



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

PEDRO CAMILO DE FIGUEIRÊDO NETO

**PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NA MORTE DE OUTREM:
RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO**

Salvador
2012

PEDRO CAMILO DE FIGUEIRÊDO NETO

**PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NA MORTE DE OUTREM:
RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO**

Dissertação apresentada ao Núcleo de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Auxiliadora de Almeida Minahim.

Salvador
2012

CIP – Catalogação na Publicação

Figueirêdo Neto, Pedro Camilo de, 1981-

Participação de terceiro na morte de outrem:relevância do consentimento / Pedro Camilo de Figueirêdo Neto. -- 2012.

134 f.

Orientadora: Maria Auxiliadora de Almeida Minahim.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Salvador, BR-BA, 2012.

1. Direito Penal. 2. Consentimento do Ofendido. 3. Suicídio. 4. Homicídio a pedido. 5. Eutanásia. I. Minahim, Maria Auxiliadora de Almeida, orient. II. Título.

PEDRO CAMILO DE FIGUEIRÊDO NETO

**PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NA MORTE DE OUTREM:
RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO**

Dissertação apresentada ao Núcleo de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Maria Auxiliadora Minahim – Orientadora _____

Doutora em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado _____

Doutora em Direito, PUC de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Nereu José Giacomolli _____

Doutor em Direito, Universidade Complutense de Madri.
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade desta encarnação e por todas as conquistas e aprendizados até então logrados, bem como pela imensidão de caminhos que se apresentam diante dos meus pés inquietos;

a minha família, em especial a meus pais, Itajaci e Márcia, bem como a Vlad e Ernesto, meus irmãos, cujas vidas ecoam incessantemente na minha própria vida, que se vai construindo e aperfeiçoando a cada dia graças, também, aos pedacinhos de vocês que existem em mim;

a minha mestra, orientadora, amiga e conselheira, Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, cujo carinho e compreensão verdadeiramente maternos têm significado um substancial acréscimo, em minha vida, de uma generosidade e de um afeto de que não sou merecedor;

aos meus queridos discentes da Universidade do Estado da Bahia e da Faculdade Sete de Setembro, ambas da cidade de Paulo Afonso, que viveram comigo a aflição dos prazos a cumprir e das ideias construídas, que souberam compreender as ausências de sala de aula e que vibraram positivamente para que eu pudesse levantar mais esta coluna no edifício da vida;

aos colegas de magistério, cuja compreensão permitiu que minhas ausências fossem supridas e menos sentidas, especialmente a Bruno Heim, Jamile Silveira, Joelma Boaventura e Marcelo Politano, cujas vidas já se entrelaçam a minha própria vida em um elo que extrapola o mundo acadêmico;

a Lindomar Coutinho da Silva, Luciano Sérgio Ventim do Bomfim e Urbano Félix Pugliese do Bomfim, amigos-irmãos que dedicaram parcela significativa de seu tempo para corrigir, discutir e sugerir inserções/supressões ao texto deste trabalho, por compreenderem o grande significado desse momento para minha vida;

a Alana de Andrade Santana, minha esposa, que tem sido um porto de segurança e serenidade para as minhas angústias existenciais e que sabe, como ninguém, suportar as minhas ausências e trazer alegria a minha vida.

Agradeço, em fim, à vida – porque viver vale a pena e é o melhor caminho!

“É necessário cercar tanto a vida quanto a morte de cuidados que possam suavizar os momentos em que, à vulnerabilidade natural da espécie humana, somam-se outras situações. Aquele que se envolve nesse processo, acolhendo, confortando, tem oportunidade de partilha, diálogo e descobertas que proporcionam crescimento. O exercício da generosidade e da afetividade expressa a pulsão de vida, ainda que diante da morte.”

Maria Auxiliadora Minahim¹

¹ MINAHIM, Maria A. “O direito e o dever de morrer: a complexidade de um tema”. In BARBOZA, Heloísa H.; MENEZES, Rachel A.; PEREIRA, Tânia da S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 226.

RESUMO

O presente trabalho estuda a relevância do consentimento do ofendido em algumas formas de participação de terceiro na morte de outrem. Considerando a emergência de novos valores sociais, como o respeito à autonomia individual, o consentimento tem assumido significado especial nas relações intersubjetivas da atualidade, sobretudo no âmbito do Direito Penal. Tem sido comum a sua avocação no sentido de garantir legitimidade à intervenção consentida de terceiro na morte de outrem, afastando sua criminalização. Para analisar esse fenômeno, inicialmente são apresentadas as posições contemporâneas sobre o consentimento, discutindo-se desde a sua melhor conceituação, passando pelas teorias clássicas até chegar às concepções monistas e dualistas, indicando-se os requisitos que tornam válida a sua manifestação. Em seguida, estabelece-se uma relação entre os bens jurídicos penalmente protegidos e o consentimento do ofendido, apresentando-se um esboço histórico da evolução do instituto do bem jurídico e os argumentos pró e contra a relativização da proteção absoluta do bem jurídico vida, reafirmando-se que o consentimento do seu titular não é suficiente para autorizar sua mitigação. O quarto capítulo se debruça sobre o induzimento, a instigação e o auxílio a suicídio, o homicídio a pedido e a eutanásia, formas de participação de terceiro na morte de outrem, que são devidamente caracterizadas e apresentadas em algumas legislações estrangeiras e na legislação pátria, para melhor compreensão de suas peculiaridades. Por último, discute-se a relevância do consentimento nas formas de participação na morte de outrem já referidas, defendendo-se que a presença do consentimento não é suficiente para flexibilizar a proteção que o Direito Penal estende à vida. No entanto, reconhece-se que o enquadramento típico dispensado pelo Direito Penal brasileiro não atende ao princípio da taxatividade e à menor reprovação social que o consentimento empresta a essas modalidades, razão pela qual são apresentadas sugestões de *lege ferenda* para melhor tratamento de tais condutas, tendo como principal referência a relevância do consentimento do ofendido.

Palavras-chave: Direito Penal; consentimento do ofendido; vida; morte; bem jurídico.

ABSTRACT

This paper studies the relevance of the consent of the offended in some forms of participation of a third party in the death of another person. Considering the emergence of new social values, such as respect for individual autonomy, consent has assumed special significance in interpersonal relations today, especially in the context of criminal law. It has been common to their avocation to ensure legitimacy consented to the intervention of a third party in the death of another, pushing its criminalization. To analyze this phenomenon, initially presents the contemporary positions on consent, discussing best since its conception, through the classical theories to reach the monistic and dualistic conceptions, indicating the requirements that make valid its manifestation. Then, it establishes a relationship between the legal criminally protected and consent of the offended party, presenting a foreshortened historical evolution of the institution of the legal and the arguments for and against the relativism of absolute protection of the legal life, reaffirming that the consent of its owner is not enough to warrant mitigation. The fourth chapter focuses on the inducement, instigation and assistance with suicide, homicide and euthanasia on request, forms of participation of a third party in the death of another person, which are properly characterized and presented in some foreign laws and legislation homeland for better understanding of its peculiarities. Finally, we discuss the relevance of consent forms for participation in the death of another person already said, arguing that the presence of consent is not enough to ease the protection that the Criminal Law extends to life. However, it is recognized that the framework released by Criminal Law typical Brazilian disregarded the principle of taxativity and less social disapproval that consent lends such rules, why are presented *lege ferenda* suggestions for better treatment of such conduct, having as main reference the relevance of consent by the victim.

Keywords: Criminal Law; consent of the offended; life; death; legal assent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 POSIÇÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO	11
2.1 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO OU DO INTERESSADO?	12
2.2 RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO	14
2.3 TEORIAS SOBRE O CONSENTIMENTO	18
2.3.1 Teorias Unitárias	21
2.3.2 Teorias Dualistas	27
2.4 REQUISITOS DE VALIDADE DO CONSENTIMENTO	33
3 O CONSENTIMENTO E O BEM JURÍDICO: RELAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS	36
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	37
3.2 A VIDA COMO BEM JURÍDICO (IN)DISPONÍVEL	50
4 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NA MORTE DE OUTREM	60
4.1 INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO E AUXÍLIO A SUICÍDIO	61
4.1.1 Legislação estrangeira	62
4.1.2 Legislação Brasileira	67
4.2 HOMICÍDIO A PEDIDO DA VÍTIMA	73
4.2.1 Legislação Estrangeira	75
4.2.2 Legislação Brasileira	79
4.3 EUTANÁSIA	80
4.3.1 Legislação Estrangeira	84
4.3.2 Legislação Brasileira	88
5 PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NA MORTE DE OUTREM: RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO	94
5.1 SUGESTÕES DE <i>LEGE FERENDA</i>	106
5.1.1 Indução ao suicídio	112
5.1.2 Instigação ao suicídio	113
5.1.3 Auxílio a suicídio	114
5.1.4 Homicídio a pedido	116
5.1.5 Eutanásia	117
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

O papel do consentimento tem sido, ao longo dos anos, relegado a posição secundária no Direito Penal Brasileiro, seja em seu aspecto legislativo, seja em sua abordagem doutrinária. Salvo poucas exceções, os tratadistas são lacunosos, monossilábicos ou mesmo silentes sobre sua existência, desconsiderando o leque de especulações que a sua consideração abre ao estudioso.

Nada obstante, a discussão sobre a função do consentimento dentro da Teoria do Delito ganhou relevância nos últimos anos, sobretudo no seio de uma sociedade em que a capacidade de autodeterminação pessoal, entendida como direito de decidir livremente sobre si mesmo e sua própria vida, vem tomando acentuados contornos. Esta demanda pelo exercício pleno da liberdade, reflexo natural da pós-modernidade em que se move o mundo, configura horizontes em que os indivíduos buscam a superação do pensamento clássico, medieval e moderno, substituindo-os pela possibilidade de construção dos próprios limites e das próprias possibilidades.

A busca pelo reconhecimento desse direito à autogestão da vida, como decorrência do direito à liberdade, significando o estabelecer de limites e condições para a própria existência e a redução das intervenções estatais sobre a vida dos indivíduos, tem reforçado a tese de que direitos e garantias fundamentais, reconhecidos como intocáveis e indisponíveis, cada vez mais sejam levados para uma esfera de “indisponibilidade mitigada” pela não adesão pessoal e conscientemente voluntária do seu portador à pretensão de absoluta proteção do Estado.

Bens jurídicos tradicionalmente erigidos à categoria de inegociáveis, irrenunciáveis e intransferíveis, tal como a vida, são, assim, relativizados em sua magnitude, defendendo-se a ideia de que sua existência e proteção se devem dar muito mais em função dos interesses individuais, dos seus titulares diretos, do que do Estado enquanto instância tutelar. Por essa ótica, tais bens jurídicos deixariam de merecer uma tutela irrestrita por parte dos poderes públicos para ingressarem numa esfera de disposição particular, cabendo aos indivíduos, orientando-se por valores morais ou sociais, decidir sobre o que deles fazer, o que equivale à decisão do que fazer consigo mesmos. Tal direito se estenderia, inclusive, à pretensão de legitimar a autorização dada a terceiros para que interfiram no processo de morrer de outrem.

