004/2005.

ROXIN, Claus. En el limite entre comissíon e omissíon. In: ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio: derecho vigente y propuesta de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 66, p. 13-32, 2013.

ROXIN, Claus. La eutanasia en el conflictivo ámbito de la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y el homicidio a petición: a propósito de las sentencias BGH, NStZ 1987, 365 y LG Ravensburg NStZ 1987, 229. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179-210.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer.* Belo Horizonte: Delrey, 2012.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANS, Jesús Barquín. La eutanásia como forma de intervencion en la muerte de outro. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal.* Granada: Comares, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

SEMINARA, Sérgio. Riflessioni in tema di suicídio e di eutanasia. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, n.3, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omision:*concepto y sistema. Barcelona: Bosch, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La consideracion del comportamiento de la victima en la teoria juridica del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 163-194, abr./jun. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; SANTOS, Cleopas Isaías; ALMEIDA NETO, João Beccon de. Capacidade etária para consentir no direito penal médico. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado. *Ciências penais:* perspectivas e tendências da contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2011.

STANCIOLI, Brunello. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário conimbricense do Código Penal.* Coimbra: Coimbra, 2001. t. 1

TAK, Peter J. P. La nueva ley sobre eutanasia en Holanda, y sus precedentes. *Revista Penal*, Valencia, n. 12, p. 109-125, jul. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 0, Esp. lançamento, p. 75-87, dez. 1992.

TAVARES, Juarez. Prefácio. In: PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propria vida en el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,1999.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. La regulación de la eutanasia en Holanda. *Anuario de derecho penal y ciencias penales***,** Madrid, v. 50, único, p. 293-321, jan./dez. 1997.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 14, p. 217-245, 1991.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. Relevancia juridico-penal de la eutanasia. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 37, p. 155-189, 1989.

VAN KALMTHOUT, Anton M. Eutanasia: el ejemplo holandés. *Eguzkilore*: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p. 163-193, dez. 1995.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t. 1.

VIANNA, Túlio. O direito ao próprio corpo. In: VIANNA, Túlio. *Um outro Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VIANNA, Túlio. Sobre o direito à própria morte. In: VIANNA, Túlio. Um outro Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VIANNA, Túlio.*Um outro Direito.*Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2.