

A PRESENÇA DO CONSENTIMENTO DO PACIENTE NA PRÁTICA DA EUTANÁSIA¹

Nicole Márquez Nicorena²
Ney Fayet de Souza Junior³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o consentimento do paciente na prática da eutanásia, de modo que a presença deste possa ser um meio para descriminalizar o ato, tendo em vista que atualmente no ordenamento jurídico brasileiro é considerado crime punido de acordo com o Código Penal. Para tanto, esse artigo primeiramente apresenta um estudo sobre os dois temas, eutanásia e consentimento, de modo separado para analisar suas evoluções históricas e conceituais, de modo a encontrar o ponto em comum que faz o ato de consentir ser parte imprescindível e indispensável da eutanásia.

Palavras-chaves: eutanásia, direito à morte, consentimento, bem-jurídico.

1. INTRODUÇÃO

Cada vez mais vemos a medicina avançando, e a vontade de prolongar a vida como um dos desejos mais recorrentes do ser humano, tanto que falar sobre morte acaba por se tornar um tabu na sociedade atual, principalmente na brasileira. Quando se fala em viver por muito tempo é de se imaginar que está se referindo a uma vida com qualidade, e, portanto, morrer com qualidade, num sentido de uma morte rápida e indolor, quando essa não é a realidade, para a maioria. O que se constata na verdade são pessoas que morrem de forma cada vez mais dolorosa, visto que são submetidos a intervenções desnecessárias, e prolongamento artificial de suas funções vitais, mesmo que sem qualquer perspectiva real e objetiva de uma recuperação, a verdade é que as pessoas morrem cada vez mais em ambiente hospitalar, uma vez que são obrigados a isso, por não terem uma escolha.

Então surge algo, um meio de permitir que as pessoas possam ter um fim digno, indolor e voluntário: a eutanásia. Um procedimento voluntário que permite aqueles que não podem dar um fim a sua própria vida, à autorização para que outro lhe ajude, mas existe um problema, a prática gera diversos problemas jurídicos, sendo que pode levar o autor a responder por sua responsabilidade penal. Não é só criminosa, como, também, é vista como algo que atenta aos princípios morais da sociedade de bem, uma sociedade que visa pela quantidade em vez de qualidade.

Partindo do entendimento que o autor – aquele que ajuda o paciente – se encontra agindo a pedido do paciente, o qual expressa esse pedido, pois em detrimento de seu estado de saúde não pode executá-lo, o autor está agindo pelo paciente como se ele fosse e com o consentimento do deste, e impelido por um sentimento altruístico, deste modo: poderia o consentimento ser

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovada, com grau máximo, pela banca examinadora, composta pelos Professores Dr. Ney Fayet de Souza Júnior (orientador) e Dr. Draiton Gonzaga de Souza, em 15 de julho de 2020.

² Graduanda da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: nicole.nicorena@gmail.com.

³ Orientador, Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Doutor em Criminologia pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) e em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

um meio a descriminalizar a prática da eutanásia? E é centrado nessa pergunta que esse artigo se concentra, ao apresentar um estudo aprofundado da eutanásia e do consentimento.

2. EUTANÁSIA

A vida é considerada uma garantia básica, onde a própria tutela confunde-se com a própria razão de ser do Direito, tendo em vista que é a condição essencial para a existência e os exercícios dos demais direitos. A própria Constituição da República trata a vida como um direito fundamental, tratando-a como uma garantia absoluta. Deste modo, o titular tem direito à vida e resta para o estado garantir-lhe e protegê-la.

Entretanto, a vida é feita de início, meio e fim, e o direito procura tutelar da melhor maneira o meio, tendo em vista que ainda existem divergências quando ao início da vida, deste modo quando o fim não era de esperar por algo diferente. Apesar da morte ser certa para todos os seres, ela ainda não é o assunto para uma roda de amigos, cada cultura possui suas próprias crenças sobre a morte e cada pessoa possui seus próprios motivos para evitar a discussão⁴. Como precisamente ensina Rossevelt Cassarola, “a própria palavra morte não da conta do que ela seja: cada um de nós tentará engancha-la em outras palavras, que expressam ideias, fantasias, crenças”⁵. Ainda, a existência da cultura da quantidade é melhor do que qualidade, acaba por levar a ideia de que o importante é por quanto tempo se vive, não como se vive.

Porém, como nada está perdido, aos poucos o debate jurídico sobre a morte ganha espaço, pois cada vez mais é possível verificar os avanços nos campos da tecnologia e das ciências médicas, mesmo assim, ainda, constatasse um pensamento de que deve-se manter a vida a qualquer custo, mesmo que esse custo seja tratamentos involuntários e prolongamento artificial de funções vitais. É nesse ponto que surge na discussão a eutanásia, como explica Monica Silveira Vieira:

O atual estágio da discussão da eutanásia nos diversos países e ao fortalecimento dos movimentos pró-eutanásia tem relação direta com a modificação da maneira pela qual a humanidade quer vencer a morte. Se, antigamente, a morte era aceita como algo natural, a coroação da vida, sendo o processo de morrer presidido pelo próprio moribundo, em meio à família e aos conhecidos, na atualidade, a morte e os estágios que a precedem se tornaram motivo de medo, de vergonha, despojando-se as pessoas de sua própria morte. Isso se deu, especialmente, em virtude da medicalização da vida e da morte humanas, constatando-se que, hoje, morre-se cada vez mais no hospital, no qual doente é apenas mais um, considerando não por sua identidade ou a personalidade, mas pela doença de que é portador⁶.

Assim, a eutanásia surge, para muitos, como a única opção digna para aquele que se encontra nessa situação. A morte é a única saída, pois continuar vivendo é a própria tortura. A importância do debate não é apenas na esfera jurídica, mas, também, na esfera social, uma vez que a falta dessa discussão pode acarretar situações trágicas ou inimagináveis, como ao que aconteceu na história real a qual é narrada pelo jornalista Victor Hugo Brandalise, em sua obra *O Último Abraço*. Desde modo, como brilhantemente coloca Rossevelt: “A morte é vista como a solução – não porque se deseje a morte, mas porque a vida se torna insuportável”⁷.

⁴ MENEZES, Evandro Corrêa de. **Direito de matar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 25.

⁵ CASSAROLA, Rossevelt M. Smeke. Prefácio à obra: KOVÀCS, Maria Julia. **Educação para a morte**: temas e reflexões. São Paulo: Casa do Psicólogo/Fapesp, 2003. p. 13.

⁶ VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia**: humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá, 2009. p. 295.

⁷ CASSORLA, Roosevelt M. Smeke. **Do suicídio**: estudos brasileiros. Campinas: Papyrus, 1991. p. 22.

2.1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O TEMA

2.1.1. Apontamentos Históricos

A base histórica da eutanásia é bem antiga. Os povos primitivos, como os celtas acreditavam na obrigação do filho matar o pai quando este estivesse velho e doente, dessa forma era aplicada uma boa morte a este ancião, pois a visão de uma vida utilitária era o que movia a tradição celta⁸. Na Índia Antiga eram realizadas cerimônias públicas, na qual portadores de doenças eram atirados no Ganges. Há registros, ainda, de tribos nômades que segundo os relatos, aqueles que não conseguiam seguir a horda, ou se encontravam doentes, eram sacrificados para não serem abandonados aos inimigos⁹. Na idade média, era entregue aos guerreiros um punhal, denominado misericórdia, que lhes servia para evitar o sofrimento de uma morte prolongada depois de atingidos¹⁰.

Durante a Roma antiga, pessoas que eram doentes terminais e tiravam a própria vida era entendido que possuíam motivos suficientes para fazê-lo e conseqüentemente a prática não era malvista pela sociedade. Entretanto, suicidas que não possuíam motivo aparente para tirar a própria vida eram condenados. Ainda, para os romanos era importante viver dignamente e, portanto, dever-se-ia morrer também de modo digno. Ademais, nos próprios princípios aristotélicos era permitido o suicídio ao invés da execução¹¹. Dessa forma, tirar a própria vida era visto ser uma morte mais digna, do que morrer pelas mãos de outros – inimigos.

Com o advento do cristianismo dos séculos II e III a visão passou a ser completamente diferente, atentar contra a própria vida era visto como um crime, a ponto de ser negado a pessoa o direito a uma sepultura eclesiástica, “para os cristãos medievais a ideia de matar por compaixão parecia repugnante, vez que pregavam a dor que vinha de deus e deveria ser aceita como expressão de sua vontade”¹². Ressalta-se como a influência da igreja andava ao lado da legislação da época, a pessoa que tirava a própria vida tinha os bens confiscados e um enterro visto como indigno à época. Muito diferente da visão dos romanos e gregos, já que para “os romanos e os gregos, morrer decentemente, racionalmente e ao mesmo tempo com dignidade, era muito importante. De certo modo, a forma de morrer era a medida do valor final da vida, em especial para aquelas pessoas consumidas pelas doenças e em sofrimento”¹³. Certo de que para os cristãos a situação da pessoa não era de menor importância e esse pensamento se estendeu ao longo dos séculos IV e V¹⁴.

Durante o renascimento a visão sobre o suicídio mudou drasticamente, quando no princípio dos anos 1700 os valores romanos e gregos retornam, com o racionalismo pregado na época. Mesmo assim, a igreja católica e a protestante ainda se mantiveram firme sobre seus ideais acerca do suicídio, mas já não eram totalidade. Interessante citar que Thomas More, que era um católico e filósofo, tinha uma visão diferente da igreja acerca da eutanásia, quando ele escreveu sobre um mundo perfeito:

Quanto aos doentes, como eu já me referi, tratam-nos com grande carinho, e nada do que possa ser feito para os curar é omitido, seja um remédio ou alimento. Os

⁸ LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciana de Freitas. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017 p. 80.

⁹ VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia: humanizando a visão jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009. p.114.

¹⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia Para Morrer.:** eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2015. p. 85.

¹¹ HUMPHRY, Derek. **El derecho de morir**. Barcelona: Tusquets, 1989. p. 22.

¹² CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídicos penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 38

¹³ HUMPHRY, Derek. *Op., cit.* p. 23.

¹⁴ HUMPHRY, Derek. *Op., cit.* p. 23-24.

utopienses consolam os que sofrem de doenças insanáveis, visitando-os, conversando com eles e lhes oferecendo todo auxílio possível. Contudo, se a doença não é apenas intratável, mas ainda continuamente mortificar e atormentar o doente, o sacerdote e o magistrado o exortam, uma vez que se encontra incapacitado para os deveres da vida, molesto os outros é um peso para si, sobrevivendo apenas à própria morte, a decidir não mais alimentar a sempre maligna enfermidade. E já que a vida é um tormento, que o enfermo não hesite em se deixar ser morto, e que, na Esperança de livrar-se daquela vida, que é como um cárcere e uma tortura, ou que se mate, o que permita de boa vontade que o redimam do sofrimento; e, ao fazê-lo, ele será prudente, sem perder com a morte as comodidades da vida, mas sim o suplício, uma vez que seguirá o conselho dos sacerdotes, que são os intérpretes da vontade de Deus e a girar, pois, Santa e piamente. os que assim se persuadem o fim da vida com jejum voluntário, e adormecidos, sem noção da morte, eles falecem¹⁵.

A responsabilidade acerca do paciente se tornou importante e amplamente debatido durante o século XVIII, mesmo com a posição negativa do Direito Canônico. Em 1764, Beccaria apresenta a visão para a descriminalização do suicídio, por meio da sua obra *Dos delitos e das penas*¹⁶. Durante o ano de 1794, um médico recomendou a seus pacientes incuráveis e que se encontravam em sofrimento uma morte mais fácil. Os médicos da época e os filósofos acreditavam no direito dos pacientes para morrerem de maneira agradável, tendo em vista que “por vezes a medicina era uma arma de dois cumes, pois a vítima, algumas vezes, era o próprio paciente”¹⁷. O suicídio teve sua despenalização, na Prússia em 1700, após o Código Penal francês despenaliza a tentativa de suicídio em 1791.

No princípio do século XIX, Karl Marx criticou os médicos da época, pois para ele os médicos não tratavam os pacientes, mas somente as doenças, sendo que quando perdiam a batalha contra as doenças eles simplesmente abandonavam os pacientes¹⁸. Segundo ele, “não se espera dos médicos que disponham de remédios contra a morte, mas tenham a compreensão necessária para aliviar o sofrimento, e que saibam como aplicá-lo quando já não há mais esperanças”¹⁹. A partir desse século a discussão sobre a importância de um processo de morrer, e suicídio, se tornou mais recorrentes no meio médico e filosófico, o próprio sociólogo Durkheim, analisou o suicídio em uma obra própria. Assim, como coloca Derek Humphry, “médicos e escritores levaram em consideração o conceito da dor física e psíquica como uma possível justificação para alguém por fim a própria vida”²⁰. Ainda no mesmo século, Enrico Ferri defendeu em sua obra, que pessoas que matam por motivos piedosos, não deveriam ser punidos. Segundo ele, o fato de haver consentimento da vítima e um direito de morrer sustentava a descriminalização do ato²¹. Não obstante, a igreja ainda via o suicídio como um ato imoral, porém “o Direito Penal não é mais instrumento adequado para impedi-lo”²².