Nesse diapasão, o Direito Penal é convocado a repensar seus paradigmas, sobretudo o da extrema proteção de bens jurídicos. Aliás, em que consistiriam os bens jurídicos diante dessa nova realidade? Corresponderiam, verdadeiramente, aos bens ou interesses considerados em si, a valores sociais ou coletivos, ou à possibilidade de sua preservação por parte de seus titulares? Caberia ao Estado a proteção de tais bens ou o atendimento da vontade, expressa ou tácita, de seus titulares, a reclamar, sobretudo da *ultima ratio* da instância penal, a sua drástica intervenção?

Tais discussões têm ocupado os mais notórios espaços de construção acadêmica da atualidade. Entender, precisar e revelar o exato papel do consentimento e o seu alcance na prática de condutas que, embora tipificadas como crimes, atendem não só ao consentimento, como também à expressa solicitação de quem as suporta, é um desafio que o pensador do Direito Penal contemporâneo deve se impor, por dever de ofício.

Atendendo a tal necessidade, o presente trabalho retira desse universo algumas formas de participação na morte de outrem, para compreender qual a força que o consentimento do ofendido exerce sobre elas.

Para tanto, será feito, inicialmente, um estudo a respeito das posições contemporâneas sobre o consentimento, analisado à luz da doutrina estrangeira e da doutrina pátria. Neste diapasão, serão analisadas as teorias unitárias e dualistas, que ora consideram o consentimento como causa de exclusão apenas da tipicidade, ora conjugam esta possibilidade com a exclusão de ilicitude, apresentando-se as controvérsias doutrinárias sobre os seus precisos contornos, bem como a definição dos requisitos de validade do consentimento.

A apreciação dos bens jurídicos penais será feita no capítulo terceiro. Após o registro da evolução histórica de sua concepção, que permite situar a construção da ideia do bem jurídico e as posições críticas ao longo do tempo, discutir-se-ão o conceito e as funções do bem jurídico e os aspectos mais relevantes sobre suas esferas e limites de disponibilidade, dando-se ênfase especial à (in)disponibilidade da vida, questão fundamental para determinar os limites da criminalização da participação de terceiros na morte de outrem.

O capítulo quarto contempla algumas formas de participação na morte de outrem. Induzimento, instigação e auxílio a suicídio, homicídio a pedido e eutanásia são as formas apresentadas, com sua devida conceituação e especificação dos

objetos de estudo. O tratamento legislativo dado em países estrangeiros e no Brasil permite conhecer a maneira de cada Estado lidar com tais formas e como o direito pátrio as disciplina, permitindo-se uma importante reflexão crítica.

Por derradeiro, será enfrentado o problema principal desta investigação, em que se tratará da relevância que o consentimento tem em cada uma dessas formas de participação de terceiro na morte de outrem. Analisam-se os argumentos que defendem que o consentimento, como forma de manifestação da autonomia individual em busca de uma vida digna, tem força para legitimar a conduta de quem atua, de algum modo, sobre a morte de outrem, bem como as razões pelas quais esta perspectiva não deve prevalecer, levando-se em consideração os valores abraçados pela comunidade pátria. Ao mesmo tempo, reconhece-se que o consentimento do ofendido diminui a reprovação social que recai sobre as formas de participação de terceiro na morte de outrem, o que determina a necessidade de tipificações que melhor atendam ao princípio da taxatividade. É neste sentido que são feitas sugestões de *lege ferenda*, para melhor caracterizar esses tipos penais e lhes dar a adequada significação social.

2 POSIÇÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Tema tratado com relativa importância e que, já desde as últimas décadas do século XX, vem ganhando destaque e cuidados cada vez maiores por parte significativa da doutrina penal, o papel do consentimento do ofendido necessita ser melhor situado no âmbito da Teoria do Delito.

Etimologicamente, a palavra *consentimento* deriva do latim *consentire*, significando “a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião”, como leciona Pierangeli². Tal ideia pressupõe bilateralidade, do que se depreende que o consentimento necessita de, pelo menos, dois sujeitos: aquele que o presta, consentindo com determinada prática, e aquele a quem se destina, que poderá atender ou não ao quanto consentido.

Embora os tratadistas do Direito Penal lhe dediquem, de um modo geral, breves notas em suas obras, o debate em torno do seu papel tem sido intenso, revelando contornos peculiares. A nova dimensão assumida pela autonomia do indivíduo na atualidade, face à dicotomia, cada vez mais realçada, entre a capacidade de livre disposição dos bens jurídicos individuais, de um lado, e a consagração de certos bens como indisponíveis, de outro, faz nascer a necessidade de entendimento das zonas híbridas desse confronto, requerendo a clarificação do papel do consentimento nesse contexto.

Assim, para melhor entendimento do tema, revela-se de vital importância iniciar este capítulo discutindo-se qual a melhor caracterização do consentimento, se do ofendido, do “interessado” ou simplesmente “consentimento”, haja vista que são formas utilizadas pelos autores que têm tratado do assunto.

Em seguida, se discutirá a relevância do estudo do consentimento do ofendido, devido à sua presença em tipos previstos no Código Penal brasileiro e em legislações extravagantes, cujas previsões implicam em sua presença e disciplina.

Logo após, serão apresentadas as teorias sobre o consentimento, com destaque para as teorias monistas e dualistas, identificando suas diferentes abordagens e maneira como tratam o lugar do consentimento no âmbito da Teoria do Delito.

² PIERANGELI, José H. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3. ed., ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

2.1 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO OU DO INTERESSADO?

A adequada caracterização do consentimento capaz de influir na apreciação dogmática de uma conduta *a priori* criminosa não é ponto pacífico na doutrina. Neste sentido, revela-se importante discutir a caracterização do titular do bem lesionado como “ofendido”. Considerando-se que a afetação do bem jurídico protegido dá-se com o consentimento e mesmo, em alguns casos, em atendimento à vontade, expressa ou tácita, do seu titular, uma pergunta se impõe: será adequado falar-se em “ofendido”, propriamente dito? A questão da designação do sujeito está intimamente ligada à orientação monista ou dualista dos efeitos do consentimento, como se verá adiante. No entanto, por tratar-se de problema conceitual, de logo, adiantam-se algumas discussões.

No trabalho de autores como Enrique Bacigalupo³, Belling⁴, Carlos Creus⁵ e Bustos Ramirez e Malarée⁶, encontram-se referências à expressão “consentimento do ofendido”, repetindo a tradição com que o instituto sempre foi tratado. Também no Brasil, sua utilização tem sido ampla, como se pode verificar, dentre outros, em Assis Toledo⁷, Juarez Tavares⁸, Miguel Reale Júnior⁹, Frederico Marques¹⁰ e Maria Auxiliadora Minahim¹¹.

Pierangeli¹² menciona, em seu estudo, a opção de alguns autores, embora sem citá-los, pela expressão “consentimento do interessado”. Marco Antonio Terragni¹³ e Sebastian Soler¹⁴ a empregam, embora sem justificar sua preferência,

³ ZAPATER, Enrique Bacigalupo. *Manual de Derecho Penal: parte general*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 131 e ss.

⁴ BELLING, Ernest von. *Esquema de Derecho penal: La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002, passim.

⁵ CREUS, Carlos. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 310 e ss.

⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; MALARÉE, Hernan H. *Lecciones de Derecho Penal, volumen II*. Madrid: Trotta, 1999, passim.

⁷ ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 213 e ss.

⁸ TAVARES, Juarez E. X. “O consentimento do ofendido no Direito Penal”. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7163/5114>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

⁹ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral, v. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 175 e ss.

¹⁰ MARQUES, José F. *Tratado de direito penal: parte especial, v. II*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 186 e ss.

¹¹ MINAHIM, Maria A. “O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis”. Disponível em: <http://eduem.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/view/9036/5027>. Acesso em 12 de maio de 2012.

¹² PIERANGELI, 2001, p. 73.

¹³ TERRAGNI, Marco A. *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 106 e ss.

bem como é possível encontrá-la também no livro *Derecho Penal: introducción y parte general*, de Carlos Fontan Balestra¹⁵.

Ao estudar a Teoria do Delito, o último autor defende que o consentimento funciona como causa de exclusão de tipicidade. Em função disso, afirma, peremptoriamente, que “a expressão ‘consentimento do interessado’ é a correta, pois não existindo delito, resulta inapropriado falar de vítima ou de lesionado. Trata-se do titular de um bem jurídico.”¹⁶ Assim, Balestra entende que a não existência de tipicidade afasta a lesão ao bem jurídico protegido pela norma; e, não havendo lesão ao bem jurídico, não haveria ofensa aos interesses do seu titular. Por isso, apenas restaria a figura do titular do bem, esteja interessado ou não na sua tutela pelo Estado.

Haveria clara distinção, para esses autores, entre lesão ao bem jurídico e ofensa ao interesse de proteção do bem por parte do seu titular. Por isso, não se trataria, em verdade, de uma ofensa, mas tão somente do atendimento de uma vontade do titular, que renuncia à proteção da norma e aceita que o bem seja lesionado. Por mais que haja lesão ao bem jurídico, não haveria ofensa aos interesses do seu titular, do interessado no bem. Logo, não existiria, necessariamente, ofendido, e sim interessado.

Claus Roxin¹⁷, a seu turno, evita qualquer designação, ofendido ou interessado, notando-se um evidente esforço nesse sentido. Na obra *Derecho Penal: parte general*, em que o autor trata detidamente do assunto, somente uma vez a expressão aparece¹⁸, sendo que no capítulo em que apresenta o consentimento como causa de exclusão da tipicidade, sempre se refere ao papel do consentimento sem, porém, caracterizá-lo.

Uma acurada observação permite identificar outro fator que parece corroborar o que se afirma: ao tratar do consentimento como causa de exclusão da antijuridicidade, Roxin o denomina presumido. Assim, quando fosse capaz de

¹⁴ SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino, v. I*. 10ed., Buenos Aires: TEA, 1992, p. 423 e ss.

¹⁵ BALESTRA, Carlos F. *Derecho Penal: introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeleto-Perrot, 1998, p. 246.

¹⁶ “[...] la expresión consentimiento ‘del interesado’ es la correcta, pues no existiendo delito, resulta inapropiado hablar de víctima o de lesionado. Se trata del titular de un bien jurídico.” (BALESTRA, 1998, p. 247.)

¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, tomo I*. Madrid: Civitas, 1997, passim.

¹⁸ A referência surge quando Roxin, ao tratar dos pressupostos da punibilidade, cita as lesões provocadas nas contravenções “contra os bons costumes”, da legislação alemã, quando causadas com o consentimento do ofendido. (ROXIN, 1997 p. 170).

justificar a conduta, tratar-se-ia de “consentimento presumido”; quando, porém, operasse o afastamento da tipicidade, falar-se-ia de “consentimento”, pura e simplesmente.

Identifica-se, nesse esforço do autor alemão, uma intencionalidade, a indicar que, em sua visão, não haveria, propriamente, ofendido, pela absoluta falta de ofensa ao bem jurídico. No entanto, embora pareça ter chegado a essa constatação, não oferece outra que melhor expresse o instituto, preferindo a só utilização da palavra consentimento para referi-lo.