Entre os anos 40 e 50, o debate pela eutanásia começou a tomar uma forma diferente, a *Euthanasia Society of America*²³, realizou um *survey*, com mais de vinte mil médicos. Apenas três mil retornaram, explicitando seus posicionamentos, mas foi suficiente para que a associação apresentasse um projeto legislativo no estado de Nova York propondo a legalização

¹⁵ MORE, Sir Thomas. *Utopia*; tradução Marcio Meirelles Gouvêa Junior. – 2. Ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. p. 153.

¹⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad.: Paulo M Oliveira; prefacio de Evaristo de Moraes. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2015. p. 89-90.

¹⁷ HUMPHRY, Derek. *Op., cit* p. 27.

¹⁸ *Ibidem*, p. 28.

¹⁹ HUMPHRY, Derek. *Op., cit*. p. 28.

²⁰ *Ibidem*, p. 30.

²¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op., cit*. p. 44-45.

²² HUMPHRY, Derek. *Op., cit*. p. 41

²³ MARKER, Rita L.. Assisted Suicide & Death with Dignity: Past, Present & Future – Part I. Disponível em: <http://www.patientsrightscouncil.org/site/rpt2005-part1/#7>. Acesso em: 07 nov. 2019.

da eutanásia voluntária, entretanto fora rejeitada. A associação continuou lutando pelo direito a eutanásia, entretanto no final dos anos 60, com novo presidente, a associação mudou o foco para o direito de recusa a tratamentos médicos, e juntamente com um advogado realizaram o primeiro “*living will*”, permitindo que pacientes decidissem como queriam ser tratados caso vivessem a ser acometido por uma doença incurável. Em 1997, o estado de Oregon promulgou lei autorizando o auxílio ao suicídio em casos de pacientes com doenças terminais, o que ficou conhecido como “*Oregon Death with Dignity Act*”. Em 2002 a Holanda e a Bélgica, promulgaram leis a favor da prática de eutanásia.

2.1.2. Conceito

O termo eutanásia, deriva do grego “boa morte”, sendo que *eu* significa “boa” e *thánatos* “morte”²⁴. Foi utilizada pela primeira vez pelo filósofo inglês *Francis Bacon*, no século XVII²⁵. Hodiernamente, a eutanásia é compreendida pelo ato de privar a vida de alguém. Na doutrina há o entendimento da necessidade do paciente se encontrar em uma situação clínica, como por exemplo, acometido por alguma doença incurável, estar em estado de dor física insuportável ou psicológica.

A eutanásia é caracterizada por uma morte indolor, que pode ser realizada com a pessoa estando consciente ou não, possuindo uma doença incurável congênita ou adquirida²⁶. Consoante Maria Sá, “é a conduta, através da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, com consentimento da pessoa, meio eficiente para produzir a morte”. Gisele Mendes de Carvalho, coloca que, “a eutanásia [...] alcança hipóteses não menos complexas, relacionadas aos recém-nascidos com malformações congênitas (eutanásia precoce); aos pacientes em estado vegetativo irreversível; aos incapazes de se valerem por si mesmos, entre outros”²⁷.

Maria Elisa Villas-Bôas, explica que a eutanásia como sendo uma “morte provocada, antecipada, por compaixão, diante do sofrimento daquele que se encontra irremediavelmente enfermo e fadado a um fim lento e doloroso”²⁸. Na mesma linha de entendimento, Leonard Martin define eutanásia como o “ato médico que tem como finalidade eliminar a dor e a indignidade na doença crônica e no morrer eliminando o portador da dor”²⁹. Ainda Hubert Lepargneur, conceitua a eutanásia como o “emprego ou abstenção de procedimentos que permitam apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que o assaltam ou em razão de outro motivo de ordem ética”³⁰.

Debora Diniz aborta o conceito pelo significado, propondo uma visão diferente, utiliza o significado grego, afirmando que a boa morte “seria aquela resultante de uma combinação de princípios morais, religiosos e terapêuticos”³¹. Um importante ponto nesse conceito é o fato da importância dos princípios, pois a eutanásia não pode ser vista apenas como uma ação, no preto e no branco, mas como algo mais, sendo que “não basta uma boa medicina para garantir a boa

²⁴ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciana de Freitas. *Op.*, cit p. 70.

²⁵ Sá, Maria de Fatima Freire de. *Op.*, cit. p. 85.

²⁶ CICCONE, Lino. Lá ética y el termino de la vida humana. In: POLAINO-LORENTE, Aquilino (Org.). **Manual de bioética geral**. 4. Ed. Madrid: Rialp, 2000. p. 424.

²⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op.*, cit. p. 17.

²⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. **Tratado Brasileiro Sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 102.

²⁹ VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia: humanizando a visão jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 103.

³⁰ *Ibidem*, p. 103.

³¹ DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (org.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia. aborto, clonagem humana e eutanásia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 298.

morte, é preciso um cuidado respeitoso com as crenças e valores que definem o sentido da vida e da exigência, para que se garanta a experiência de uma boa morte para a pessoa doente”³².

É de certa forma difícil colocar um único conceito, inexistente de variações, sendo que existe até mesmo classificação dentro do próprio procedimento da eutanásia. Assim como coloca Maria Elisa Villas-Bôas:

Torna-se ainda mais difícil alcançar um conceito unívoco, ao se considerarem as diferentes variáveis envolvidas em sua formulação. De fato, quais seriam os aspectos necessários a uma conduta de eutanásia? A depender da classificação utilizada, podem-se prescindir de elementos aparentemente essenciais em outras taxonomias, tais como o modo passivo, a anuência do enfermo, a terminabilidade/irrecuperabilidade da condição patológica, a atualidade/inevitabilidade do sofrimento, a natureza somente física ou se psíquica deste etc. Em alguns casos, até a própria morte se torna dispensável para caracterizar eventual espécie de eutanásia³³.

Apesar de difícil definição, a eutanásia de acordo com os conceitos doutrinários, mesmo que diversificados, acaba tendo pontos em comum, e de extrema importância para o estudo. Primordialmente, vale referir-se a vontade de morrer do paciente, o paciente deve possuir o desejo de terminar sua vida, e esse desejo não deve ser algo visto como momentâneo, ele deve ser algo que já fora prolongado pelo tempo. Muito importante faz-se aqui o papel do médico, uma vez que ele possui o conhecimento de todo o histórico do paciente e compreende pelo que o paciente está passando, e o que pode vir a passar se persistir nesta mesma situação.

A vontade do autor – médico ou terceiro – de fazer um bem ao paciente, uma gentileza, agir com compaixão, se torna uma característica essencial e indispensável. À vista disso, quando esse desejo de fazer o bem não está presente, o ato não passa de um homicídio simples³⁴. Jeff McMahan, explica que “o ato deve beneficiar ou ser bom para o indivíduo que morre, e segundo, o agente deve estar motivado a fazer aquilo que é bom para o indivíduo em questão, e deve ter a intenção de beneficiá-lo ao provocar sua morte”³⁵.

O conceito de eutanásia por muito foi modificado pelos anos, mas algo que não mudou é que todos os conceitos levam para a etimologia da palavra a ligação com a boa morte e o que o ato busca, é uma morte sem dor, tranquila, pois a morte é a saída para a cessação da dor. Pode-se entender como a “intervenção da medicina para atenuar as dores da doença ou da agonia, mesmo com risco de suprir a vida prematuramente”³⁶.

2.1.3. Classificação

A classificação dos tipos de eutanásia é de extrema importância, sendo que os países que permitem a prática da eutanásia, não admitem todas as formas. A primeira classificação, na existência de eutanásia é entre *natural* e *provocada*. A eutanásia *natural* é vista como a morte natural sem quaisquer artifícios, morte natural ou senil, resultante do processo natural e progressivo do envelhecimento. A eutanásia *provocada*, sendo aquela que implica a utilização ou meio para acabar com o sofrimento e agonia de um paciente.

Assim, a eutanásia *provocada*, possui classificação quanto a atuação do autor, aquele que irá realizar a eutanásia no paciente. Este ato ele pode ser *ativo*, quando ocorre uma ação

³² *Ibidem*, p. 298.

³³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op., cit.* p. 102.

³⁴ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciana de Freitas. *Op., cit.* p. 70.

³⁵ MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar**: problemas às margens da vida. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 478

³⁶ MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. **Morte Digna?** direito à vida e autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 204

positiva; ou *passivo*, quando ocorre uma omissão. Com isso encontra-se a grande diferença na classificação da eutanásia que é o entre matar e o deixar morrer³⁷.

A eutanásia *ativa*, que seria o matar, possui uma subdivisão, podendo ser *direta* ou *indireta*. Entende-se por eutanásia *ativa direta* quando o autor aplica a medicação – um fármaco – com o intuito de cessar a vida daquela pessoa, a intenção aqui é que o paciente venha a falecer. A eutanásia *ativa indireta* é a busca do autor em diminuir a dor do paciente, utilizando remédios para aliviá-la. A diferença é sobre as intenções do autor, apesar de aqui ocorrer a morte do paciente, a intenção do autor não é a morte, mas aliviar a dor do paciente e a morte ocorre como uma consequência, conhecida pelo autor. Segundo Luciano de Frenitas Santoro “a eutanásia ativa indireta não pode ser confundida com a eutanásia ativa direta, porque a conduta de injetar um fármaco com a finalidade de abreviar a vida obviamente não é a mesma que a ação do médico de aplicar analgésicos para aliviar a dor”³⁸, dessa forma a diferença é bem substancial, sendo que na eutanásia indireta a morte será um evento secundário, mas inevitável.

Na eutanásia *passiva*, há um ato de omissão, o médico deixa de realizar um ato, que com o qual o paciente continuaria vivo. Não se confunde com a ortotanásia, pois aqui o paciente poderia continuar vivendo se ele continuasse o tratamento, por tempo indeterminado. Pertinente, neste momento, explicar que não importa o tipo de eutanásia seja ela ativa ou passiva, o paciente não iria morrer imediatamente se a eutanásia não ocorresse. O paciente busca a morte, porque ele não sabe por quanto tempo permanecerá nesta situação. Assim como explica Maria Elisa Villas-Bôas, “a eutanásia passiva, assim como a forma ativa, tem por resultado a busca de promover a morte, a fim de, com ela, pôr termo aos sofrimentos”³⁹.

A eutanásia passiva, no ideal, não deveria ser punível, uma vez que nenhum paciente é obrigado a continuar com um tratamento que não lhe traz benefício – mesmo que esse “benefício” seja continuar vivendo – e um médico não pode ser punido por ajudar um paciente ao qual o tratamento é mais uma tortura, sendo que qualquer tipo de tortura é vedada na maior parte do mundo⁴⁰. Assim há quem sustente que suspender tratamentos paliativos ordinários e proporcionais é considerado eutanásia passiva.

2.1.4. Legislação Brasileira

O Brasil durante anos, passando pela época da colônia e do Império durante os séculos XVI, XVII e XVIII, “foram unânimes em reservar severas sanções ao delito de homicídio, sem qualquer menção aos motivos que compelssem o agente à sua prática”⁴¹, não havia qualquer menção acerca de consentimento ou pedido por parte da vítima, conseqüentemente a prática da eutanásia era vista como o homicídio simples durante essa época.

Ressalta-se que Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603), não criminalizavam o suicídio, nem aquele que viesse a instigar, induzir ou auxiliar. No Código Criminal do Império, não havia disposições diretas que atenuassem a pena por motivos altruísticos, entretanto havia atenuantes para um homicídio realizado “para evitar maior mal”. Aliás, o mesmo código, foi o inaugural ao criminalizar o auxílio ao suicídio, no mesmo capítulo dos crimes de homicídio. O Código Penal de 1890, foi exordial ao colocar o auxílio ao suicídio em capítulo próprio, onde foi estipulado penas mais leves ao crime. Acerca da eutanásia continua sendo enquadrada no crime de homicídio comum, sem muitas alterações em relação ao seu antecessor.

³⁷ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o direito do paciente terminal**. 1. Ed. (ano 2010), 2. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 118.

³⁸ *Ibidem*. p. 119.

³⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op., cit.* p. 110

⁴⁰ MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. *Op., cit.* p. 119

⁴¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op., cit.* p.55

O Código Penal de 1940, apresentou as primeiras alterações – sendo que a Consolidação das Leis Penais, de 1932, havia mantido os entendimentos de 1890 – prevendo a diminuição da pena para o agente que age levado por motivo de relevante valor social ou moral. Assim, como explica Gisele Mendes “é o primeiro código a considerar os móveis nobres que impulsionam a conduta com vistas à atenuação da sanção”⁴². À vista disso, o artigo 121 do Código Penal de 1940 – em vigor atualmente – apresenta a conduta típica de matar alguém, com pena de reclusão, de seis a vinte anos, não obstante, o parágrafo primeiro prevê a diminuição de pena quando o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço, tratando assim da hipótese de homicídio privilegiado.

O artigo 122, prevê acerca de induzir alguém a suicidar-se ou prestar auxílio, neste artigo estaria enquadrado qualquer pessoa que ajudasse com o suicídio assistido. Assim, a pena para o caso de o suicídio vir a se consumar é de seis meses a dois anos, caso venha apenas resultar em lesão corporal de natureza grave a pena será de reclusão de um a três anos. Ademais, em 2019, o pacote anticrime, impulsionado pelo Juiz Sérgio Moro, quando Ministro da Justiça, modificou o referido dispositivo, para acrescentar a expressão “automutilação”, que decorreu do advento do jogo “baleia azul” que se popularizou entre os anos de 2017 a 2019.

Assim sendo, a eutanásia, em todas as suas formas, é tratada pelo direito brasileiro como homicídio, ainda que possa vir ser considerado privilegiado. Interessante apontar, que não há qualquer referência acerca de quem é o agente, dessa forma, não faz diferença de quem praticar o ato, sendo médico ou não, serão tratados do mesmo modo.

Conquanto, diversas tentativas de alteração vêm sendo feitas ao longo dos anos. A mais atual é o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, onde a eutanásia ganha um artigo próprio e a possibilidade de exclusão de aplicação de pena, cuja redação é o seguinte:

Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estritos laços de afeição do agente com a vítima.

Excludente de ilicitude

§ 2º Não há crimes 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, conjugue, companheiro ou irmão⁴³.

Alguns pontos merecem atenção, nessa proposta. Primeiro, a prática da ortotanásia está permitida, pela leitura do parágrafo segundo, entretanto, também, abre a possibilidade para a eutanásia passiva, pois diferente do parágrafo sexto citado anteriormente, não faz menção detalhada sobre a condição do paciente – “perdeu irremediavelmente a consciência ou nunca chegará a adquiri-la” – assim um paciente consciente e imputável pode pedir interrupção de qualquer tratamento que é imprescindível para mantê-lo vivo. Segundo, é a presença apenas da menção de sofrimento físico, mas não mental ou psíquico, algo que deveria ser levado em consideração, pois quem vai ser o “juiz” para dizer que o paciente se encontra em um sofrimento físico e insuportável, o médico? Entende-se que deve ser ele, já que possui o conhecimento do histórico do paciente, por outro lado pode trazer o resultado de o médico pensar que se o

⁴² *Ibidem*, p. 57

⁴³ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1572470009377&disposition=inline>> Acesso em: 09 de nov. de 2019.

paciente está vivo ele está bem. Em todo caso, o sofrimento mental e psíquico não é levado em consideração. O último ponto, é o parágrafo primeiro, que cria espaço para a discussão ser levada a juízo, após a avaliação de cada caso específico. Desse modo, permite a possibilidade de precedentes, e uma maneira de se pensar cada caso como um caso específico, pois a decisão pela eutanásia em sua maioria parte de algo muito pessoal e íntimo do paciente, muitas vezes há a necessidade de uma análise mais adequada para cada caso.

2.1.5. Direito Estrangeiro

Ao analisar o direito internacional, verifica-se também, que muitos países criminalizam a prática de eutanásia em pessoas, entretanto como muitos desses países são guiados pela *commom law*, como no caso dos Estados Unidos e Inglaterra, há a possibilidade para debate caso a caso. Primeiramente, deve ser ressaltado que o direito, por muito, é construído para cada sociedade para as necessidades e realidades desta, assim nem sempre a maneira que ele é tratado deve ser replicado sem verificar as situações sociais primeiro.

Nos Estados Unidos, os estados possuem autonomia legislativa para legislar sobre os tratamentos realizados aos pacientes terminais, no tocante a eutanásia, houve tentativa de alguns Estados legislar sobre o assunto, como Ohio e o estado de Nova Iorque⁴⁴. Na Inglaterra, a um movimento denominado originalmente *Voluntary Eutanásia Society*, atualmente reconhecida como *Dignity in Dying*⁴⁵, foi fundada em dezembro de 1935, o movimento opina pelo direito de escolha de pacientes com doenças terminais, afirmando que o direito inglês não protege as pessoas que se encontram no processo de morte. Em 1990, o Instituto de Ética Médica da Inglaterra proferiu opinião favorável ao autorizarem os médicos, para ver a morte como uma solução para pacientes que sofressem com dores intensas e incessantes, em decorrência de doenças incuráveis. Apesar da Inglaterra entender eutanásia como um tipo de homicídio, o paciente possui o direito de rejeitar tratamentos, independente da razão⁴⁶. No Canadá a eutanásia ativa é ilegal, entretanto a eutanásia passiva é legal. Além de na Província de Quebec ter promulgado lei acerca o suicídio assistido, para pacientes que seguirem os critérios legislativos⁴⁷. Véronique Hivon, redatora do projeto de lei, afirma que: “As vezes quando você se encontra em constante dor, uma hora pode se sentir como se fosse uma semana”⁴⁸.

Holanda, Luxemburgo e Bélgica, permitem a prática de eutanásia ativa e passiva. A Holanda foi o precursor ao redigir em 2002, lei que permitisse a prática da eutanásia, como do suicídio assistido. A Lei sobre concessão da Vida a Pedido, descriminaliza a eutanásia quando praticada por médico se atender aos requisitos determinados na lei, tais como: o requerimento fora feito de maneira voluntária pelo paciente; que a condição do paciente não possua qualquer chance de recuperação; além de o médico possuir o dever de informar sobre a situação clínica ao paciente; e há a necessidade de consulta com um médico independente. Em 2011, foi inaugurada a *levenseindekliniek*, que em setembro de 2019 mudou o nome para *Expertisecentrum Euthanasie*, clínica especializada na prática de eutanásia, sendo que ela oferece conselhos e suporte para médicos que estão ajudando pacientes que fazem requerimentos para a prática da eutanásia, assim como, para os pacientes que não possuem assistência de médicos próprios⁴⁹.

⁴⁴ VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia**: humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá, 2009. p. 124

⁴⁵ Disponível em: <https://www.dignityindying.org.uk/about-us/>. Acesso em: 10 de nov. de 2019.

⁴⁶ VIEIRA, Mônica Silveira. *Op. cit.* p. 131-132.

⁴⁷ Disponível em: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/S-32.0001>. Acesso em: 10 de nov. de 2019.

⁴⁸ Disponível em: <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/quebec-passes-landmark-end-of-life-care-bill-1.2665834>. Acesso em: 10 de nov. de 2019.

⁴⁹ Disponível em: <https://expertisecentrum euthanasie.nl/en/>. Acesso em: 11 de nov. de 2019.

A Bélgica, em maio de 2002, promulgou lei a respeito da prática de eutanásia. Para que o paciente possa ser submetido ao procedimento, foram colocados requisitos específicos no artigo terceiro da lei, muito semelhantes aos da Holanda, são eles: a necessidade da comprovação da maioridade ou emancipação do paciente; o paciente tenha plena capacidade e consciência no momento do pedido; que a decisão do paciente tenha sido proveniente sem qualquer pressão externa; a condição médica do paciente deve ser irreversível; e a caracterização de sofrimento mental ou físico constante e insuportável. Além, exige-se um tempo de um mês entre o pedido e a efetiva realização da eutanásia⁵⁰. Outrossim, em 2013, foi aprovado pelo Senado belga, o projeto de lei que permite a prática de eutanásia em crianças em estado terminal e que se encontrem em estado de intenso sofrimento⁵¹.

2.2. ASPECTOS ÉTICOS E OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Bioética é o termo derivado da fusão de vocábulos de origem grega *bio* que significa “vida” e *ethos* significa “ética”. Deste modo, o termo significa “a ética da vida”. Não é certo quando a bioética nasceu, e os doutrinadores divergem a seu respeito. Não obstante, o termo bioética surgiu na década de 1970, foi no final da Segunda Guerra Mundial e diante das consequências desta que se iniciaram as discussões e reflexões ao que levaria o que hoje se conhece por bioética. Ao final da guerra com os médicos responsáveis pelo “programa eutanásia” realizado pelo governo nazista, levados perante o Tribunal de Nuremberg, nasce o código de Nuremberg, que é o pioneiro a estabelecer um conjunto de preceitos éticos direcionadas às pesquisas com seres humanos, tendo em vista o terror o “programa eutanásia”. Em 1964, a Associação Médica Mundial em sua 18ª assembleia, realizada em Helsinque, na Finlândia, inaugurou a primeira versão da declaração de Helsinque sobre “os princípios éticos para a pesquisa médica envolvendo seres humanos”⁵². Em 1979, foi publicada a clássica obra *Principles of Biomedical Ethics*⁵³, obra esta que é considerada o marco do paradigma bioético principiológico, o objetivo dos autores consistiu em oferecer uma estrutura para o julgamento moral e a tomada de decisões por parte não só dos profissionais da saúde, mas para toda a sociedade⁵⁴.

A bioética busca encontrar regras “que estabeleça um respeito incondicional ao ser humano e a sua dignidade, diante das demandas contemporâneas surgidas em virtude dos novos descobrimentos das ciências médicas e biológicas e da tecnologia a elas aliada, e que interferem na vida humana”⁵⁵. O maior fundamento da bioética é o respeito à dignidade da pessoa humana, pautando no respeito à pessoa humana e à busca de seu bem-estar e saúde em uma concepção holística. De modo que a dignidade pertence a condição humana e, por isso, deve ser respeitada e protegida sendo que constitui o elemento que qualifica o ser humano como tal ele não pode ser separado, “não é algo concedido à pessoa humana por que já lhe pertence de forma inata”⁵⁶. À vista disso, existem diferentes paradigmas para se compreender e fundamentar a bioética, sendo que cada um deles apresenta sua própria perspectiva, e contribuições para a compreensão do que se entende por ser o propósito da bioética. Como o relatório de Belmont⁵⁷, publicado em

⁵⁰ VIEIRA, Mônica Silveira. *Op. cit.* p. 135.

⁵¹ Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/belgica-pratica-eutanasia-em-criancas-de-9-e-11-anos/>
Acesso em: 11 de nov. de 2019.

⁵² LOPES, Antônio Carlos. *Op. cit.* p. 125.

⁵³ LEITE, George Salomao. Bioética constitucional. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (org.). **Tratado Brasileiro Sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 25.

⁵⁴ LEITE, George Salomao. *Op. cit.*, p. 24-25.

⁵⁵ LOPES, Antônio Carlos. *Op. cit.* p. 126.

⁵⁶ *Ibidem* p. 127.

⁵⁷ LEITE, George Salomao. *Op. cit.* p. 21-22.

1978, onde estão consignados os princípios de *respeito pelas pessoas, justiça* e da *beneficência*. Utilizando esses princípios como um início, os autores da obra *Princípios de Ética Biomédica* desenvolveram outros quatro princípios orientadores da ação, sendo eles a *beneficência, não maleficência, justiça e autonomia*.

O *princípio da Beneficência* é visto como o mais antigo da ética médica, tendo em vista que sinaliza um dos ensinamentos de Hipócrates. Tal princípio estabelece o dever ético de um profissional da saúde promover primeiramente o bem do paciente. Desta forma, demanda dos profissionais da área de saúde a realização dos tratamentos ou da intervenção médica, sempre visando ao bem-estar do paciente evitando, na medida do possível, a ocorrência de qualquer dano.

O *princípio da não maleficência* é um desdobramento do princípio da Beneficência. O termo vem do latim, *primum no nocere*, que significa “primeiro não prejudicar”⁵⁸. Tal princípio determina o dever de não causar dano intencional ao paciente e por derivar da máxima da ética médica, o médico deve abster-se de prejudicar o enfermo. Aqui é onde a obstinação terapêutica é vista como um mal ao paciente, pois muitas vezes os profissionais na tentativa terna de achar uma cura, encontram-se desafiados para a aplicação adequada do princípio diante das situações.

O *princípio da autonomia*, estabelece a respeito à liberdade de escolha do paciente. Determinante para o entendimento da capacidade do paciente de gerir e conduzir a própria vida corporal e mental, por meio de suas escolhas e opções, tendo em vista que cada ser humano tem de ser respeitado no comando e na autoridade sobre sua própria vida. À vista de que deve ser resguardada a capacidade de gerenciar sua própria vida, tomar suas próprias decisões, fazer suas opções terapêuticas que lhe são mais adequadas aos seus valores pessoais. Tal princípio foi introduzido na ética médica, a partir da década de 70, entretanto, atualmente, tendo em vista as mudanças das relações sociais e nas relações entre médicos e pacientes, determina que os profissionais da saúde respeitem os anseios e as pretensões do paciente, ou de seus representantes⁵⁹. A autonomia na área da saúde está ligada a liberdade individual, baseando-se na vontade que não pode ser imposta por qualquer pessoa, sequer pelo médico. O direito à escolha do tratamento médico encontra seu fundamento nos artigos 5º, caput, e incisos IV, VI, VIII e X, e 19, inciso I, da Constituição Federal. O Código de Ética Médica prescreve que é dever do médico indicar o procedimento ao qual o paciente deve ser submetido, entretanto não deve exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar, e não pode desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução das práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo na hipótese de iminente perigo de vida⁶⁰.

O *princípio da justiça* estabelece a garantia da distribuição justa e universal dos benefícios dos serviços de saúde. Dessa forma, determina que seja dado tratamento adequado a cada condição específica para cada paciente. “Para que referido princípio seja respeitado, deve existir uma relação equânime entre os benefícios e os encargos proporcionados pelos serviços na área da saúde ao paciente, uma vez que não há justiça quando alguns grupos enfrentam todos os prejuízos e outros recebem todas as vantagens”⁶¹. Esse princípio representa a garantia da igualdade no âmbito do acesso aos serviços de saúde, deste modo o direito tutela a saúde tanto nas dimensões individuais quanto nas coletivas, dessa forma deve garantir o exercício da cidadania nos âmbitos do acesso aos serviços, programas e assistência a saúde, por meio de políticas públicas nesta área. Ao acesso aos serviços de saúde é importante que não haja nenhum tipo de discriminação seja em virtude do sexo, religião, raça, idade, posição política, econômica e social, tendo em vista que todos os indivíduos possuem o direito a serem acolhidos

⁵⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. *Op., cit.* p. 103 -104.

⁵⁹ LOPES, Antônio Carlos. *Op. cit.* p 132-134.

⁶⁰ Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_2.asp. Acesso em 10 de mai. de 2020.

⁶¹ LOPES, Antônio Carlos. *Op. cit.* p 140.

pelos serviços básicos de saúde, isso dito é de extrema importância a existência de um Estado ativo e participativo na prestação dos serviços públicos de saúde⁶².

Portanto, a bioética é, nas palavras de Mônica Silveira Vieira, uma “manifestação de uma preocupação ética, particularmente atenta para os progressos da ciência da vida, revelando, principalmente, um forte sentimento de defesa e salvaguarda do homem, em sua singularidade, individualidade e na universalidade da sua humanidade”⁶³, sempre baseando-se os valores intrínsecos de todo ser humano.

3. O CONSENTIMENTO

O consentimento é uma das partes mais importantes quando se fala em eutanásia, pois a vontade do paciente de morrer é o que descaracteriza um homicídio simples e caracteriza a eutanásia. Em todos os países onde alguma forma de eutanásia é permitida, ou ainda o suicídio assistido, o consentimento está presente na legislação que versa o assunto. Cita-se como exemplo a mais recente proposta para a legalização da eutanásia em Portugal, que no início de 2020, foi aprovada pelo parlamento português, onde existe um capítulo único acerca do “Pedido do Paciente”⁶⁴. Deveras existe diferença entre pedido e consentimento, mas para o presente estudo utilizasse o entendimento que se o paciente está pedindo, ele já está consentindo. Acredita-se que ocorre a utilização do termo *pedido*, pois o trâmite para que seja realizada a eutanásia deve ser aprovada pelo médico, no sentido que este deve aceitar, ou permitir, mas o consentimento está intrínseco no pedido do paciente.

Quando ao debate esbarra no Direito Penal é evidente a grande preocupação com o autor. Na teoria do delito o autor é o ator principal e a vítima a coadjuvante, mas quando se trata do consentimento a vítima é trazida para a luz principal, tanto que cada vez mais o estudo da vítima vem ganhando espaço, em razão da criminologia, ganhando até própria denominação: a *vitimologia*. Esta gerou uma notável influência na dogmática penal gerando a disciplina compreendida como *vitimodogmática*, sendo um ramo autônomo do direito penal, é responsável pelo estudo da responsabilidade recíproca que ocorre entre agente e a vítima⁶⁵. Deste modo, procura por uma maior valoração na participação do ofendido, sendo uma valoração da “possível incidência do comportamento da vítima na determinação da responsabilidade penal do autor, e afirma que ela não possui uma posição passiva frente ao crime, podendo até mesmo concorrer com o agente para a caracterização delitiva”⁶⁶, deste modo ela descaracteriza as próprias definições de autor e vítima, de “o efeito de deslegitimar o milenar adágio segundo o qual “ a vítima é sempre inocente e o autor é sempre o culpado””⁶⁷.

O consentimento faz parte da ciência da *vitimodogmática*, pois possui relação com a participação da vítima, mediante a manifestação da vontade, permitindo que um terceiro interfira em seus bens jurídicos, sendo que estes são protegidos penalmente. Na medida que a autorização prestada deveria diminuir ou excluir a responsabilidade do autor, pois ao consentir a vítima lida com o próprio risco incrementado⁶⁸.

⁶² *Ibidem*. p. 139-142.

⁶³ VIEIRA, Mônica Silveira. *Op. cit.* p. 99.

⁶⁴ Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77304c56684a5669356b62324d3d&fich=pjl4-XIV.doc&Inline=true>. Acesso em: 04 de mar. de 2020.

⁶⁵ LUCA, Heloiza Meroto de. **O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, janeiro- dezembro de 2005. São Paulo: ISSN 0303-9838, 2005. p. 740.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 740.

⁶⁷ OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Op., cit.* fl. 32.

⁶⁸ LUCA, Heloiza Meroto de. *Op., cit.* p. 741.

Dai a relevância do estudo para questões de bioética como a eutanásia, pois a vítima de hoje não é a mesma dos primórdios históricos, sendo que a ela foram acrescentados diversos atributos que integram a “dignidade da pessoa humana”, presentes no art. 1º da Constituição Federal.

3.1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O TEMA

3.1.1. Evolução Histórica e Conceitual

A palavra consentimento deriva do latim *consentire*, que significa, a expressão de concordância entre as partes ou uniformidade de opinião. Os penalistas, durante tempo, utilizaram à máxima de Ulpiano para justificar a não punibilidade das condutas delituosas, consagrada no Livro 47 do Digesto, “*nulla injuria est, quae in volentem fiat*”, ou de forma simplificada “*volenti non fit iniuria*”, em tradução livre significa: contra quem consente, não há injúria⁶⁹. A injúria proposta por Ulpiano, não era exclusiva a ofensas a honra, mas em sentido amplo, abrangendo saúde, liberdade e, inclusive a vida⁷⁰.

Para o direito atual o consentimento seria a expressão máxima de autonomia e liberdade individual, encontrando seu fundamento na dignidade da pessoa humana⁷¹, ocorre que no direito penal brasileiro ele é visto como uma causa supralegal de justificação⁷², mesmo que não haja qualquer menção no ordenamento jurídico.

A evolução do conceito de consentimento se confunde com a evolução da teoria do delito, tendo em vista que a teoria do consentimento é encaixada dentro desta última.

Feuerbach, em 1847, explicava que o consentimento é o fato de “uma pessoa poder renunciar de seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade, o consentimento para o a parte do prejudicado, elimina o conceito de delito”⁷³, assim, para ele o importante é a natureza do delito e a disposição do bem jurídico, que vai a depender de cada princípio do direito privado vigente. Nessa teoria proposta pelo penalista alemão o consentimento é tratado como uma permissão para agir, mesmo que exista a proibição de fazer. Contudo, essa visão é criticado pelo italiano Grispigni, pois para ele a vontade de consentir não é capaz de excluir a antijuridicidade da conduta, afirma que a conduta não poderia ser contrária ao direito positivo, nem ao direito subjetivo, dessa forma o autor não conquistaria um poder, ou um direito para agir, mas apenas uma faculdade, desde modo seria irrelevante ou inoperante ao direito⁷⁴.

Especialmente sobre o consentimento, Franz von Liszt, já afirmava que:

A Ofensa de um bem jurídico com o consentimento do ofendido só exclui a legalidade do ato, quando e até onde o direito público permite à disposição de tal bem, ou titular, são de espírito, dele dispõem seriamente. Entende-se que a ordem jurídica nega o poder de dispor, quando liga ao bem em questão uma importância que vai além da pessoa do respectivo titular. Se tal é o pensamento do legislador, interfere-se nas relações das disposições legais no seu conjunto vivo e não simplesmente das qualificações dos fatos criminosos. Será inteiramente falho, sem se ter na mais

⁶⁹ PIERANGELLI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001. p. 72

⁷⁰ MENEZES, Bruno Seligman de. **Direito penal médico**: crimes culposos em práticas consentidas. Porto Alegre: Edipucrs, 2014. p. 26

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto, **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.p. 24.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. volume 1: parte geral. 21 edição. São Paulo: Saraiva: 2015. p. 409.

⁷³ PIERANGELLI, José Henrique. *Op., cit.* 73.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 74

acurada atenção ao direito vigente, pretender estabelecer nesta parte princípios gerais ou admitir pontos de vista do direito civil⁷⁵.

Interessante apontar que para o doutrinador era importante o entendimento a quem pertencia o bem jurídico a qual recai o consentimento. Desde já é perceptível a necessidade da relevância do bem jurídico a qual recai a norma penal. Num sentido muito próximo, é a ideia de consentimento para Ernest Von Beling, pois segundo ele o consentimento do ofendido exclui a ilicitude da conduta, desde que exista uma disponibilidade do bem jurídico. Aliás, Beling propõe o entendimento de que “os bens são juridicamente tutelados enquanto o seu titular os considera e os trata como bens de valor”⁷⁶, deste modo se o titular deixa de valorizá-los, ou melhor, consentido na sua perda, diminuição ou redução, a conduta deveria ser considerada lícita.

Seguindo a mesma linha que Beling propõe, e mantendo o preceito Ulpiano, acerca da teoria do consentimento Edmund Mezger, afirma que o consentimento é “o abandono consciente dos interesses por parte daqueles que, legitimamente, tem a faculdade de disposição sobre o bem jurídico”⁷⁷. Ainda, ele propõe limites para a aplicação do consentimento, posto que apesar de aceitar a exclusão da ilicitude pelo consentimento acabaria por admitir a livre faculdade de disposição sobre esse bem jurídico, o que nem sempre ocorre. Outrossim, aponta a existência de variações no sentido, sendo que em momentos onde há valorização dos valores coletivos há restrição ao pensamento, em paço que quando há épocas com apontes mais individualistas o consentimento é mais eficaz⁷⁸. Além disso, para ele o consentimento deve se preocupar em solucionar duas principais questões, sendo elas: o âmbito de eficácia e os pressupostos necessários para o consentimento⁷⁹. Por fim, Edmund Mezger explica que para haver um consentimento eficaz se faz necessário a voluntariedade e uma vontade do ser, ou seja, “o consentimento deve ser sério e voluntário e corresponder a uma verdadeira vontade do consciente”⁸⁰, visto que qualquer ato de coação impediria a validade do consentimento⁸¹.

Para Hanz Welzel o consentimento é “o acordo entre o feito (não o simples deixar de fazer), e contém a renúncia a proteção do direito. Tal renúncia só pode ser utilizada por quem é o titular do interesse da proteção jurídica”⁸². Conforme Bruno Seligman de Menezes, a ideia de Hanz Welzel quer afirmar que “o resultado lícito não elide o desvalor da conduta, razão pela qual se deve exigir do agente o conhecimento sobre o consentimento dado”⁸³. Dessa forma, expõe a importância de o agente possuir o conhecimento outorgado pelo ofendido e deve atuar sobre essa base, para que o fato esteja adequado ao direito.

Para Claus Roxin, o consentimento seria uma justificação posterior, que quando feita pelo detentor do bem jurídico, não possui poder de excluir o tipo⁸⁴. Como explica Bruno Seligman de Menezes:

O consentimento, por sua vez, representaria a análise em momento posterior, dentro da teoria do delito, de modo que, verificada sua presença, seria a ilicitude da conduta que restaria afastada, ainda que fosse típica. Isso porque o portador do bem jurídico o teria colocado à disposição do autor da conduta. Como já referido, tal ocorre porque o consentimento do ofendido não alcança o núcleo típico, de modo que apenas, se

⁷⁵ MENEZES, Bruno Seligman de. *Op., cit.* p. 24

⁷⁶ PIERANGELLI, José Henrique. *Op., cit.* p. 79

⁷⁷ *Ibidem*, p. 79

⁷⁸ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte geral. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958. p. 164.