Pelo que se percebe, tanto a expressão “ofendido”, quanto “interessado”, apresentam um certo “desconforto dogmático”, não traduzindo adequadamente o sentido e o alcance do instituto do consentimento. Talvez por isso, Roxin resista na adjectivação do consentimento que, em sua opinião, é eficaz para o afastamento da tipicidade da conduta, embora o faça quanto àquele que afastaria sua ilicitude. À falta de um melhor designativo, opta pela pura menção ao “consentimento”, limitando-se ao seu estudo sem, contudo, apresentar uma alternativa.

Falar-se em consentimento pura e simplesmente, porém, abre caminho para o surgimento de outro problema: de quem seria esse consentimento? Do titular do bem, do legislador, da norma? Embora se possa argumentar que permanece implícita a sua origem, é inquestionável que, em se tratando de um fazer científico e pelas implicações teóricas e práticas que o instituto encerra, nada mais adequado do que zelar por um grau maior de precisão.

Nesse sentido, optar-se-á, no presente trabalho, pela utilização da expressão já consagrada pela doutrina, ou seja, consentimento do ofendido. Ainda que reconhecendo sua não perfeita adequação, trata-se da forma como o instituto é reconhecido e estudado, não gerando qualquer desencontro para sua melhor discussão e entendimento.

2.2 RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

A relevância que o consentimento do ofendido tem assumido na contemporaneidade contribui para que, cada vez mais, a legislação e os teóricos do Direito Penal se debrucem sobre sua análise, estabelecendo as vinculações que podem ser feitas com o direito posto e suas possíveis modificações.

Apesar do vivo interesse que tem despertado, o papel desempenhado pelo consentimento do ofendido na teoria do delito é bastante controverso, encontrando abordagens diversas dentro e fora do sistema jurídico-penal brasileiro.

A legislação penal brasileira, tradicionalmente, não aborda o problema do consentimento do ofendido e tal silêncio resultou em um desinteresse quase generalizado pelas suas implicações na dogmática penal. Os autores pátrios, de um modo geral, fazem referência ao consentimento como causa supralegal de exclusão de ilicitude e tratam dos casos em que o dissenso integra a própria definição típica dos crimes.

Nada obstante, consoante com o despertar de alguns setores da doutrina pátria pelo seu estudo, é possível encontrar o consentimento do ofendido presente em diversas abordagens legislativas, sobretudo em recentes leis extravagantes, o que revela a atualidade do seu tratamento e sua reconhecida importância.

No Código Penal, por exemplo, é possível identificar o papel que o consentimento desempenha na atenuação da pena do chamado aborto provocado por terceiros com o consentimento da gestante¹⁹. Ali, o legislador fez a opção por considerar o autoaborto como crime de mão-própria, preferindo tipificar a conduta de quem o pratica com o consentimento da gestante como figura autônoma. O tratamento legislativo diferenciado revela a compreensão de que são, de fato, comportamentos essencialmente diferentes, motivo pelo qual devem ser tipificados distintamente.

Ao tratar da doação de órgãos para fins de transplantes e/ou tratamento, a lei 9.434/97 emprestou papel de destaque à figura do consentimento. Em seu artigo nono, existe a previsão da doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo vivo, feita gratuitamente, desde que o doador seja pessoa juridicamente capaz de dispor²⁰. Até

¹⁹ “Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 12 mar. 12).

²⁰ A referida lei estabelece uma série de limites para a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo vivo. Em se tratando de pessoa juridicamente capaz, o só consentimento do doador será suficiente para legitimar a doação quando o receptor for o cônjuge ou parente consanguíneo até o quarto grau; contudo, em sendo destinada a qualquer outra pessoa, além do consentimento, ainda se requer autorização judicial, exceto quando se tratar de doação de medula óssea. Além disso, conforme dicção do §3º do art. 9º da lei, “só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora”. Também se disciplina a forma como a doação deve ser feita e a possibilidade de

mesmo o juridicamente incapaz poderá ser doador, ocasião em que o consentimento deverá ser prestado pelos seus responsáveis legais²¹. Também se disciplina a doação feita por gestantes, cujo consentimento somente é admitido para doação de medula óssea, desde que feita sem riscos para sua saúde ou a do feto, bem como de órgãos, tecidos e partes do corpo de pessoas mortas, caso em que o consentimento deverá ser prestado por cônjuge ou por parente maior de idade²².

A lei de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo também determina que a doação, para se aperfeiçoar, depende do consentimento do receptor. Tal consentimento deverá ser expresso, com os riscos do procedimento adequadamente esclarecidos, devendo ser suprido por um dos pais ou responsáveis, quando se tratar de pessoa juridicamente incapaz.

No aspecto penal, o art. 14 da lei prevê pena de reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa, para quem “remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei”²³. Embora a péssima técnica legislativa, que não permite uma compreensão precisa das condutas que se pretende incriminar, transformando o tipo em norma penal em branco de complementação homóloga homovitelina²⁴, depreende-se que a ausência do consentimento, seja do doador, seja do receptor, seja de quem deva suprir a sua ausência ou impossibilidade, representa desacordo com as disposições trazidas pela

sua revogação. (BRASIL, Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 12 jul. 2012.)

²¹ Tal é a dicção do art. 9º, §6º da lei: “O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.” (Idem, ibidem)

²² A lei nº 10.211, de 23 de março de 2011, ao modificar o art. 3º, §4º, da lei que trata da doação de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante e tratamento, introduziu significativa alteração na disciplina do instituto. Conforme a redação original, desde que não houvesse manifestação em contrário, considerava-se presumido o consentimento do *de cuius* para a doação. A partir da modificação, a ausência de manifestação expressa somente pode ser suprida por “autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”. Assim, afasta-se a figura do consentimento presumido, que não pode suprir a ausência de manifestação de vontade do *de cuius*. (Idem, ibidem)

²³ BRASIL, Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 12 jul. 2012.

²⁴ Nilo Batista chama de *norma penal em branco homogênea de complementação homovitelina* o tipo incriminador cujo preceito primário, incompleto, busca sua complementação em outro dispositivo da própria lei penal. As de complementação homóloga heterovitelinas, por seu turno, encontrariam sua complementação em dispositivo de outra lei, embora de mesma hierarquia constitucional. (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 73.)

lei e, conseqüentemente, autoriza a responsabilização penal de quem atua à sua revelia.

Também na lei que disciplina o planejamento familiar no Brasil encontra-se ampla referência ao consentimento e suas peculiaridades nos casos de esterilização. Tais são as disposições do artigo 10 da lei nº 9.263/96:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.²⁵

Observa-se, por parte do legislador, o cuidado em afastar toda possibilidade de vício do consentimento manifestado, ao estabelecer os critérios de idade e de quantidade de filhos que já se tenha, além do devido esclarecimento sobre o ato e suas conseqüências. Além disso, os parágrafos seguintes disciplinam a forma e outras peculiaridades a serem observadas²⁶.

No seu artigo 15, a lei nº 9.236/96 pune com reclusão, de dois a oito anos, e multa, a conduta de quem “realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei”, desde que não constitua crime mais grave. Norma penal em branco homogênea homovitelina, tal como a criminalização da lei de doação de órgãos, o crime se configura se a esterilização é praticada sem o consentimento do esterilizado ou, no caso de casal, quando um dos cônjuges a pratica sem o consentimento do outro. Há, ainda, a previsão de aumento de um terço de pena quando a esterilização é praticada, nos casos de incapaz, sem a

²⁵ BRASIL, Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 20 jul. 2012.

²⁶ Digno de nota é a vedação da esterilização quando a pessoa, sendo casada, não contar com a autorização do outro cônjuge (art. 10, §5º), bem como a regulamentação das hipóteses de pessoa juridicamente incapaz (art. 10, §3º) ou com a capacidade de discernimento alterada “por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente” (art. 10, §6º). (Idem, ibidem)

autorização judicial, ou em atendimento a manifestação de vontade de pessoa circunstancialmente incapaz de consentir²⁷.

Esses são exemplos de consideração do consentimento do ofendido no Direito Brasileiro. Nada obstante, a dogmática penal pátria tem passado ao largo desse importante instituto, não lhe prestando a devida atenção e, por isso, não compreendendo, de forma ampla, o importante papel que desempenha, seja nas condutas acima referidas, seja mesmo nas diversas formas de participação de terceiro na morte de outrem, objeto do presente estudo.

No que toca à doutrina e legislação estrangeiras, é possível encontrar ampla abordagem do problema, ora situando-o como excludente de tipicidade, ora como causa justificante.

Em face dessa pluralidade de abordagens, serão analisadas, a seguir, as teorias que se têm ocupado de situar o papel do consentimento da teoria do delito. São teorias que, apesar de pequenas peculiaridades apresentadas por este ou aquele autor, pretendem que o consentimento tem, conforme as circunstâncias, o condão de afastar a tipicidade ou a ilicitude da conduta (Teoria Dualista), ou então, que teria apenas força para afastar a tipicidade (Teoria Unitária).

É o que se abordará nas próximas páginas.

2.3 TEORIAS SOBRE O CONSENTIMENTO

Antes de abordar as posições contemporâneas sobre o consentimento do ofendido, convém lançar um olhar, ainda que perfunctório, sobre o processo de construção e consolidação do instituto, a fim de melhor compreender o estágio atual do seu debate.

Pierangeli, em sua obra sobre o assunto, apresenta verdadeira radiografia do consentimento do ofendido, revelando o pensamento de grandes nomes do Direito Penal acerca do tema.

Assim, lembra o autor que, para Anselm Von Feuerbach, o consentimento seria sempre válido a depender da natureza do direito e da capacidade de

²⁷ “Art. 15. [...] Parágrafo único: A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada: [...]II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente; [...]IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial.” (BRASIL, 2012)

disposição do bem jurídico ofendido. Tratando-se de direito exclusivamente particular e de bem jurídico cuja tutela estivesse no âmbito da livre disponibilidade do seu titular, haveria a possibilidade de consentimento válido para autorizar sua lesão. Tal entendimento se encontra em sintonia com a sua concepção do delito enquanto lesão do direito e não, propriamente, de bens jurídicos, protegidos contra ou afetados pela violação da norma²⁸. Pierangeli, criticando a visão de Feuerbach, afirma que, com isso, o penalista alemão ampliou “desmesuradamente o efeito jurídico do direito de disposição, tornando juridicamente lícita uma conduta ofensiva ao direito”²⁹.

Outra concepção digna de nota é a “teoria do negócio jurídico”, de Zitelman, que “concebía o consentimento como um negócio jurídico privado, mediante o qual se outorgava ao agente um direito de intervenção revogável”³⁰. O consentimento funcionaria, assim, como negócio jurídico privado, cuja finalidade é garantir, àquele que emite o consentimento, o cumprimento da conduta objetivada, conferindo natureza negocial ao ato de consentir. Na lição de Pierangeli:

Assinala Zitelmann que uma vez admitida a natureza de negócio jurídico ao consentimento, pode-se explicar a sua eficácia como causa de exclusão de antijuridicidade, mesmo diante do silêncio da lei, pois os princípios que regulam os negócios jurídicos existem em si mesmos no direito privado.³¹

Essa teoria tinha o condão de pretender considerar lícitas aquelas condutas que, embora eivadas de antijuridicidade penal, encontrassem conformidade no direito civil, embora se devesse recorrer a critérios de direito público sempre que o crime atingisse interesses da coletividade. Também partia do pressuposto de que, cada um possuindo direitos inerentes à sua personalidade, tais direitos fazem nascer a pretensão de usá-los e gozá-los³².