⁷⁹ MENEZES, Bruno Seligman de. *Op., cit.* p. 28.

⁸⁰ MEZGER, Edmund. *Op., cit.* p. 166.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte geral. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 99.

⁸³ MENEZES, Bruno Seligman de. *Op., cit.* p. 33

⁸⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte geral Tomo I. Madri: Civitas, 1997. p. 512.

presente, poderá afastar a ilicitude. Os exemplos mais característicos estão relacionados aos tipos de danos e lesões⁸⁵.

Portanto, o consentimento é um ato declaratório de vontade, que deve ser expressado exteriormente, ser voluntário, prestado por capaz, que manifesta a vontade do portador do bem jurídico em ter seu bem afetado, excluindo ou atenuando a responsabilidade do ofensor, por meio de exclusão de tipicidade e ou da antijuricidade penal. Em geral, o consentimento “trata do clássico poder (em que pese mitigado) de disposição da vítima na dogmática penal. Se obedecidos os parâmetros normativos, o exercício desta faculdade anula ou evita a contrariedade da ação do sujeito ativo com o ordenamento jurídico, uma vez que o consentimento válido e eficaz exclui o delito”⁸⁶.

3.1.2. A Evolução da Teoria *Dualista*

O acordo parte de uma concepção *dualista* do consentimento, na qual o consentimento do ofendido pode tanto excluir a ilicitude, quanto afastar a tipicidade. Esse é um modelo que possui maior aceitação pela doutrina, foi proposto inicialmente por Friedrich Geerds⁸⁷. O autor é responsável também pela análise terminológica entre “consentimento” e “acordo” ao qual afirma serem diferentes e autônomas, “não só no estatuto sistemático-dogmático mas também, e sobretudo na matriz normativa, e incomunicáveis nos pressupostos de validade e eficácia nos correspondentes efeitos práticos-jurídico”⁸⁸. Segundo o Geerds, ambos o consentimento e o acordo possuem do ponto de vista fático o elemento da concordância do lesado com a conduta, a diferença estaria no ponto jurídico, tendo em vista que o consentimento “apresenta-se como uma vontade juridicamente relevante para a exclusão do ilícito, enquanto o acordo respeita à uma situação típica em que a vontade concordante exclui, no plano puramente fático, o elemento da factualidade típica de afronta a uma vontade de sentido contrário”⁸⁹. Desta forma, como ressalta Manuel da Costa Andrade, “além de figurar como a única sede de relevância das diferenças entre o consentimento e o acordo vir a ordem jurídica constitui igualmente a única instância da sua revelação”⁹⁰, em outras palavras o que realmente importa é o tratamento jurídico para as ações, o que são diferentes. A distinção se opera no sentido de que acordo exclui o próprio tipo penal, enquanto o consentimento não afasta a tipicidade, deste modo a anuência do titular do bem jurídico é discutida na esfera da tipicidade quando se tratar de acordo e na esfera da antijuricidade quando se trata sem consentimento. Além disso, Geerds afirma se o acordo constitui um evento, ao contrário o consentimento, é compreendido como um instituto de natureza normativa, que possui característica jurídica. Por isso, conclui que o acordo não apresenta requisitos de validade eficácia, produzindo efeitos mesmo se outorgado com vícios de vontade (erro, dolo e coação).

Outro autor a citar é Peter Noll, que em seus estudos trata o consentimento e o acordo de maneira indistinta, de modo a reconhecer ambos por consentimento. Fundou seus estudos no consentimento como causa de justificação. Para ele o consentimento, na condição de excludente de antijuricidade, pressupõem uma colisão entre o bem jurídico liberdade individual e os demais bens jurídicos penalmente tutelados, deste modo, em condições nos quais o tipo penal protege bens os diversos da liberdade individual, o consentimento não afastaria a tipicidade da conduta, entretanto seria passível de justificação por serem interesses individuais,

⁸⁵ MENEZES, Bruno Seligman de. *Op., cit.* p. 42.

⁸⁶ OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Op., cit.* fl. 167.

⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 137.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 142

⁸⁹ *Ibidem*, p. 142-143.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 143.

quando numa ponderação de valores prevalecem sempre sobre o social. Portanto, o consentimento que afasta antejuridicidade ocorre sempre quando há uma lesão ao bem jurídico, desde que justificada pela ponderação dos valores colidentes⁹¹, em que pese o consentimento que exclui a tipicidade ocorreria nos casos em que o próprio consentimento afastasse o bem jurídico protegido pelo direito penal, prevenindo uma eventual contraposição de interesses⁹². A teoria é criticada por Manuel da Costa Andrade, “por reconhecer ao ofendido a legitimidade de conformação e hierarquização dos seus interesses, podendo o resultado desta expressão da liberdade individual opor-se, e de algum modo sobrepor-se, ao sistema penal”⁹³.

Stratenwerth, publicou um estudo na mesma época de Noll, procurando “assegurar uma nova e mais consistente fundamentação à arrumação dualística do consentimento penalmente relevante a partir de uma diferenciação referenciada logo em sede de estrutura axiológica e atenta ao significado das respectivas fenomenologias do ponto de vista do dano cidade social”⁹⁴. O autor em sua construção teórica privilegia a noção de autonomia pessoal enquanto fator comum as causas de justificação. De acordo com Manuel da Costa Andrade:

Segundo Stratenwerth, é a autonomia pessoal, *rectius* ou atentado à autonomia pessoal – por via de regra, embora não necessariamente, expresso mediante a lesão de bens jurídicos ou interesses alheios – que dá sentido ao próprio conceito de ilícito penal. “o ilícito tem sempre o caráter de uma manifestação de desrespeito pelo outro como personalidade autônoma”. E isto porquanto é precisamente sobre o conceito e o princípio da autonomia pessoal que assentam quer a organização da “esfera ético-social preexistente ao direito”, quer a organização juridicamente estruturada da vida comunitária. Na verdade, argumenta o autor, é o imperativo de respeito do outro, como portador de direitos iguais, que constitui a norma fundamental da convivência humana. Um imperativo que reclama igualmente o reconhecimento do outro como ser autônomo, responsável no âmbito da sua esfera de ação. E de que dimana à proibição da ingerência na esfera dos interesses alheios. “Simplesmente, essa proibição tem apenas caráter secundário e derivados: pressupõe que o portador dos interesses seja reconhecido como pessoa autônoma. Noutros termos, um bem só goza do estatuto da inviolabilidade quando se pode, pela sua pertinência à arca da personalidade de um outro, caracteriza halo como alheio”⁹⁵.

A teoria de Stratenwerth estabelece a existência de duas classes de tipos penais: a primeira, os que tutela apenas à autonomia individual; a segunda, os quais têm autonomia pessoal como um de seus objetos de tutela. Deste modo, o primeiro o consentimento excluiria a tipicidade, não se configurando lesão ao bem juridicamente protegido, à vista que no segundo é afastada da antijuridicidade, subsistindo o dano aos bens diversos da autonomia pessoal esse observando o conflito entre os interesses de natureza individual e os de cunho social, aqui ocorre o conflito entre os interesses individuais e os interesses sociais⁹⁶. Apesar de apresentar algumas incoerências, segundo Andrade, principalmente no que se refere ao conceito de lesão ao bem jurídico protegido, foi relevante para o reconhecimento da “autonomia pessoal, matriz normal e óbvia da justificação do consentimento, a autonomia é igualmente tratada como tópico essencial para a compreensão do regime das demais causas de justificação”⁹⁷.

Na mesma época, defendido por alguns autores, a teoria *monista* entende o consentimento apenas como causa de exclusão da tipicidade. Originando-se a partir da teoria liberal, como expressão máxima da liberdade do indivíduo, de modo que nas relações entre o

⁹¹ *Ibidem*, p. 148.

⁹² *Ibidem*, p. 150.

⁹³ *Ibidem*, p. 154.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 161.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 161-162.

⁹⁶ LUCA, Heloiza Meroto de. *Op., cit.* p. 762-763.

⁹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Op., cit.* p. 174.

privado e o público, o individual e o social, o primeiro sempre deve de prevalecer sobre o segundo⁹⁸. De acordo com Manuel da Costa Andrade a teoria monista apresenta dois fundamentos: a área de tutela e o conceito de lesão⁹⁹. O primeiro entende que o consentimento coloca o bem jurídico fora da área da tutela penal, causando a renúncia a proteção estatal, enquanto o segundo apresenta duas correntes, uma onde “a competência para a disposição é um elemento constitutivo do próprio bem jurídico, sendo que o consentimento exclui a lesão do bem jurídico como tal”¹⁰⁰, e a outra onde “ a violação do bem jurídico é a violação da exigência de respeito proveniente de uma instituição, sendo o consentimento a expressão de uma lesão aparente alguém penal”¹⁰¹.

Ademais a teoria *monista* surge com o intuito também de dissolver as ideias de Geerds. Claus Roxin, defende que o consentimento quando prestado pelo portador do bem jurídico apenas teria efeito de justificação, mas não o de excluir o tipo, já o acordo aparece como excludente de tipicidade, tendo em vista que este ocorre sem qualquer vontade do lesionado, aqui estariam dispostos os crimes de coação. Isto posto, o autor propõe a diferenciação de acordo e consentimento, apontando seis diferenças que deveriam ser utilizadas nos casos práticos, tendo em vista que existe uma diferença entre o acordo e consentimento sendo que o primeiro possui uma natureza mais fática e o segundo um caráter mais jurídico¹⁰². Portanto, sobre o consentimento o autor ressalta que se o proprietário permite que um terceiro danifique ou destrua o seu bem jurídico, o consentimento não remediaria a coisa danificada, nem a propriedade lesada, deste modo o consentimento exclui a ilicitude em razão da renúncia ao bem jurídico, fundada no direito de liberdade de agir e o direito de autodeterminação individual¹⁰³.

Outros autores também são adeptos a corrente monista. Como Schmidhauser, para ele “o consentimento é causa de lesão aparente ao bem jurídico, pois quando a pessoa consciente, ela abandona os bens jurídicos consentido fazendo com que caia a exigência de respeito”¹⁰⁴, o autor também apresenta diferenciações entre o consentimento e o acordo, apesar de entender que ambos são causas de exclusão da tipicidade. Autores como Maurach e Zipf, afirmam que o consentimento não faz parte as causas de justificação, pois nele não existiria lugar para o princípio da ponderação de bens¹⁰⁵. Apesar da teoria monista ser apresentada como contrária a teoria dualista, foi de extrema importância para o desenvolvimento desta última.

Manuel da Costa Andrade surge nos anos 90 para reacender a discussão acerca do consentimento, o autor é defensor da teoria dualista, mas surge como um crítico da teoria de Geerds, como mencionado anteriormente, e a teoria monista. Nesse sentido:

Posta em causa a consciência da temática das teorias monistas e pluralistas tradicionais, só a causa dum ostensiva distanciação e formalização se pode hoje continuar a falar de “sistema” das causas de justificação. Do que resulta um sistema caracterizado pela extensão e rarefacção da significatividade e face ao qual o consentimento emerge não como “corpo estranho”, mas antes numa relação de comunicabilidade e, *hoc sensu*, de pertinência¹⁰⁶.

Para Manuel da Costa Andrade o paradigma ordinário de Geerds apresenta contrariedade latente, tendo em vista que contrapõe natureza normativa no consentimento à um conteúdo meramente naturalístico do acordo. À vista disso o autor argumenta que o acordo,

⁹⁸ Heloiza Meroto de. *Op., cit.* p. 764.

⁹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Op., cit.* p. 178.

¹⁰⁰ Heloiza Meroto de. *Op., cit.* p.764.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² ROXIN, Claus. *Op., cit.* p. 513.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 512.

¹⁰⁴ LUCA, Heloiza Meroto de. *Op., cit.* p 765.

¹⁰⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Op., cit* p. 188.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 263.

assim como o consentimento, também tutela a liberdade individual e apresenta aspectos normativos, não podendo ser reproduzido idêntico nos tipos que o preveem, mas de forma variável¹⁰⁷. Deste modo, sustenta que apesar de o consentimento e o acordo assegurarem a autonomia pessoal, o fazem de modo distinto, no caso do acordo não ocorre colisão entre interesses individuais e sociais, como ocorre no consentimento como nas demais causas da justificação, mas através da incorporação da autonomia individual como objeto mesmo da norma penal, visto que o consentimento, por ser uma causa de justificação, pressupõe sempre a existência de um conflito entre o interesse social, derivado do bem jurídico tutelado, e o interesse individual, derivado da autonomia do indivíduo, sendo que o acordo pressupõe autonomia individual como o próprio objeto da tutela do tipo penal¹⁰⁸.

Assim, a teoria dualista é marcada por um consentimento bipartido, sendo o primeiro capaz de excluir a tipicidade e o segundo a antijuridicidade da conduta, sendo que ambos se fundamentam na liberdade ou autonomia individual. O consentimento excludente do tipo não pressupõem uma lesão ao bem jurídico, mas, ao contrário, sua realização, faz com que a conduta seja normal e até mesmo esperada nas relações humanas, enquanto o consentimento excludente da antijuridicidade quer a lesão ao bem juridicamente protegido, de relevância social, causando um conflito entre o interesse pessoal, com fundamento na autonomia do indivíduo, e o interesse social, com fundamento no valor público do bem tutelado, à vista que este conflito deve ser resolvido na esfera da antijuridicidade¹⁰⁹.

A partir daí surge uma nova concepção para a teoria dualista proposta pela autora Heloísa Meroto de Luca. A autora seguidora da teoria dualista, afirmando ser esta “a mais adequada a teoria do consentimento, tanto por razões políticas criminais quanto por razões dogmáticas”¹¹⁰. Apesar de vincular-se ao paradigma dualista a autora afirma que a clássica divisão entre acordo e consentimento é imprópria, não se fazendo adequada ao direito penal contemporâneo, portanto a autora apresenta os termos: *consentimento-atipicidade* e *consentimento-justificação*. Afirma, então, que “são modalidades de um todo, o consentimento, pois significam a manifestação de vontade do consciente sobre ingerência em seus bens jurídicos por outrem”¹¹¹.

A autora sustenta que consentimento-atipicidade não é a mesma coisa do que acordo, de mesmo modo que consentimento-justificação não é igual ao consentimento. A primeira divergência é no sentido de que o consentimento-atipicidade “pode ocorrer tanto nos tipos que apresentam o dissenso como seu elemento integrante quanto naqueles em que isso não ocorre”¹¹², portanto o “fator determinante será se o tipo tutela a liberdade de disposição de bens pelo indivíduo”¹¹³. No que tange o consentimento-justificação, “possui lugar em todos os tipos que tutelam os bens em si considerado”, portanto “todos os tipos que não tutelam a capacidade de disposição de bens pelo indivíduo tutelam os bens em espécie”, sendo eles objetos do consentimento-justificação. A autora conclui que:

Com a divisão do consentimento entre com o sentimento atipicidade em consentimento justificação, o critério de análise sai do dissenso como elemento estrutural do tipo recai no tipo de bem tutelado - liberdade de disposição de bens pelo indivíduo ou bens em espécie. Isso permite maior flexibilidade na de visão do, pois a eleição do tipo de bem protegido pelo tipo penal será feita pela sociedade, através de seu agir comunicativo, e não pela rígida estrutura normativa. [...] Além disso, não são

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 517.

¹⁰⁸ LUCA, Heloiza Meroto de. *Op.*, cit. p. 763.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 764.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 768.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 770.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

as causas de justificação que devem ser amolar ao sistema. Ao contrário, este último deve ser erigido levando em conta as causas de justificação existentes. Considerando que o requisito primordial destas últimas é a exclusão da antijuridicidade da conduta típica, e que o consentimento, dependendo do bem ou do interesse protegido, apresenta essa propriedade, então ele pode ser incluído no sistema das tradicionais causas de justificação¹¹⁴.

Heloiza Meroto de Luca afirma que a importância para a realização dessa nova concepção de consentimento, no sentido de que a melhor maneira que o consentimento poderia ser inserido no direito penal, especialmente no Brasil, seria analisando este sob o sistema da teoria da imputação objetiva¹¹⁵, tendo em vista que apenas ela introduz temas como o incremento do risco, auto-responsabilidade da vítima e a significação social da conduta delitiva, permitindo que a sociedade eleja quais tipos de bem o direito penal deve tutelar. Por fim, afirma que o consentimento do ofendido deve sempre apresentar um amplo âmbito de eficácia, pois se encontra intimamente ligado a dignidade da pessoa humana, ampliando a própria legitimidade do direito penal ao permitir que ela acompanhe o desenvolvimento social, captando os seus valores vigentes.

3.1.3. Requisitos de existência, validade e eficácia.

No que tange a *existência*, para o consentimento existir é necessário a presença do ofendido – detentor do bem jurídico – e do ofensor ou autor, e do consentimento – manifestação –, para que o ofensor interfira sobre o bem jurídico do ofendido. Assim, segundo Heloiza Luca:

O ofendido é a pessoa portadora de bens jurídicos relevantes que manifesta a vontade de ingerência em seus bens por terceiro. Já o ofensor é a pessoa (terceiro) que realiza assim gerência dos bens juridicamente relevantes do ofendido, mediante a manifestação de sua vontade. Nota-se que tanto ofendido quanto o ofensor são pessoas, pois somente elas são passíveis de possuir bens juridicamente relevantes, bem como de praticar ações delitivas, sendo finalmente responsabilizadas e recebendo a respectiva sanção¹¹⁶.

Dessa forma, não há divergência do fato que *pessoa física* possa figurar tanto quanto ofendido, quanto como ofensor em uma situação delituosa. Todavia, no que tange a *pessoa jurídica*, ela apenas pode figurar o polo do ofendido e no limite de seus bens. De modo que, a doutrina majoritária impõe que ela não pode ser a ofensora, tendo em vista que pessoa jurídica não comete crime, deste modo não é passível de responsabilidade penal.

Em relação a necessidade da manifestação de consentimento pelo titular do bem jurídico, salienta-se que deve ser por meio de uma vontade de ter seu bem jurídico afetado, com consequente diminuição ou exclusão da responsabilidade do ofensor. A respeito da maneira que a vontade é expressada existem três correntes: a primeira, teoria da *declaração* da vontade; segunda, teoria da *direção* da vontade; e terceira, teoria *ecletica*.

Como explica Jescheck¹¹⁷, a teoria da *declaração* de vontade determina que o consentimento deve manifestar-se exatamente como negócio jurídico privado; a teoria da *direção* dá vontade pressupõem a pura aquiescência interna do ofendido, sem a necessidade de sua exteriorização; e, por fim, para a teoria *ecletica*, o consentimento deve ser externalizado de modo a ser reconhecido, de alguma maneira, pelo agente.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 771.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 811-812.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal: parte general. Trad.: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 409-410.

A teoria eclética é a qual se faz relevante a esse estudo, pois é necessário que além de existir uma vontade interna é necessário que ela seja exteriorizada para que de fato exista.

No quesito de *validade* é necessário que o ofensor possua capacidade natural de discernimento para entender a renúncia. A doutrina majoritária é clara no sentido de que para o consentimento seja provido de validade, ele é necessário ser realizado por alguém que possua capacidade para fazê-lo. Mas o questionamento é o que seria essa capacidade.

Na “teoria da direção da vontade” defendida por Hans Welzel, ensina que o consentimento só pode ser dado pelo detentor do direito, e para consentir este deve possuir a capacidade necessária para saber apreciar e entender sobre o que se está consentindo. Segundo ele, a capacidade entendida pelo direito civil, no que tange a capacidade de fazer negócios, não seria o ideal, mas sim a capacidade de compreensão da pessoa que consente sobre o ato¹¹⁸.

No mesmo sentido Mezger, afirma que o consentimento que se trata aqui não é um negócio jurídico, sendo este consentimento uma ação jurídica que possui uma natureza própria, assim explica que para o consentimento ser eficaz na esfera “jurídico-penal”, não se deve utilizar os princípios do direito civil, mas basta que na outorga do consentimento a vontade do outorgante seja clara¹¹⁹. Assim para o autor, a idade não deveria ser um marco para possuir um direito de consentir, ou saber se o consentimento possui de fato valor, mas deve se realizar a análise se o outorgante possuía “a capacidade de juízo necessária e o consentimento correspondia a sua real vontade”¹²⁰.

Ambos os autores são totalmente contraria a utilização da teoria que o consentimento penal seria um negócio jurídico, dessa forma para eles é impossível utilizar a concepção de capacidade do direito civil. Claus Roxin, porém, afirma que não existe uma única resposta, acerca da capacidade para consentir, segundo o autor:

A opinião nos casos tradicionais de acordo a questão depende da vontade natural do portador do bem jurídico, enquanto, no consentimento, no sentido contrário, dependa da vontade responsável e consciente do portador do bem jurídico, é muito simples. O fio condutor da interpretação deve ser a ideia de que onde o consentimento já exclui a realização de um determinado elemento do tipo, só a interpretação do elemento concreto pode determinar as exigências de quanto capacidade era necessária. No sentido contrário, onde o consentimento exclui o tipo se coloca junto aos demais elementos do tipo, são admissíveis afirmações generalizadas, porque o consentimento se apresenta aqui somente como expressão de liberdade de ação em geral, mas naquela nas singularidades dos elementos em particular¹²¹.

Roxin, explica que assim como a doutrina majoritária no quesito de capacidade é importante que haja o entendimento e a noção da pessoa que consente, como requisito para a validade. Deste modo, afirma que não basta a vontade puramente fática do portado do bem jurídico, mas também não deve se exigir a capacidade negocial do direito civil. Ele cita como exemplo, que uma criança – até 14 anos – não possui uma capacidade de compreensão, por outro lado, um adolescente – cita 17 anos como exemplo – possuiria discernimento e consciência para consentir, mas com ressalvas¹²². No caso, em adultos a regra a se aplicar seria que todos possuem capacidade de entendimento e discernimento, tanto para entender sobre o que o consentimento recai, como para entender as consequências do mesmo¹²³.

Em análise ao direito brasileiro, José Henrique Pierageli, relembra que o consentimento não é contemplado no Código Penal como causa de exclusão de ilicitude, o que levaria a

¹¹⁸ WELZEL, Hans. *Op., cit.* p. 100-101.

¹¹⁹ MEZGER, Edmund. *Op., cit.* p. 165.

¹²⁰ MEZGER, Edmund. *Op., cit.* p. 165.

¹²¹ ROXIN, Claus. *Op., cit.* p. 536.

¹²² *Ibidem*, p. 538.

¹²³ *Ibidem*.

dificuldade de se indicar uma idade determinada para aquele que outorga o consentimento¹²⁴. O que ocorre é uma divergência entre os doutrinadores, explica, pois para aqueles que entendem o consentimento como sendo um negócio jurídico, à de se utilizar a idade e a tese prevista no direito civil, entendem que os 18 anos, seria a idade a se utilizar para o consentimento ser válido. Em contrapartida, a autores que defendem que a idade a ser utilizada é da imputabilidade, fixada em 14 anos¹²⁵. Esclarece, ainda, que existe países, cita à exemplo a Itália, onde cabe ao Juiz a decisão de decidir se o consentimento é válido, avaliando cada caso de maneira individual¹²⁶.

Apesar dessa diferença doutrinária Pierangeli, afirma que o ideal para o direito brasileiro, ou melhor, o que teria validade no Brasil, seria a regra geral presente no Código Penal que é a de 18 anos, à vista disso afirma que normas acerca menores de idade devem estar presente em legislação especial.

Ainda, é necessário que exista a vontade do ofendido e que esta seja feita sem quaisquer vícios, sendo eles por erro, coação ou fraude. O erro pode ocorrer quando a pessoa que consente “equivoca-se sobre as circunstâncias ou elementos do fato, conhecendo-o de forma distinta, não correspondente à realidade, declarando uma vontade diferente da que seria caso a conhecesse”¹²⁷. Deste modo, o erro só torna o consentimento inválido quando ocorre por erro do ofensor, sendo que este responderá por crime culposos. Se o erro prover do consciente, o consentimento ainda será válido. Outrora, se o erro ocorrer por culpa de terceiro, então o consentimento continua sendo válido em face do consentido, e o terceiro responde pelo delito em modalidade culposa¹²⁸.

Na coação, o consentimento é outorgado em uma situação de violência física ou moral. O consentimento nesses casos sempre é nulo, e o ofensor é responsável por crime doloso.

A fraude ocorre quando o ofensor ou terceiro emprega, dolosamente, meios a deturpar o ofendido sobre elementos ou circunstâncias, levando a outorga de um consentimento que não existiria caso o ofendido conhecesse os reais fatos. O fraudador, assim como na coação é sempre responsável dolosamente, tendo em vista que age com o intuito de ludibriar o ofendido para realizar o ato que ele deseja.