Uma barreira, porém, se opunha à livre disposição desses direitos: o caráter de “bens absolutos especiais” de alguns deles. Assim, os direitos à vida, à liberdade, à integridade física, à honra e outros de natureza pessoal estariam fora do âmbito de livre disposição do interessado, não podendo, o seu consentimento em caso de

²⁸ PIERANGELI, 2001, p. 73-74.

²⁹ Id., *ibid.*, p. 75.

³⁰ “[...]concebía el consentimiento como un negocio jurídico privado, mediante el cual se otorgaba al agente un derecho de intervención revocable”. (ROXIN, *Derecho Penal...*, p. 533)

³¹ PIERANGELI, 2001, p. 75.

³² Id., *ibid.*, p. 75.

ofensa, operar a exclusão de antijuridicidade. Tal consentimento seria válido somente nos demais casos³³.

Além disso, é possível afirmar que:

Visto o consentimento do ponto de vista do consenciente, o consentimento importa na obrigação de suportar a perda, a diminuição ou a exposição a perigo de perda ou redução do bem em face da conduta (ação ou omissão) do destinatário. Do ponto de vista do destinatário, o consentimento conduz à aquisição da faculdade de cumprir o fato consentido, que, muitas vezes, se revela antijurídico.³⁴

A teoria de Zitelmann justifica as lesões oriundas da prática de esportes violentos, como boxe e UFC, porque o perigo de ocorrência de lesões graves ou gravíssimas é considerado remoto, bem com nos casos de transplantes de órgãos, desde que a lesão causada não copromettesse, para o consenciente, as funções normais do órgão atingido pela cessão³⁵.

Tal entendimento não prosperou, haja vista que, embora o consentimento represente uma manifestação de vontade, nem toda manifestação de vontade é um negócio jurídico. Além disso, os negócios jurídicos devem produzir efeitos lícitos, não sendo adequado seu emprego para justificação de um ato antijurídico. Ao lado destas, outra razão contribuiu para o insucesso da teoria: o fato de confundir o consentimento como causa de justificação e como negócio jurídico. Estando este na esfera das relações civis, somente a aquela perspectiva possui relevância jurídico-penal.

Na teoria da ação jurídica de Bierling, de maior utilidade para as questões do direito civil, os bens jurídicos merecem proteção enquanto seu titular os valora com interesse. Havendo consentimento na sua deterioração ou na exposição a risco de dano, a conduta que o realize será lícita, não porque o titular do direito renunciou à tutela jurídica, e sim porque permitiu a agressão ao próprio bem³⁶. Esboça-se, assim, uma ideia de proteção a valores, o que também exsurge, na atualidade, no debate sobre a participação de terceiro na morte de outrem.

³³ PIERANGELI, 2001, p. 76.

³⁴ Id., *ibid.*, p. 77.

³⁵ Id., *ibid.*, p. 77.

³⁶ Id., *ibid.*, p. 78.

Nesta esteira, Mezger fundamenta a exclusão do injusto “na falta de interesse do titular do bem juridicamente tutelado”³⁷. Representa, nas palavras do próprio Mezger, “o abandono consciente dos interesses por parte de quem legitimamente tem a faculdade de disposição sobre o bem jurídico”³⁸. Assim, o consentimento seria causa justificante com base na *falta de interesse* ou em *atenção ao interesse* do titular do objeto da ação, que também deverá ser o titular do objeto da proteção. “Isto, porém, esclarece Mezger, não soluciona todos os problemas, porquanto, deve-se considerar a *consciência jurídica de cada época*. Sequer constitui a única fundamentação jurídica do consentimento.”³⁹

Também apoiado na teoria da ação jurídica, Welzel considera que a conduta será lícita quando praticada em conformidade com um consentimento sério e que corresponda à verdadeira vontade de quem consente. Porém, além disso, o consentimento não deverá ser contrário aos bons costumes, lembrando o caso de uma mulher que permita, ao seu empregador, a prática de sadismo a fim de não perder o trabalho. Aqui, o consentimento, embora válido, não será justificado⁴⁰.

Feitas essas observações iniciais, passa-se à análise das posições contemporâneas sobre o consentimento.

2.3.1 Teorias Unitárias

A primeira teoria contemporânea a ser levantada é a unitária, segundo a qual o consentimento do ofendido sempre afastaria a tipicidade da conduta, seja ou não, o consentimento, parte integrante do tipo penal. Assim, independentemente do bem jurídico lesionado, o consentimento seria capaz de afastar a tipicidade, não havendo que se falar em consentimento capaz de atingir a ilicitude, já que esta sequer seria cogitada.

Um dos defensores da Teoria Unitária é Claus Roxin. Em sua abordagem sobre o tema, Roxin (1997) destaca, inicialmente, a diferença que se costuma estabelecer entre *acordo* e *consentimento*, sendo que cada um desempenharia um papel específico. Afirma o autor alemão:

³⁷ Id., *ibid.*, p. 79.

³⁸ “[...] “el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico.” (MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p.414)

³⁹ PIERANGELI, 2001, p. 80.

⁴⁰ Id. *Ibid.*, p. 79.

Segundo essa doutrina, o acordo atua excluindo a tipicidade. Entra em consideração nos tipos em que a ação típica pressupõe, já conceitualmente, um agir contrário ou sem a vontade do lesionado (*invita laesio*, conforme se diz em latim). Aqui se incluem sobretudo os delitos de coação: se alguém está em acordo com a pretensão de outro, não existe uma coação justificada, e sim nenhuma coação, em absoluto [...]⁴¹

Considerar-se-ia *acordo*, assim, quando em consideração os tipos penais em que o comportamento do agente vai de encontro à vontade do possível lesionado, caracterizados nos crimes em que há qualquer tipo de coação sobre a vítima. Já o consentimento propriamente dito não teria o condão de afastar a aplicação do tipo, funcionando como causa de justificação, como nos casos dos crimes de dano e de lesão. Nestes, “se o proprietário permite que um terceiro danifique ou destrua uma coisa sua, segundo a doutrina dominante, o consentimento não impede que a coisa seja danificada, nem a propriedade é, tipicamente, lesionada”, afirma Roxin⁴². Assim, partindo-se dessa perspectiva:

[...] o consentimento exclui somente a antijuridicidade, o que se fundamenta em que, na maioria das vezes, o consentimento descansaria em uma renúncia ao bem jurídico que teria força justificante [...] Outros autores atribuem a justificação em que o desvalor da lesão do bem jurídico se sobreporia à liberdade de disposição do particular, com a consequência de que o consentimento surtiria efeito no caso de um maior valor da liberdade de disposição.⁴³

A força justificante do consentimento, assim considerado, repousaria sobre a renúncia ao bem jurídico por parte de seu titular, bem como por um juízo de ponderação entre a lesão causada ao bem jurídico e a liberdade de disposição do

⁴¹ “Según esta doctrina, el acuerdo actúa excluyendo la tipicidad. Ello entra en consideración en los tipos en que la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado (*invito laesio*, según la formulación latina). Aquí pertenecen sobre todo los delitos de coacción: si alguien está de acuerdo con la pretensión de otro, no existe una coacción justificada, sino ninguna coacción en absoluto [...]” (ROXIN, 1997 p. 512.)

⁴² “[...]si el propietario permite que un tercero dañe o destruya una cosa de aquél, según la doctrina dominante, el consentimiento no remedia que la cosa resulte dañada ni la propiedad típicamente lesionada”. (ROXIN, 1997, 512)

⁴³ “[...] el consentimiento excluye sólo la anti-juridicidad, lo cual se funda la mayoría de las veces en que en el consentimiento descansaría una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante [...] Otros autores atribuyen la justificación a que el desvalor de la lesión del bien jurídico se sopesaría con la libertad de disposición del particular, con la consecuencia de que el consentimiento surtiría efecto en el caso de un mayor valor de la libertad de disposición”. (ROXIN, 1997, p. 512-513.)

indivíduo, em que o consentimento seria sempre válido quando esta última se sobrepujasse àquela.

Analisando as consequências teóricas e práticas dessa diferenciação, Roxin⁴⁴ aponta seis distinções possíveis entre acordo e consentimento, a saber: enquanto no acordo seria suficiente a vontade interna de quem consente, mesmo que não exteriorizada, o consentimento não dispensaria a manifestação clara, por palavras ou atos; para que o acordo fosse eficaz, seria suficiente a manifestação de uma “vontade natural” do interessado, ainda que não compreenda plenamente o alcance de sua manifestação, independentemente de critérios de idade e condição mental. Por outro lado, o consentimento pressuporia que o interessado gozasse de pleno juízo para compreender o alcance do que consente e realizar o juízo de ponderação necessário para decidir; os vícios de vontade seriam irrelevantes no âmbito do acordo, mas teriam a força de anular o consentimento.

Ainda no âmbito do consentimento, mesmo sendo válida, a manifestação de vontade concordante do titular do bem, não será eficaz se atentar contra os “bons costumes”, o que não se dá em relação ao acordo. Caso o autor desconheça o acordo existente, sua investida contra o bem jurídico configurará, no máximo, uma tentativa de lesão, haja vista que seu dolo se dirige a um objeto inidôneo. Contudo, no que toca ao consentimento, o seu desconhecimento pelo autor levará à consumação do crime, pela realização do resultado típico e porque o dolo é dirigido a sua realização. Por último, quando o agente supõe presente uma aprovação inexistente, tal equívoco afasta o dolo, se se tratar de acordo, o mesmo não acontecendo em relação ao consentimento, cuja solução é controversa e repousa sobre a evitabilidade ou inevitabilidade do erro, ou seja, se se trata de um erro escusável ou inescusável.

Tal diferenciação, em função de suas consequências, tem sido alvo de pesadas críticas. Por um lado, nega-se a diferença entre acordo e consentimento, afirmando-se que este sempre operará a exclusão da tipicidade, levando por terra todas as distinções práticas que se baseiam em premissas sistemáticas discrepantes. Já por outro lado, a diferença entre acordo e consentimento é mantida, porém sem reconhecer ao primeiro uma eficácia absoluta – que, em todo caso,

⁴⁴ ROXIN, 1997, p. 513.

estaria condicionada à estrutura mesma do tipo penal –, assim como negando ao segundo a formulação de critérios gerais de validade⁴⁵.

De todo modo, Roxin fundamenta a sua defesa do consentimento como causa de exclusão da tipicidade, dentre outros argumentos, na liberdade de ação de quem consente e no papel que o bem jurídico desempenha com relação ao seu titular. Entende ele que os bens jurídicos, servindo para o livre desenvolvimento do indivíduo:

[...] não pode existir lesão alguma do bem jurídico quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não menospreza seu desenvolvimento, mas que, pelo contrário, constitui sua expressão.⁴⁶

Havendo livre disposição do bem pelo seu portador, pelo possível afetado, não há que se falar em contrariedade ao seu desenvolvimento, e sim em concordância, em expressão desse mesmo desenvolvimento. A vontade do titular do bem é fundamental para sua proteção, podendo mesmo entender-se que a proteção da norma também é integrada por essa proteção, pelo valor que o titular confere ao bem.

Como consequência, seria possível afirmar que quem atua em conformidade com o consentimento do ofendido ou mesmo a seu pedido não realiza o tipo penal, por faltar o desvalor do resultado e, com ele, o desvalor da ação. Como a vontade de quem atua não se dirige à produção de um resultado desvaloroso, falta-lhe o dolo e, assim, a vontade de realização do tipo⁴⁷.

Parece válido apresentar, ainda, outro argumento levantado por Claus Roxin para defender o consentimento como excludente apenas de tipicidade: a falta de ponderação de interesses que caracterizaria o consentimento como causa de exclusão da ilicitude. Segundo ele, no consentimento não está em jogo qualquer conflito de interesse, nem mesmo entre o interesse do particular que dispõe do bem e do Estado que determina sua proteção. Neste caso, haveria um conflito abstrato,

⁴⁵ ROXIN, 1997, p. 516.

⁴⁶ “[...] no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión.” (ROXIN, 1997, p. 517.)

⁴⁷ Id., ibid., p. 519.

enquanto que as causas de justificação requerem um conflito concreto entre bens, impondo o sacrifício de um em favor de outro⁴⁸. E é neste sentido que afirma:

Mas no consentimento não está em jogo nem um conflito de interesses entre o que atua e o que consente, nem a necessidade do fato. [...] a justificação deve obedecer, na maioria dos casos, ao princípio do interesse [...] Mas precisamente esta fundamentação demonstra que, em realidade, não se trata de um problema de justificação, mas de tipo. Pois em um consentimento eficaz, não é possível imaginar-se como lesionada uma vontade que logo “decai” por causa do consentimento, senão uma vontade que desde o princípio não pode imaginar-se como lesionada e, por isso, não pode supor-se como realizado o tipo [...]⁴⁹

Sob tal perspectiva, o consentimento deve sempre ser considerado como excludente de ilicitude, haja vista que não há ponderação de interesses no sacrifício de bens jurídicos, pois que não os há conflitantes, mas tão somente atendimento ao quanto determina a vontade livre do seu titular.

Ao discutirem a relevância do consentimento da teoria do delito, Hassemer e Larrauri se manifestam no mesmo sentido. Assim, para os autores:

Deslocada a primeira suposição para a tipicidade, no sentido de entender-se que, se há consentimento, já não se pode produzir uma ofensa penalmente relevante do bem jurídico (conduta típica), tornou-se comum afirmar que as causas de justificação são aquelas situações em que o legislador considera preferível permitir a lesão ao bem jurídico, isto é, autoriza a lesão de um bem jurídico para salvaguardar um interesse prevalente, de maior valor.⁵⁰

Assim, no caso da exclusão de ilicitude, o interesse do titular do bem pela sua preservação não desaparece, apenas cedendo espaço à prevalência da tutela de

⁴⁸ ROXIN, 1997, p. 521.

⁴⁹ “Pero en el consentimiento no está en juego ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho. [...] la justificación debe obedecer en la mayoría de los casos al principio de interés preponderante, pero en el consentimiento al principio de ausencia de interés [...] Pero precisamente esta fundamentación demuestra que en realidad no se trata de un problema de justificación sino de tipo. Pues en un consentimiento eficaz no es posible imaginarse como lesionada una voluntad que luego ‘decae’ por causa del consentimiento, sino que la voluntad desde un principio no puede imaginarse como lesionada y por eso no puede suponerse como realizado el tipo [...]” (ROXIN, 1997, p. 521)

⁵⁰ “Desplazado el primer supuesto a la tipicidad en el sentido de entenderse que, si hay consentimiento, ya no se produce una perturbación penalmente relevante del bien jurídico (acción típica), ha quedado como afirmación común que las causas de justificación son aquellas situaciones en las que el legislador estima preferente permitir la lesión al bien jurídico, esto es, se autoriza la lesión de un bien para salvar un interés prevalente de mayor valor”. (HASSEMER; LARRAURI, 1997, p. 56.)

outro bem, de maior valor, em atenção aos contornos de um caso concreto. Por outro lado, o consentimento do titular do bem que autoriza a sua lesão, embora a permita, não opera uma ofensa penalmente relevante, deixando de existir contrariedade à sua vontade de proteção, e sim conformidade com sua renúncia a essa mesma proteção.

Ainda negando ao consentimento do ofendido a força de afastar a ilicitude e reafirmando-o como causa de exclusão tão somente da tipicidade, Jiménez de Asúa baseia-se no carácter de generalidade que deve marcar as causas de justificação. Assim afirma:

Se as causas de justificação têm, como importantíssimo carácter, serem comuns a todas as espécies de delitos e atuam, na imensa maioria deles, afastando o injusto, o consentimento pode figurar entre elas, já que até os que lhe atribuem tal papel confessam que só em casos concretos e muito raros pode ser evocado.⁵¹

Partindo dessa compreensão do carácter geral das causas justificantes, Asúa não reconhece essa força ao consentimento, já que, em sua opinião, somente em casos concretos e raros seria possível evocá-lo. Por esse motivo, vai situá-lo apenas na esfera da exclusão de tipicidade, posto que o seu papel é o de “destruir o tipo”.⁵²

Na doutrina pátria, vale a pena destacar a posição de Juarez Cirino dos Santos para quem:

[...] do ponto de vista teórico, os argumentos favoráveis à concepção do consentimento real como excludente do tipo parecem convincentes: o consentimento real exclui o desvalor da ação e o desvalor do resultado e, por consequência (sic), descaracteriza o próprio tipo de crime; o consentimento real exprime desinteresse na proteção do bem jurídico e, portanto, indica situação de ausência de conflito do sistema de justificações.⁵³

⁵¹ “Si las causas de justificación tienen como importantísimo carácter ser generales a todas las especies de delitos, y actúan en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo lo injusto, el consentimiento no puede figurar entre ellas, ya que hasta los partidarios de darle tan descollante papel confiesan que sólo en casos concretos y muy contados puede invocarse”. (ASÚA, Luis Jiménez. *Principios de Derecho Penal: La ley e el delito*. 3 ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 287.)

⁵² “Por lo demás, el consentimiento lo que hace es destruir el tipo. Sí entramos en una casa con permiso del dueño, sería ridículo decir que hay una violación de domicilio consentida, puesto que lo que existe, en realidad, es una visita. Del mismo modo, si permitimos que otro tome nuestro reloj, no hay un hurto consentido, sino otra figura que en el Derecho civil se denomina donación.”(Id., *ibid.*, p. 287.)

⁵³ SANTOS, Juarez C. dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 194.

Nesse diapasão, Cirino dos Santos também defende a tese de que o consentimento sempre afastará a tipicidade, independentemente de integrar a definição legal do tipo, concordando com Roxin quanto à exclusão do desvalor da ação e do resultado, bem como quanto à ausência de conflito de interesses que o caracterizariam como causa justificante.

Paulo Queiroz segue no mesmo sentido. Para ele, o consentimento sempre funcionará como causa de exclusão de tipicidade. E fundamenta com a seguinte posição:

É que, se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, não pode existir lesão alguma a este quando uma ação se fundar em disposição válida do titular do bem jurídico, que assim não deprecia seu desenvolvimento, mas ao contrário constitui sua expressão.⁵⁴

O autor ainda aduz que o bem jurídico e seu poder de disposição constituem muito mais do que uma unidade; na verdade, o objeto de proteção da norma seria o próprio bem e, também, a possibilidade de sua disposição. Somente dois fatores limitariam a livre disposição: o caráter indisponível do bem e o consentimento inválido, manifestado por agente incapaz de consentir.

2.3.2 Teorias Dualistas

No item anterior, registraram-se as distinções entre acordo e consentimento apresentadas e desconstruídas por Roxin, para quem as duas figuras são desnecessárias, haja vista que, em sua opinião, o consentimento sempre afasta a tipicidade da conduta. Além disso, autores como Hassemer, Larrauri, Jimenez de Assua e Paulo Queiros também sustentam que o consentimento despenharia, na dogmática penal, o único papel de excluir a tipicidade. Entretanto, a ideia de que o consentimento exerce função dupla na Teoria do Delito, ainda que não se lhe atribua nome diferente, encontra adeptos na doutrina estrangeira e na doutrina pátria.

Assim, os defensores da Teoria Dualista do consentimento afirmam sua dupla função: excludente da tipicidade e da ilicitude da conduta. Cada uma das funções

⁵⁴ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 280.

encontraria aplicação conforme o dissenso da vítima integrasse ou não a definição típica do crime, desde que, em todo caso, o bem jurídico protegido pela norma penal integrasse a esfera de disponibilidade da vítima.

Roxin critica duramente a viabilidade da Teoria Dualista do consentimento, aduzindo a dificuldade prática de se delimitar as distinções de um consentimento justificante e de um consentimento excludente da tipicidade. E exemplifica:

Se, por exemplo, a injúria (§ 185) é uma lesão da pretensão individual de respeito, que cada um tem frente a seus concidadãos, não pode existir injúria alguma em caso de consentimento, pois uma pretensão de respeito não pode ser lesionada enquanto não seja reclamada em absoluto. Se se aprecia uma injúria no envio não solicitado de revistas com conteúdo sexual, desde logo não pode ser injurioso, em caso algum, se foram enviadas a pedido; e se se apreciam como injúria ações sexuais que se realizam contra a vontade do destinatário, evidentemente não se pode tratar da mesma forma em caso de acordo.⁵⁵

Colecionando esse e outros exemplos, o autor alemão reforça a sua tese de que a zona de limite entre “acordo” e consentimento nem é clara, nem pode ser estabelecida, motivo pelo qual nega, à configuração habitualmente atribuída ao consentimento, um caráter justificante, embora o faça em relação a outra figura, o consentimento presumido, como será abordado mais à frente.

Nada obstante, existe considerável aceitação do consentimento como causa de exclusão da ilicitude. É possível encontrar, no pensamento Ernest von Belling, essa mesma caracterização, na sua clássica obra *Esquema de Derecho Penal*:

O consentimento do ofendido (ou do ameaçado) e a significação do fato como autolesão (ou auto-ameaça) são causas de exclusão da ilicitude enquanto o bem jurídico lesionado (ou posto em perigo) estiver compreendido entre os direitos de disposição do lesionado (ou ameaçado); vale o princípio: *volenti nonfit injuria*.⁵⁶

⁵⁵ “Si, por ejemplo, la injuria (§ 185) es una lesión de la pretensión individual de respeto, que cada cual tiene frente a sus conciudadanos, no puede existir injuria alguna en caso de consentimiento, pues una pretensión de respeto no puede ser lesionada en tanto no sea reclamada en absoluto. Si se aprecia una injuria en el envío no solicitado de revistas con contenido sexual, desde luego no puede ser injurioso en ningún caso su envío por encargo; y si se aprecian como injuria acciones sexuales que se realizan contra la voluntad del receptor, por supuesto que no puede tratarse de eso en caso de acuerdo.” (ROXIN, 1997, p. 522.)