Para que o consentimento seja provido de *eficácia* é necessário que ele tenha por objetivo a lesão de um bem jurídico passível de disposição pela pessoa. Segundo Heloisa Luca é necessário que o bem esteja na classificação de bens renunciáveis ou bens parcialmente renunciáveis. Pois, segundo ela se eles não fizerem parte desta categoria, ou eles não forem um bem jurídico disponível não existe eficácia na esfera penal, mesmo que apresente os requisitos de existência e validade¹²⁹.

3.2. LIMITE DO CONSENTIMENTO

Como demonstrado anteriormente, o consentimento pressupõe a existência de um bem jurídico ao qual o titular permite que seja ingerido por um terceiro, que por consequência do consentimento poderá ter sua responsabilidade penal diminuída ou excluída. Cada vez mais o número de bens jurídicos cresce, o que gera uma necessidade de o direito de se adaptar e evoluir através do tempo. O problema está no entendimento doutrinário, que possui divergências sobre no sentido de que nem todos os bens são disponíveis a seu titular. Ademais a possível indisponibilidade de um bem jurídico esbarra em outro direito, o da autonomia, que se encontra

¹²⁴ PIERANGELLI, José Henrique. *Op., cit.* p. 136.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 137.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 137.

¹²⁷ LUCA, Heloiza Meroto de. *Op., cit.* p. 752.

¹²⁸ *Ibidem*. p. 753.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 755.

diretamente ligado ao poder de autodeterminação de uma pessoa¹³⁰.

3.2.1. Conceito de Bem Jurídico

Os doutrinadores costumam relacionar o bem jurídico a um conteúdo patrimonial, tendo em vista que “quase sempre com tais características em relação ao objeto da tutela jurídica”¹³¹. Welzel, considera o bem jurídico como um “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”¹³², e completa “é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”¹³³. Num mesmo sentido é o conceito de Cerezo Mir, para o autor bem jurídico é “todo bem, situação ou relação desejados e protegidos pelo Direito”¹³⁴.

Contudo, o que se entende por bem jurídico tutelado pelo direito penal é “aquele em que a norma, mediante a ameaça de uma pena, objetiva a tutelar diante a agressões”¹³⁵. É visível a ligação com a questão social e cultural, visto que as normas são criadas de acordo com a situação e necessidades de cada lugar. Esse entendimento tem raízes da visão neokantiana, onde procura-se conceber o bem jurídico como valor cultural, deste modo, os bens jurídicos possuem como fundamentos os valores culturais os quais se baseiam nas necessidades individuais do ser, sendo que os valores culturais se transformam em valores quando são socialmente dominantes, e os valores culturais se transformam em bens jurídicos quando “a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica”¹³⁶.

Luiz Regis Prado explica que “a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores éticos-sociais da ação mais elementares”¹³⁷. Numa visão dos valores éticos-sociais, “a ameaça penal deve contribuir para assegurar os interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação”¹³⁸. Dessa forma, o delito deve ser formado “de um desvalor da ação e de um valor do resultado”¹³⁹.

Ressalta-se que os bens jurídicos não são todos protegidos pelo Direito Penal, tendo em vista que este só protege diante de possíveis ameaças e certas formas de agressão, isto ocorre visto que as concepções – políticas, sociais – transformam-se com o passar da história, variando no tempo e no espaço¹⁴⁰. Nesse sentido, Claus Roxin, explica que “a concepção de bem jurídico descrita é certamente do tipo normativo; porém não é estático, sendo que dentro dos limites da finalidade constitucional está aberta para mudanças sociais e para o progresso dos conhecimentos científicos”¹⁴¹.

Bustos Jamirez entende bem jurídico como uma construção sociológica, segundo ele “o bem jurídico implica sempre uma valoração massiva e universal; trata-se de certas relações sociais que são consideradas essenciais para o sistema em relação a todos os seus membros, caso da vida, honra, da liberdade, etc.”¹⁴². Para Zaffaroni o bem jurídico penalmente tutelado “é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegido pelo estado, que revela seu interesse mediante normas que proibam determinadas condutas que as afetem, aquelas que

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Op., cit.* p. 24.

¹³¹ PIERANGELLI, José Henrique. *Op., cit.* p. 107.

¹³² PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e constituição. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 33.

¹³³ WELZEL, H. Derecho Penal alemán. P. G. Santiago: Jurídica do Chile, 1970. p. 15.

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Op., cit.* p. 33.

¹³⁵ PIERANGELLI, José Henrique. *Op., cit.* p.108.

¹³⁶ PRADO, Luiz Regis. *Op., cit.* p. 32.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 32.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 33.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 34.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. *Op., cit.* p. 57-58.

¹⁴² PRADO, Luiz Regis. *Op., cit.* p. 35.

são expressadas pela tipificação dessas condutas”¹⁴³. Na doutrina brasileira, Fragoso explica que:

Bem jurídico não é apenas um esquema conceitual visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, como de natureza que qualidade dependem, sem dúvida, no sentido que a norma tem o que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, o valor da vida humana que o direito reconhece, que a cuja preservação é disposta a norma¹⁴⁴.

Portanto, entende-se que bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social, entidade dotada de valor), material ou imaterial haurido de contexto social, de titularidade individual ou meta individual, essencial para coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explícita ou implicitamente constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e por isso, jurídico-penalmente protegido¹⁴⁵.

3.2.2. Disponibilidade do bem jurídico

Estabelecido que o consentimento se caracteriza pela renúncia a tutela ao qual a norma penal outorga ao bem jurídico, torna-se imprescindível buscar-se um critério diferenciador acerca do direito de dispor sobre os bens. Ocorre que, tal tarefa, apresenta diversas dificuldades, em vista que a doutrina é divergente acerca do que seriam os bens disponíveis e indisponíveis, ocorre que como apresentado anteriormente os bens jurídicos e o modo que eles são protegidos variam de acordo com a sociedade e a época que se encontram. Ademais, ao legislador não convém “estabelecer um rol de bens disponíveis, ainda que a título exemplificativo, ou mesmo criar uma categoria de bens renunciáveis, posto que inexistente uma categoria de crimes em que se apresente disponibilidade como uma característica comum a todos eles”¹⁴⁶.

Para uma parcela da doutrina, a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis deve ser feita a partir de um critério chamado de “balanceamento dos interesses”. Para Jescheck “a avaliação subjetiva dos bens jurídicos pelo indivíduo é decisivamente reconhecida pelo sistema jurídico, porque o uso irrestrito da liberdade pessoal como tal é considerado um valor social em um Estado de direito liberal, que deve ser pesado contra o interesse da comunidade na preservação de bens legais”¹⁴⁷. Pierageli crítica essa opção, posto que “fosse exato o critério do balanceamento ou da equivalência dos bens, seria concluir pela existência de um conflito entre os direitos titulares do bem jurídico, o que faz pressupor a existência de uma pluralidade de bens jurídicos tutelados, quando, de regra, o bem jurídico é um só”¹⁴⁸.

Na busca a apresentar os critérios objetivos que permitam a realização da distinção entre bens disponíveis e indisponíveis, uma parte da doutrina, que chegou a influenciar na jurisprudência italiana e alemã, estabelece que a diferença ocorre em vista a utilidade social do bem. Deste modo, “quando este não se reverte de um imediato utilidade social o estado reconhece ao particular a exclusividade do uso de gozo, este é disponível, e, contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem é indisponível”¹⁴⁹.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte geral. T. III. Buenos Aires: Ediar, 1981. p. 240.

¹⁴⁴ FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal**. P. G. Rio de Janeiro: Forense, 1985. *Apud*. PRADO, Luiz Regis. *Op., cit.* p. 38.

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 44.

¹⁴⁶ PIERANGELLI, José Henrique. *Op., cit.* p. 116.

¹⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op., cit.* p. 405.

¹⁴⁸ PIERANGELLI, José Henrique. *Op., cit.* p. 117.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 119.

Em contra partida, Zaffaroni ensina que não existe a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis, para o autor todos os bens estão à disposição do titular, inclusive a sua própria vida. Segundo ele a disponibilidade do bem jurídico é condizente com o direito de uso sobre o mesmo, afirmando ainda que a vida é o bem que maior possui disponibilidade, tendo em vista que é a partir dela que se depreendem todos os outros bens jurídicos¹⁵⁰. Deste modo, o autor explica que:

A disponibilidade não significa outra coisa que a possibilidade de dispor, entretanto na vida social organizada em Estado social de direito, à disposição deve entender-se como um uso de certos objetos para a auto realização de seus cidadãos. É dizer que se dispõem “usando”, disponibilidade não seria, pois, outra coisa que a possibilidade de uso, um emprego, da utilização¹⁵¹.

A respeito da disponibilidade da vida a doutrina majoritária entende a existência sobre um direito à vida, mas é clara ao afirmar que o ser não pode dispor dela como bem entender, nesse sentido é o entendimento de Jescheck:

Ademais, o consentimento deve restar excluído nos casos de homicídio pois a vida, prescindido de um suposto suicídio, não está sujeita a liberdade de decisão pessoal. O consentimento nas próprias lesões corporais somente podem ter uma eficácia limitada, pois um dano a saúde de consideráveis dimensões que contrário aos bons costumes em infringe o interesse superior de uma comunidade na preservação da integridade corporal frente a intervenção de terceiros¹⁵².

Na visão de Zaffaroni sobre disposição, o suicídio é um problema, pois como o autor propõe que a disposição seria para a busca de uma gratificação, lhe é estranho um ser que para auto realizar-se socialmente buscasse o suicídio¹⁵³.

No sentido contrário é o entendimento apresentado por Roberto Dias, o doutrinador brasileiro afirma que a expressão “inviolabilidade do direito à vida, consagrada constitucionalmente, não indica que a vida é um dever para consigo mesmo, e para com os outros, tampouco pode ser entendida como um direito absoluto, indisponível e irrenunciável”¹⁵⁴. Para o autor, a inviolabilidade presente na Constituição, em verdade, significa que ela não possui conteúdo econômico-patrimonial, desta forma ninguém pode ser arbitrariamente privada dela ou sem sua anuência. Afirma, ainda, que a indisponibilidade do bem jurídico vida deve ser entendida apenas no sentido de que ninguém pode dispor da vida de outrem, ao menos sem seu consentimento. Rachel Sztajn afirma que “a inviolabilidade da vida tem que ver com terceiros, cuja ação contra a vida alheia é coibida, mas não se pode ler o texto constitucional de forma a proibir que qualquer pessoa decida sobre a duração de sua vida”¹⁵⁵. Na mesma linha, a autora defende a existência do direito à morte sempre que a vida deixa de ser digna, para autora a vida com dignidade se encontra presente quando a pessoa possui “ condições de desenvolver suas aptidões, definir o que fazer com sua existência respeitando a humanidade dos outros, de ter respeitadas a liberdade e à autonomia”¹⁵⁶. A partir da visão dessa corrente é possível considerar a vida como um bem jurídico disponível e renunciável. Evandro Correia de Menezes leciona que “do mesmo modo podemos assentar a tese que a relação ao indivíduo, o direito à vida é

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op., cit.* p. 240.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 240.

¹⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op., cit.* p. 405.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op., cit.* p. 241.

¹⁵⁴ DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p.12

¹⁵⁵ SZTAJN, Rachel. **Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 156.

¹⁵⁶ *Ibidem*. p. 159.

renunciável e abdicável por parte de quem é o sujeito dele e assim o homem, como tem o direito de viver, tem o direito de morrer”¹⁵⁷.

Sobre a renúncia ao direito a vida Pedro Adamy ensina que “a Renúncia será aceita até o ponto em que alcance o conteúdo essencial ou até onde ela não desfigure o direito fundamental, isto é, até onde este não for aniquilado, extinto, erudito e se torne absolutamente ineficaz para o seu titular”¹⁵⁸, e completa, afirmando que enquanto a renúncia não atingir o “coração e o cérebro do direito fundamental” ela pode ser aceita. O autor defende que o “poder de disposição - é a conseqüente possibilidade de renúncia - será tanto maior quando o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo, isto é afetar somente a esfera de liberdade individual”¹⁵⁹, entretanto ela deverá ser relativizada “quando a proteção de outros valores constitucionais estiverem subjacentes ao direito fundamental, e o ato de disposição for dirigido em relação a algum ente estatal”¹⁶⁰.

Desse modo, presente a existência de duas vertentes doutrinárias, uma majoritária que possui o entendimento de que a vida não é um bem jurídico disponível, sendo que deve ser protegido pelo estado a qualquer custo, frente inclusive a outros direitos fundamentais. e a outra minoritária que entende que a vida é um bem jurídico e disponível que permite que o titular disponha dela da maneira mais digna possível.