⁵⁶ “El consentimiento del ofendido (o del amenazado) y la significación del hecho como auto lesión (o auto amenaza) son causas de exclusión de la ilicitud en cuanto el bien jurídico lesionado (o puesto en peligro) esté comprendido entre los derechos de disposición del lesionado (o amenazado); para ello vale el principio: *volenti nonfit injuria*.” (BELLING, Ernest von. *Esquema de Derecho penal: La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002p. 53)

Belling estabelece a distinção tendo em conta a disponibilidade do bem jurídico em questão: tratando-se de bens disponíveis, afasta-se a ilicitude da conduta, o mesmo não acontecendo com bens indisponíveis. Também Mezger⁵⁷ caminha na mesma direção, defendendo a força justificante desde que não exorbite do seu âmbito de validade, fixado no mesmo critério da disponibilidade do bem jurídico⁵⁸. Juarez Tavares aponta o critério como o “principal apoio da adoção do consentimento como causa de exclusão de antijuridicidade”, alertando para sua relevância, já que repercute na própria estrutura do Direito Penal⁵⁹.

Welzel, a seu turno, sustenta que o consentimento “pode excluir o tipo, e isso ocorre em todos os casos em que atuar contra a vontade do afetado pertence ao tipo”⁶⁰. Assim, é de reconhecerem-se os tipos em que se materializa, por parte do agente, uma atuação contrária à vontade do titular do bem como aqueles em que, presente o consentimento, haverá afastamento da tipicidade.

Além da disponibilidade do bem jurídico, outros critérios são lembrados, como “o valor social do resultado, a anterioridade do consentimento à ação lesiva, a não infringência aos bons costumes e a adequação da conduta à forma e ao modo de execução efetivamente consentidos”⁶¹. Deve-se proceder à apreciação destes critérios em conjunto, lembra Tavares, para aferir até que ponto o consentimento pode excluir a antijuridicidade.

Pierangeli⁶² lembra, como exemplos, os crimes de violação de domicílio, art. 150 do Código Penal Brasileiro (CPB), e de sonegação ou destruição de correspondência, art. 151, § 1º, inciso I, do mesmo diploma legal. No primeiro caso, existe previsão expressa do consentimento como integrante da conduta típica,

⁵⁷ MEZGER, *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957, p. 163.

⁵⁸ Cf. Bacigalupo Zapater, quando afirma: “La distinción entre un consentimiento que excluye la tipicidad y otro que excluiría la antijuridicidad es, sin embargo, cuestionada por un sector de la teoría. Este punto de vista y el anterior se diferencian, en realidad, en la concepción del bien jurídico. Quienes distinguen entre el valor protegido y el sustrato material pueden admitir que hay ya lesión del bien jurídico cuando la acción recae sobre el sustrato material de éste: por ejemplo, cuando se hubiese dañado una cosa ajena se habría realizado la acción típica, por lo que cabría preguntar a continuación por el consentimiento del titular de la cosa.” (ZAPATER, 1999, p. 287-288)

⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 164.

⁶⁰ “[...] puede excluir el tipo, y ello ocurre en todos los casos en que un actuar contra la voluntad del afectado pertenece al tipo”. (WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 98-99)

⁶¹ TAVARES, *Ibid.*, p. 164.

⁶² PIERRANGELI, 2001, p. 97-98.

reconhecido na expressão “contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito”⁶³. Caso haja o consentimento de “quem de direito”, a conduta de quem entra ou permanece, astuciosa ou clandestinamente, em casa alheia ou em suas dependências, não se amoldará à descrição prevista para o crime em destaque. Trata-se de um caso em que o dissenso está explícito da tipificação.

Já na hipótese da sonegação ou destruição de correspondência, o dissenso do titular do bem, conquanto implícito, também se revela. Caso o apossamento de correspondência alheia, ainda que com o fito de destruí-la ou de dar-lhe destino diverso, seja feito com a concordância ou em atenção à vontade expressa ou tácita do seu titular, não restará configurado o crime, por absoluta ausência de elementar, ainda que implícita, do tipo.

Na doutrina brasileira, perfilham esse entendimento Mirabete e Fabrini⁶⁴, assim como Luiz Régis Prado, para quem “o consentimento do sujeito passivo pode excluir a tipicidade da ação ou da omissão, quando requisito intrínseco ao tipo legal, ou, eventualmente, quando externo a ele, elidir a ilicitude da conduta”⁶⁵.

De modo geral, ensina-se que o consentimento do interessado tem o condão de ocasionar a atipicidade da conduta sempre que o dissenso constitua elementar do crime⁶⁶, esteja ele explícito ou implícito. Nestes casos, os tipos protegeriam, além do próprio bem jurídico, também a liberdade de disposição do mesmo pelo seu titular⁶⁷.

Em Cláudio Brandão é possível encontrar a mesma orientação, que sobressai do exemplo que apresenta nos seguintes termos:

[...] sabe-se que o patrimônio é um bem jurídico disponível. Assim, se o ofendido, observando a destruição do bem de sua propriedade por uma pessoa enraivecida, dá o consentimento para tal conduta, não se pode falar em crime de dano (art. 163 do Código Penal), por força de uma causa supralegal de justificação.⁶⁸

⁶³ FRAGOSO, Heleno C. *Lições de Direito Penal*, v. I. 2 ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1962, p. 202.

⁶⁴ FABRINI, Renato. N.; MIRABETE, Júlio F. *Manual de direito penal, volume I: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 188-189.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 414.

⁶⁶ Ver SOLER, Op. Cit., p. 423; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 198; MONTT, Mario G. *Derecho Penal: parte general*, v. I. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2003, p. 124.

⁶⁷ PRADO, 2005, p. 358.

⁶⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 198.

Assim, o penalista pernambucano se alinha à proposta dualista, reconhecendo a força do consentimento para desempenhar o duplo papel que se lhe atribui.

Há situações, porém, em que o dissenso não integra o tipo, mas o bem jurídico é, reconhecidamente, disponível; são, esses, os bens que “o Estado deixa à livre disposição do titular, pelo menos até certos limites e dentro de determinadas circunstâncias”. Aqui, assevera Aníbal Bruno, tem lugar o consentimento como causa de justificação supralegal. Tal é o posicionamento de Bruno:

[...] um bem jurídico recebe a proteção do Direito Penal quando a sua defesa se apresenta como de interesse primordial para o Estado. É com esse caráter de valor para a comunidade que a lei estende sobre ele a cobertura da sanção penal. Mas, em muitos desses bens coincide com o interesse público um interesse privado. Em alguns casos, mesmo esse interesse privado é preponderante e o Estado só tem na defesa do bem jurídico um interesse indireto ou mediato. Então, o Estado entrega o juízo da conveniência da defesa da situação atual do bem à livre deliberação do seu titular. Se ele consente na sua perda, o Estado não interfere para mantê-lo inatacado. Esta posição do Estado em face do bem se declara mesmo na lei, quando esta põe a ausência de consentimento como condição da incriminação. Mas fora desses casos, há bens jurídicos que o Estado deixa à livre disposição do titular, pelo menos até certos limites e dentro de determinadas circunstâncias. É isso que explica o poder discriminante do consentimento do ofendido.⁶⁹

Em sua abordagem, Bruno tangencia os dois entendimentos consagrados na doutrina pátria sobre o papel do consentimento no ordenamento jurídico-penal brasileiro: causa de atipicidade e causa justificante. Na primeira hipótese, o autor se refere aos bens jurídicos para cuja proteção concorre um interesse público e um interesse privado. Nestes casos, é possível identificar a preponderância do interesse particular sobre o interesse do Estado, sobretudo nos casos em que o bem é reconhecido como disponível, estando livremente na esfera de determinação dos indivíduos. Como exemplo, tem-se o crime de violação de domicílio, em que o dissenso do titular do bem faz parte do próprio tipo. Havendo consentimento por parte do titular, deixaria de haver ofensa para haver cooperação, já que, nesses

⁶⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal (parte geral)*. V. I, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 18-19.

casos, o “consentimento do ofendido é suficiente para converter a conduta em um processo normal, mesmo socialmente positivo”⁷⁰.

Pierangeli, nesse contexto, não pode ficar esquecido. No seu livro sobre o assunto, ele considera o consentimento tanto como excludente de ilicitude, quanto como excludente de tipicidade. Quanto ao último aspecto, não vai muito além do já mencionado. Contudo, quanto ao consentimento como causa de justificação, lembra que os delitos por ela alcançados podem ser reunidos em quatro grupos: delitos contra o patrimônio, delitos contra a honra, delitos contra a liberdade individual e delitos contra a integridade física⁷¹.

O primeiro grupo é dos crimes contra o patrimônio. De maneira geral, entende-se que os bens patrimoniais são disponíveis, cabendo ao dono as faculdades de uso, gozo e disposição. Contudo, tal entendimento não é válido para todas as modalidades⁷², sobretudo para os crimes complexos, que têm o patrimônio como objeto principal da norma e, secundariamente, a tutela de outro bem jurídico de que não se possa dispor. Assim, entende-se que o consentimento não será válido nos crimes de roubo (art. 157) e extorsão (art. 158), por violarem, secundaria e respectivamente, a integridade física e a liberdade, bem como no crime de incêndio (art. 250), por afetar, primordialmente, a incolumidade pública. Entretanto, o consentimento será válido para os crimes de furto (art. 155) e de dano (art. 163), por exemplo, haja vista a afetação exclusiva do patrimônio.

Quanto aos crimes contra a honra, é pacificado o entendimento geral de que a honra é um bem disponível, o que se reflete na opção do legislador em submetê-los a ação penal privada, transferindo para o titular do bem a possibilidade de oferecimento de queixa para seu processamento.

No grupo dos crimes contra a liberdade individual, Pierangeli⁷³ inclui as liberdades moral, sexual, de gozar a privacidade e assevera:

Também menciona a doutrina as curtas privações da liberdade de locomoção, quando se mantém alguém em uma sala de espetáculos ou em um trem em marcha. Em todos esses casos, o consentimento é válido, com ressalva da hipótese da privação da liberdade decorrer

⁷⁰ ANDRADE, Manuel. “O Consentimento do Ofendido no Novo Código Penal”. In *Para uma Nova Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 100.

⁷¹ PIERANGELI, 2001, p. 98.

⁷² Id., *ibid.*, p. 99.

⁷³ Id., *ibid.*, p. 103.

da conduta de funcionário público, nas condições examinadas, posto que o particular pode validamente dispor desses bens.⁷⁴

O último grupo, dos crimes contra a integridade física, é o que apresenta zonas mais nebulosas quanto à validade do consentimento. Podendo ser estendido, também, aos crimes contra a vida, este grupo lança a discussão para o terreno mais específico da disponibilidade dos bens jurídicos, reclamando sua abordagem em outro tópico.

2.4 REQUISITOS DE VALIDADE DO CONSENTIMENTO

Adotando-se uma posição dualista, ou seja, considerando que o consentimento ora afasta a tipicidade, ora exclui a ilicitude, uma questão que se apresenta é a identificação dos requisitos necessários para tornar válido esse consentimento.

Em seu estudo, Jescheck fala em quatro requisitos, a saber: tempo, forma, capacidade para consentir e ausência de coação.

No tocante ao *tempo* do consentimento, lembra Jescheck que esse consentimento deve referir-se a uma ação ou omissão futuras de uma determinada pessoa, a quem o consentimento se dirige, não podendo se reportar a fatos passados⁷⁵. Dito de outra forma, o consentimento deve ser dado antes do comportamento lesivo. Como assevera Fernando Galvão:

O consentimento posterior à lesão não pode ser admitido. Nesse caso, a atividade lesiva viola a planificação normativa e, por isso, preserva-se o desvalor da conduta. Na verdade, uma permissão posterior à realização do fato não pode ser denominada consentimento. Tratar-se-ia de mero *reconhecimento* de uma situação de fato, já consolidada, de perdão pelo que já se fez.⁷⁶

O pretense consentimento que surge depois do fato já não pode figurar como tal. Extrapola a natureza do instituto do consentimento pensá-lo como uma condição legitimante que surge *a posteriori*, depois do fato cometido. A ideia de consentir sugere anterioridade ou concomitância, permitindo que o autor do fato atue

⁷⁴ PIERANGELI, 2005, p. 99.

⁷⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4 ed., Granada: Comares, 1993, p. 343.

⁷⁶ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 395.

conforme a vontade conhecida do titular do bem jurídico. Do contrário, tratar-se-á, quando muito, de hipótese de perdão do ofendido, caso seja admitido expressamente pela legislação, ou mesmo no reconhecimento da renúncia ao direito de queixa, nos casos em que o crime for processável mediante ação penal privada⁷⁷.

Quanto à *forma* do consentimento, ou seja, se deve ser expresso ou se pode ser tácito, Jescheck afirma, após examinar as duas possibilidades que, independentemente de uma ou de outra, “deve ser inequivocamente reconhecível externamente”⁷⁸. Isto não significa, necessariamente, que o consentimento deva ser expresso, mas que o comportamento do seu titular não pode deixar margem a dúvidas quanto a sua vontade. Quando expresso, admite-se que seja comunicado oralmente, pelo consenciente ou por terceiro a rogo seu, por meio escrito ou “através de qualquer ato conclusivo que permita fazer sugerir a sua real existência”⁷⁹.

No que tange ao consentimento tácito, pontua Pierangeli:

O consentimento, ainda que tácito ou não expresso, deve ser claro, sério, livre e determinado. Uma simples inércia, sem que ocorra uma clara vontade de renunciar à tutela jurídica não é suficiente para o reconhecimento do consentimento [...] A falta de um dissentimento claro não é equivalente a um consentimento tácito ou expresso, e, para o reconhecimento de uma justificativa reclama-se a existência de um consentimento válido.⁸⁰

O elemento “clareza” é o que se revela essencial nesse requisito. Naturalmente que marcado pela determinação, seriedade e liberdade de quem consente – este último elemento será tratado logo mais –, o consentimento precisa estar suficientemente revelado, sendo reconhecível pelo seu destinatário. Assim, o consentimento tácito será aceito quando “se torna iniludível a renúncia do titular do bem”⁸¹.

A capacidade para consentir indica que “o autor do consentimento deve ser capaz de entender o significado e o alcance da renúncia que efetiva”⁸². A renúncia à proteção não pode ser aceita quando quem consente não revela “capacidade natural

⁷⁷ TAVARES, Juarez E. X. “O consentimento do ofendido no Direito Penal”. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7163/5114>>. Acesso em: 12 maio 2012.

⁷⁸ JESCHECK, 1993, p. 343.

⁷⁹ PIERANGELI, 2001, p. 155-156.

⁸⁰ Id., *ibid.*, p. 153.

⁸¹ TAVARES, Juarez E. X. “O consentimento do ofendido no Direito Penal”. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7163/5114>>. Acesso em: 12 maio 2012.

⁸² GALVÃO, 2011, p. 394.

e discernimento”⁸³, ou seja, não é capaz, moral ou psiquicamente, para aquilatar o alcance do consentimento prestado e o grau de abandono do bem jurídico.

O consentimento também deve ser *livre e espontâneo*. Imprescindível a ausência de coação sobre quem consente, a fim de que possa livremente decidir pela renúncia à proteção legal. Assim, caso haja vício de vontade, tais a fraude, o erro ou a coação, que contribuam para que haja uma falsa apreciação do seu significado, das consequências do fato e da sua magnitude⁸⁴, este consentimento não será válido, sobretudo quando tais vícios são empregados como forma de se obter, de má fé, a manifestação do consentimento⁸⁵.

Além dos quatro requisitos elencados por Jescheck, Fernando Galvão apresenta outros critérios que, em seu entendimento, devem estar presente em todo consentimento, para torná-lo válido.

Assim, refere-se ao dever do autor de *agir com o conhecimento e por causa do consentimento*, além de *observar os seus limites*. Quem realiza a conduta lesiva deve estar orientado pelo conhecimento outorgado, sendo necessário que atue dentro dos limites autorizados. A não observância desses limites caracterizaria excesso punível, por haver “violação da finalidade protetiva do ordenamento, naquilo que excede o comportamento justificado”⁸⁶.

Outro requisito é a exigência de que o autor seja *o único titular do bem jurídico* em questão. Caso quem consente não o seja, é exigível que tenha autorização expressa de quem de direito para manifestar o consentimento.

Por derradeiro, é necessário que seja *admissível, juridicamente, a renúncia à proteção legal*. Propositadamente deixado por último, este requisito trata da disponibilidade do bem jurídico em questão. O consentimento só se pode reputar válido se prestado em face de bens jurídicos disponíveis.

Entretanto, pode-se perguntar, quais são esses bens e em que medida se pode deles livremente dispor? É possível que a vida, considerada um bem jurídico cuja indisponibilidade é absoluta, sofra uma relativização dessa ideia, a ponto de o consentimento do seu titular ser bastante para justificar comportamentos *a priori* delitivos? O capítulo seguinte se destina ao exame desses tormentosos questionamentos.

⁸³ JESCHECK, 1993, p. 344.

⁸⁴ Id., *ibid.*, p. 345.

⁸⁵ GALVÃO, 2011, p. 395.

⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 395.

3 O CONSENTIMENTO E O BEM JURÍDICO: RELAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS

Um problema que se apresenta, desde logo, no estudo da força do consentimento nas formas de participação na morte de outrem é a necessidade de tratar sobre os bens jurídicos e os critérios para determinar sua disponibilidade. A fixação desses critérios é indispensável para que se alcance uma melhor compreensão do tema, em que pesem as sérias dificuldades em se afirmar, com precisão, sobre uma esfera de indisponibilidade absoluta, por não haver consenso sobre o assunto.

Aliás, a própria discussão sobre o conceito e a importância do bem jurídico é objeto de controvérsias na atualidade. Conquanto se tenha pensado em um Direito Penal orientado para a exclusiva proteção de bens jurídico-penalmente relevantes, posto como limite material à potestade punitiva do Estado⁸⁷, há uma forte tendência, encontrada em nomes como Welzel e Jakobs, para citar apenas dois, em se mitigar o seu valor e a sua utilidade na justificação do atuar do Direito Penal e, conseqüentemente, na criminalização de condutas⁸⁸.

Nada obstante, permanece a ideia, com forte eco na produção doutrinária pátria e estrangeira, de que o bem jurídico e a sua ofensividade ainda ocupa o lugar de “coração do delito”, como pretende Luiz Flávio Gomes⁸⁹, o que depõe a favor da sua existência e demanda a detenção demorada do olhar sobre sua criteriosa análise.

Porque se situa no centro de gravitação da própria existência do Direito Penal, e porque é impossível falar-se em consentimento como legitimante de uma conduta delitiva *a priori* ou que repercuta, atenuando-a, sobre a cominação da pena, se faz imprescindível, nessas páginas, trilhar, ainda que em sucinta abordagem, em meio a esse tormentoso caminho.

Antes, porém, de investigar aquilo que de mais perto interessa para o presente estudo – o âmbito de (in)disponibilidade do bem jurídico vida e como o consentimento do ofendido aí funciona –, convém melhor compreender como a ideia

⁸⁷ BUSATO, Paulo C.; HUAPAYA, Sandro M. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 47.

⁸⁸ GOMES, Luiz F.; YACOBUCCI, Giullermo J. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 71.

⁸⁹ GOMES, Luiz F. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 109.

de bem jurídico foi social e historicamente construída, a fim de aquilatar a importância que o seu conceito assume na atual conjuntura da Teoria do Delito e as fragilidades que lhe são apontadas por parte significativa da doutrina.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Luiz Regis Prado lembra que foi durante o Iluminismo que surgiu a ideia da existência de um objeto jurídico do delito. Considerando-se a luta do período por salvaguardar os bens jurídicos individuais frente ao arbítrio desmedido do Estado, é compreensível que se pretendesse reconhecer, ao delito, algum sentido material⁹⁰.

Em momento posterior, com base na doutrina de Anselm von Feuerbach, o delito passou a ser visto como a violação de um direito subjetivo, cujo titular seria o Estado ou a pessoa. Nesta concepção:

O fundamental não é que a conduta lesiva se dirija contra uma coisa do mundo real. O objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa individual constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de direito.⁹¹

Tal concepção, decorrente da inserção da teoria contratualista no contexto penal, conduz ao entendimento do delito “como a conduta que transgride um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado”⁹². O crime figura como lesão à lei penal ou ao direito de outro, que pode ser o Estado (delito público) ou uma pessoa (delito privado).

A Feuerbach são atribuídos “dois importantes desenvolvimentos [...]: a separação entre direito e moral, por um lado; e a denegação da legitimidade de prossecução, através do direito penal, de quaisquer finalidades transcendentais, de étimo religioso ou mesmo relevando do horizonte do *wohlfahrt*”⁹³. Desta forma, contribuiu para o afastamento do Direito da tutela de valores exclusivamente morais,

⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

⁹¹ Id., *ibid.*, p. 24-25.

⁹² Id., *ibid.*, p. 25.

⁹³ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 45.

pugnando por um jusracionalismo que afirma ser, da moral, a competência para dizer o que é justo, mas não o que é direito⁹⁴.

Foi somente com Birnbaum que o conceito de bem se fez introduzir no Direito Penal, em substituição à ideia de direito subjetivo. Birnbaum se baseia na ideia da “natureza das coisas” e, situando sua concepção no mundo concreto, busca a identificação de critérios materiais para definir o que é lesionado por toda e qualquer ação delitiva. Segundo Sporleder de Souza:

Considerando a abstração teórica tendente à categoria genérica de direitos subjetivos, que propugnava o crime como violação de direitos subjetivos, afirma Birnbaum que os comportamentos delitivos não afetavam direitos senão *bens*; o objeto jurídico da tutela jurídico-penal corresponderia, portanto, à ofensa de um *bem* e não à violação do direito subjetivo de outrem, direito este centrado precipuamente nas relações humanas reconhecidas juridicamente. Neste sentido, há uma transformação de ofensas pessoais-subjetivas para ofensas de ‘coisas exteriores’. Todavia, não se encontra na obra de Birnbaum nenhuma definição precisa do exato significado de ‘bem’ como objeto da ofensa, motivo pelo qual era preciso deduzir-se tal compreensão de forma tácita.⁹⁵

Com uma formulação de transição entre as concepções vigentes no Iluminismo e as ideias oriundas do período dogmático do Direito Penal, Birnbaum desvincula o objeto da proteção da norma penal da ideia de direito subjetivo e a atrela à noção de um “objeto exterior”, que integra o plano real, concreto, objetivo. Além disso, introduz os conceitos de “delitos de lesão natural” e de “delitos de lesão social”, para se referir, respectivamente, às condutas que afetavam bens “dados aos homens por natureza” e àquelas correlacionadas “ao desenvolvimento histórico-social da ‘sociedade burguesa’”⁹⁶.