3.2.3. Os bons costumes e o consentimento

Como apresentado anteriormente os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal estão em constante mutação, se adaptando ao decorrer do tempo com a evolução cultural e social. A doutrina tradicional vincula esse fato muito ao que é considerado bons costumes, sendo que mesmo que o consentimento exista ele não poderia ir contra os bons costumes. Hanz Welzel e Claus Roxin, são pontuais ao afirmar que a contrariedade aos bons costumes, torna o consentimento completamente nulo. Segundo o primeiro autor “mesmo que o consentimento seja valorado como algo bom, não pode ir ao contrário a moral e por isso não pode ser usado como justificativa”¹⁶¹. O segundo autor, afirma que se o ato é contra a moral, apesar de haver o consentimento ele é nulo¹⁶².

Pierangeli explica que para verificar se o consentimento será válido ou não, é necessário a constatação se “o ato de disposição do titular do direito não se encontra em conflito com os bons costumes”, sendo que isso se faz necessário, pois “na ausência de causas de justificação, o fato antijurídico permanece como tal, independente de ser ou não contrário aos bons costumes”, sendo que “na existência de um consentimento válido, que não contrarie os bons costumes, exclui a ilicitude do fato”, e continua:

Na realidade, manejamos todos com uma realidade jurídica bem diversa, onde, ordinariamente, o ordenamento jurídico não considera contrário aos bons costumes o consentimento daquele que livremente quer dispor de um bem juridicamente tutelado, gozando de sua liberdade de disposição, ainda que se sujeita a atos imorais. Diante disso, toda pessoa pode livremente usar e gozar de sua liberdade de disposição de um bem renunciável e os bons costumes só encontram limite quando o consciente claramente viola os princípios e exigências éticas da consciência moral de uma sociedade¹⁶³.

¹⁵⁷ MENEZES, Evandro Corrêa de. *Op., cit.* p. 28

¹⁵⁸ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 132.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 82.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte geral. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 101.

¹⁶² ROXIN, Claus. *Op., cit.* p. 526.

¹⁶³ PIERANGELLI, José Henrique. *Op., cit.* p. 123-124.

Os bons costumes aqui são de fato um marco ou limite, mesmo que a doutrina não tenha um critério definido, o consentimento será válido enquanto não cria um perigo ou dano social.

Segundo Manoel da Costa Andrade, crítico da utilização dos critérios dos bons costumes, afirma que “os bons costumes surgem como instância privilegiada de revelação, afirmação e atualização normativa da referência sistemático-social atinente à integridade física”¹⁶⁴. De modo a configurarem um problema quanto ao tocante dos crimes, pois são a “erosão duma construção social da realidade herdada, assente em representações religiosas, moralistas e tabus”¹⁶⁵. Desse modo, se os bons costumes são sempre o linear para um consentimento válido, as tatuagens nunca seriam aceitas, casamento do mesmo sexo nunca seria permitido, mulheres não poderiam estudar, e entre outras diversas situações que ocorreram, em vista a quebra do paradigma dos bons costumes.

Portanto, é visível que para a doutrina tradicional, apesar da possibilidade de dispor dos bens juridicamente protegidos, é necessário que o consentimento nunca afete os bons costumes da sociedade, pois esses seriam um tipo de limite até onde a autonomia da pessoa poderia ir, ocorre que os bons costumes não deveriam ser visto como algo que não pode ser imutável, e deles não se pode transcender.

O Estado deve procura tutelar os bens jurídicos de forma de proteger as “relações sociais em si, a posição concreta que nela ocupam os indivíduos, sua intermediação com os objetos e entes e sua transformação decorrente da interação social”¹⁶⁶.

Pierangeli, coloca da melhor maneira:

A solução mais aceitável nos parece ser a que fixa a necessidade de se valorar, caso a caso, a validade do consentimento em face de sua conformidade com a moral social em um determinado momento histórico, partindo-se do pressuposto de que um juízo de moralidade é sempre relativo e contingente, variável no tempo¹⁶⁷

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se verificou a eutanásia é a abreviação da vida de um indivíduo, que acometido por uma situação irreversível procura num terceiro a ajuda para eliminar a dor e o sofrimento físico ou mental em que se encontra, deste modo é visível a ligação direta que o consentimento, o pedido, possui com a prática da eutanásia. Assim, como se verifica a ligação direta com o princípio de autonomia na bioética, que dá ao paciente direito de escolher sobre como gerir sua própria vida, desde que se trate de escolhas racionais e espontâneas, mesmo que possam a vir a prejudicar o próprio paciente.

À vista disso, a teoria do consentimento é a autorização manifesta, pelo detentor do bem jurídico para que outrem realize uma ingerência sobre ele. Deste modo, o consentimento é a expressão máxima de vontade de um indivíduo, embasado inclusive no direito constitucional da dignidade da pessoa humana, tanto que a sua presença pode levar uma exclusão ou diminuição da responsabilidade do agente.

Assim, não obstante, as considerações preliminares, ainda resta responder à pergunta inicial: poderia o consentimento ser um meio a descriminalizar a prática eutanásia?

Para a grande maioria da doutrina a resposta é não, uma vez que o consentimento não legitimaria a eutanásia, pois a vida não é um bem jurídico disponível, para a maior parte da doutrina, de modo que esta é o bem com a maior valoração no ordenamento jurídico e inviolável

¹⁶⁴ ANDRADE, Manoel da Costa. *Op., cit.* p. 547.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 557.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 122.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 126.

na interpretação da Constituição Federal, de modo que nem o próprio “dono” possui direito a dispor dela.

Porém, mesmo que esse seja o ponto de vista da maior parte da doutrina, existe uma minoria que entende que existe um direito de dispor da própria vida, de modo que esta pode ser renunciável e disponível, e, portanto, passível de consentimento. Segundo essa corrente, a inviolabilidade da vida é no sentido de que outrem não pode violá-la, sem o consentimento do “dono”, mas ele detém o poder e a palavra sobre ela. Portanto, a inviolabilidade presente na constituição é sobre terceiros retirarem a vida de modo fútil, e decerto se faz a criminalização desse ato, mas não é nesse sentido que a eutanásia se encaixa, pois esta se trata da própria vida e da própria morte do indivíduo.

Quando se segue a ideia da doutrina majoritária, de que a vida é irrenunciável, e que não pode-se consentir sobre ela, é como transformá-la num próprio dever de viver, de modo que se retorna aos ensinamentos da igreja medieval, onde a pessoa era obrigada a aceitar a dor e o sofrimento, pois, no entendimento da época, essa dor era um desejo de deus e como tal deveria ser respeitado, de modo que existe um dever de viver.

Outrossim, a Constituição além de prever a inviolabilidade do direito à vida, prevê também a inviolabilidade dos direitos de mesmo status como: à igualdade, à segurança e à propriedade. Por isso é que não se deve interpretar inviolável, como sinônimos de indisponível, ou irrenunciável, sendo que são inúmeras hipóteses quando estes direitos podem entrar em conflito, e irão exigir que uma ponderação, para decidir qual dos valores de prevalecer.

Assim, entende-se a vida como um bem que pode ser renunciável, uma vez que é passível de disposição pelo seu detentor (quando analisados o estado que se encontra o bem e a finalidade da disposição), o que faz do consentimento eficaz, quando respeitado os requisitos de validade e existência, de modo a excluir a responsabilidade do autor da eutanásia. Assim, se o paciente está ciente sobre o que está consentindo - entendimento que é derivado do direito ao consentimento informado -, se seu consentimento é voluntário -, inexistente de vícios - e há capacidade para consentir, este possui o pleno direito de exercer sua autonomia e escolher pela eutanásia se assim desejar.

Portanto, não há de se falar em criminalizar o ato de eutanásia, como se homicídio fosse, pois o consentimento, requisito indispensável, que descaracteriza o homicídio simples da eutanásia, deste modo ela deveria ser descriminalizada e possuir um tratamento diferenciado, de modo que o autor não deveria ser responsabilizado. O que se verifica, na realidade, é a dificuldade que o direito brasileiro tem de enfrentar temas que afrontam os “bons costumes”, e estes são a justificativa para qualquer ato que gere um desconforto, um limite.

Ocorre que o direito não é algo estático, e utilizando as palavras de Maria de Fatima de Sá, “o direito é o produto de um fluxo comunicativo em que conceitos jurídicos não se tratam de realidades consolidadas, imutáveis e indiscutíveis, mas são construídos através de uma prática argumentativa em constante processo de construção”¹⁶⁸, e as mudanças devem ocorrer, para que se de mais relevância ao direito de autonomia, quando em confronto com uma vida que não é mais digna para seu detentor, mesmo que para isso deva ocorrer a reconstrução de conceitos de pessoa, dignidade humana e vida humana.

Assim, “a resposta está em construir a norma a partir do caso concreto, inclusive pensando na possibilidade da eutanásia, tendo em vista a diversidade de valores próprios a cada indivíduo humano, além da situação fática, peculiar a cada um”¹⁶⁹. Não em simplesmente criminalizar, pois, atinge a moral e os bons costumes. Sendo que considerando a teoria do consentimento, seja ele como causa de *consentimento-atipicidade* - quando há liberdade da disposição do bem jurídico, que se encontra nos tipos penais - ou *consentimento-justificação*

¹⁶⁸ SÁ, Maria de Fatima Freire de. MOUREIRA, Diogo Luna. *Op. cit.*, p. 163.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 202.

– quando ocorre a renúncia da proteção do bem jurídico, quando presente sua vontade expressa, –, é visível a existência de meios para a descriminalização.

Portanto, apesar de a discussão não ter sido levada adiante pelo judiciário, e aparentemente se encontrar procrastinada, as chances, reais, de ocorrer a descriminalização da eutanásia são mínimas, apesar de existirem meios para o mesmo, sendo o consentimento um deles e a inegável afirmação que todos possuem o direito à morte digna outro.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

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

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BESSA, Marta Raquel Ribeiro. **A densificação dos princípios da bioética em Portugal: estudo de caso: a atuação do CNECV**. 2013. 60 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2013. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/71440/2/24891.pdf>. Acesso em: 20 mai. de 2020.

BRANDALISE, Vito Hugo. **O último abraço: uma história real sobre eutanásia no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad.: Paulo M Oliveira; prefacio de Evaristo de Moraes. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal volume 1: parte geral**. 21a edição. São Paulo: Saraiva: 2015.

CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídicos penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CASSORLA, Roosevelt M. Smeke. **Do suicídio: estudos brasileiros**. Campinas: Papyrus, 1991

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM**. 1. ed. (ano 2009), 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013

CICCONE, Lino. Lá ética y el termino de la vida humana. In: POLAINO-LORENTE, Aquilino (Org.). **Manual de bioética geral**. 4. Ed. Madrid: Rialp, 2000.

COELHO, Thales Calvacante. **O consentimento da vítima na criminalização da eutanásia**. 2012. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2012.

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

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

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L.. **A history and theory of informed consent**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FERREIRA, Luciano Maia Alves. **Eutanásia e suicídio assistido: uma análise normativa comparada**. 1. Ed. Curitiba: Appris, 2018.

GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. **Tratado Brasileiro Sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

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

HUMPHRY, Derek. **El derecho de morir**. Barcelona: Tusquets, 1989

KOVÁCS, Maria Julia. **Educação para a morte: temas e reflexões**. São Paulo: Casa do Psicólogo/Fapesp, 2003.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciana de Freitas. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

LUCA, Heloiza Meroto de. **O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, janeiro-dezembro de 2005. São Paulo: ISSN 0303-9838, 2005.

MACHADO, Gabriella Tassi; COSTA, Carolina Ponciano. **O princípio da igualdade, a discriminação positiva e as ações afirmativas em face do sistema de cotas raciais**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64044/o-principio-da-igualdade-a-discriminacao-positiva-e-as-acoes-afirmativas-em-face-do-sistema-de-cotas-raciais>. Acesso em: 20 mai. de 2020.

MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. **Morte Digna? direito à vida e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (org.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 174-176. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/indice.htm. Acesso em: 04 abr. 2020. Acesso em: 04 de abr. de 2020

MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MENEZES, Bruno Seligman de. **Direito penal médico: crimes culposos em práticas consentidas**. Porto Alegre: Edipucrs, 2014.

MENEZES, Evandro Corrêa de. **Direito de matar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte geral. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958.

MORE, Sir Thomas. **Utopia**; tradução Marcio Meirelles Gouvêa Junior. – 2. Ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima**. 2019. 276 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

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

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2019.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general, tomo I**. Trad. da 2ª edição alemã: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

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

SÁ, Maria de Fátima Freire de. DADALTO, Luciana (Org.). **Direito e medicina**: a morte digna nos tribunais. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (org.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. 1. Ed. (ano 2010), 2. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

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

VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia**: humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do fim da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte geral. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte geral. T. III. Buenos Aires: Ediar, 1981.