Enquanto a tese de Birnbaum, nada obstante atrelada a uma espécie de “positivismo moderado”, possuía um fundo jusnaturalista, pensando o bem jurídico para além do sistema jurídico⁹⁷, Binding empresta à discussão uma feição formal, como decorrência do positivismo que marca seu tempo.

⁹⁴ COSTA ANDRADE, 1991, p. 48.

⁹⁵ SOUZA, Paulo V. S. de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49.

⁹⁶ Id., *ibid.*, p. 50.

⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 54.

Partindo de uma postura positivista-legalista, Binding transfere para o legislador a decisão de dar relevância a determinados bens, erigindo-os à categoria de bens jurídico-penalmente tutelados. Em sua definição, bem jurídico vem a ser:

[...] tudo o que aos olhos do legislador tem valor como condição de uma vida saudável dos cidadãos; tudo o que não constitui em si um direito, mas apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações tem, segundo o seu juízo, interesse, e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas⁹⁸.

E, ainda em Costa Andrade, é possível acompanhar o complemento:

Na criação de bens jurídicos e no estabelecimento das correspondentes normas de tutela, a fonte do direito não conhece outros limites para além dos decorrentes da lógica e das suas próprias considerações. O direito positivo não pode reconhecer como susceptível de lesão o que não pode ser lesado nem destruído, não podendo igualmente produzir um nexo de causalidade onde ele não existe⁹⁹.

Fundando sua concepção apenas no direito posto, Binding sustenta uma plena identificação entre norma e objeto de tutela penal, opondo-se a “qualquer concepção pré-jurídica que fundamente o conteúdo da política criminal legislativo-dogmática”¹⁰⁰. Estando, a fonte criadora do bem jurídico, limitada à dimensão lógico-normativa, o que realmente tem importância é a decisão, emanada do poder legislativo, de estender a proteção jurídica sobre determinado bem¹⁰¹. Os bens jurídicos, assim, são encontrados na lógica do próprio sistema jurídico, único verdadeiramente apto a reconhecer aqueles bens que são suscetíveis de sofrer lesão.

Nesse sentido, lembra Sporleder de Souza:

Por sugerir uma compreensão do Estado de Direito em termos puramente formais – sobrelevando-se demasiadamente a autonomia e o papel do legislador – Binding denegou à intervenção punitiva qualquer legitimação material, abrindo-se as portas ao alargamento

⁹⁸ BINDING, K. *Die Normen und ihre Ubertretungen I*. Band, 4. "ed., Leipzig, 1922; 11. Band, 2. ed., Leipzig, 1916. *Apud* COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...*, p. 65.

⁹⁹ BINDING, *Apud* COSTA ANDRADE, 1991, p. 66.

¹⁰⁰ SOUZA, 2004, p. 57.

¹⁰¹ PRADO, 2009, p. 28.

incontrolável das áreas de criminalização. Apesar de ter contribuído para o triunfo e definitiva afirmação terminológica da categoria em tela no mundo jurídico-penal, a teoria de Binding ainda é carente por não agregar ao conceito condições capazes de legitimar o poder punitivo.¹⁰²

A teoria de Binding, conquanto fundamental para firmar a categoria bem jurídico no âmbito penal, padeceu dessas carências, não permitindo uma delimitação mais adequada de sua compreensão e, conseqüentemente, depondo contra a legitimação do poder-dever de punir do Estado. Nada obstante, deve-se reconhecer a sua importância, sobretudo quando afirma que os bens jurídicos deveriam refletir “tudo o que aos olhos do legislador tem valor como condição de uma vida saudável dos cidadãos”. Ao pensar assim, Binding antecipava as discussões da atualidade, embora limitado pelo arcabouço formal de sua concepção, na medida em que compreende que um determinado bem da vida somente se transforma em bem jurídico relevante, sobretudo na esfera penal, quando se lhe atribui um valor, ainda que peque por transferir ao legislador a tarefa de valoração.

Com acréscimos à tese de Binding, o italiano Arturo Rocco vai sustentar que ao Direito Penal cabe garantir as condições fundamentais e indispensáveis de existência da vida em sociedade, em virtude do dever do indivíduo de respeitar as normas jurídico-penais criadas e impostas pelo Estado. Nesta esteira, Rocco estabelece diferença, “de um lado, entre objeto do delito e objeto da tutela jurídica penal e, de outro, entre objeto substancial e formal do delito”¹⁰³ Na lição de Luiz Regis Prado:

Diz-se objeto da tutela jurídica penal quando antecede à lei penal e objeto substancial do delito quando do momento de sua transgressão (posterior). Trata-se do que é objeto da proteção penal, que o crime lesiona ou põe em perigo de lesão (bem ou interesse humano). Existe um objeto substancialmente *genérico* do delito (objeto do delito em geral, que é um bem ou interesse social) e um objeto substancial *específico* do delito (objeto de delitos em particular, que é o bem ou interesse do sujeito passivo do delito).¹⁰⁴

Dessa forma, e conforme Prado, Rocco apresenta um delineamento da ideia de bem jurídico, considerando-o como *objeto da tutela penal* quando antecede

¹⁰² SOUZA, 2004, p. 58.

¹⁰³ PRADO, 2009, p. 29.

¹⁰⁴ Id., *ibid.*, p. 29.

a transgressão e *objeto da proteção penal*, quando lhe sucede. Além disso, estabelece uma distinção entre o *objeto substancialmente genérico*, como sendo um bem ou interesse social abstratamente protegido pela norma, e *objeto substancialmente específico*, representando o bem ou interesse do indivíduo que é objetivamente lesionado pela conduta criminosa.

Segundo Prado, “a divisão entre objeto substancial genérico e específico é criticada por confundir objeto com motivo de proteção”¹⁰⁵. Na verdade, somente o que por Rocco é considerado como objeto substancial específico é o que permanece como objeto do delito.

Enfrentando a concepção formalista de Karl Binding, Franz von Liszt “é o primeiro autor a construir um sistema político-criminal legislativo-dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico”, haja vista que “este se traduz como um *conceito limite* da abstrata lógica jurídica”¹⁰⁶. Para Liszt, o legislador, ao criar o delito, não cria com ele o bem jurídico objeto de proteção, mas apenas o reconhece, o encontra em meio aos interesses humanos – e é à proteção desses interesses que o direito se destina¹⁰⁷. Em virtude disso, Liszt defende que “aquelas ações que para determinado povo, em determinada época, parecem perturbar suas condições de vida”¹⁰⁸, devendo ser castigadas, já que este seria o próprio fim perseguido pelo Direito Penal. Em sua concepção, “é a realidade social que cria os interesses vitais do homem ou da colectividade, que a ordem jurídica reconhece e protege como bens jurídicos”¹⁰⁹.

O que figura como central na construção de von Liszt é a equiparação do conceito de bem jurídico ao de interesse, ou seja, bens jurídicos constituem interesses juridicamente protegidos¹¹⁰.

Como bem lembram Yacobucci e Gomes:

Ao falar de interesses, von Liszt não só elimina *ab initio* qualquer possível confusão entre bem jurídico e objeto material de proteção, senão que afasta a tendência individualista de considerar o bem jurídico como um mero direito subjetivo. Dentro desta dialética de interesses individuais-sociais estão em jogo na realidade dois

¹⁰⁵ PRADO, 2009, p. 29.

¹⁰⁶ Id., *ibid.*, p. 60-61.

¹⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 30.

¹⁰⁸ LISZT, Franz von. *A ideia do fim no Direito Penal*. [trad. Hiltomar Martins Oliveira]. São Paulo: Rideel, 2005, p. 42.

¹⁰⁹ COSTA ANDRADE, 1991, p. 66.

¹¹⁰ Id., *ibid.*, p. 66.

aspectos fundamentais da teoria do delito: a noção de ofensividade das condutas ilícitas e a determinação do sujeito afetado, em suma, do titular do bem jurídico que busca proteger-se. Um e outro aspecto coligam-se em última instância com a ideia que se tem dos fins e funções do direito penal.¹¹¹

Von Liszt afasta sua concepção da ideia de direito subjetivo encontrada em Binding e Birnbaum, para emprestar-lhe uma tendência individualista, açambarcando interesses individuais-sociais que restem afetados pelo comportamento delitivo previsto na norma.

Liszt problematiza, com sua concepção, a própria legitimação da norma penal, que somente poderá ser encontrada em seu aspecto teleológico, ou seja, em um aspecto exterior a ela¹¹². Ao invés de pensar os bens jurídicos partindo do próprio direito, von Liszt os busca na vida, assinalando, assim, claros limites ao legislador penal¹¹³.

Desta forma, fica “claro que o centro da noção de bem jurídico se relaciona com a pessoa que vive em sociedade, com seu desenvolvimento dentro desta e seu modo de vincular-se com os terceiros, dentro de um contexto geral de ordem e segurança”¹¹⁴, contexto este que é estabelecido e garantido pelo sistema jurídico e, em especial, pelas normas penais¹¹⁵.

Os neokantianos¹¹⁶, dentre os quais se destacam Honig, Grünht, Schwing e Zimmerl¹¹⁷, distanciando-se da perspectiva lisztiana, ao invés de situar o bem jurídico no terreno do social, vão localizá-lo na esfera do valor, pugnando pela sua

¹¹¹ GOMES; YACOBUCCI, 2005, p. 79.

¹¹² COSTA ANDRADE, 1991, p. 66.

¹¹³ SOUZA, 2004, p. 63-64.

¹¹⁴ GOMES; YACOBUCCI, *Ibid.*, p. 79.

¹¹⁵ A esse respeito, vale, ainda, registrar as ponderações de Luz Regis Prado, que lembra que, dentro dessa perspectiva, “o bem jurídico vem a ser, portanto, uma criação da experiência e como tal é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. Firma-se uma conceituação liberal de bem jurídico que precede o direito positivo, e independente dele, sendo endereçada mais ao legislador. O injusto penal compreende a conduta culpável e ilícita. Do ponto de vista formal, é ilícita quando significa transgressão de uma norma estatal (mandato ou dever) e, em sentido material, quando opera uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma (bem jurídico)”. (PRADO, 2009, p. 30-31).

¹¹⁶ Segundo Yuri Carneiro Coelho, o pensamento neokantiano apresentava uma concepção teleológico-metodológica do bem jurídico, compreendendo-o “como um valor abstrato e direcionado à busca da *ratio essendi* da norma penal”. Prossegue Coelho, afirmando que “a essência do pensamento neokantiano sobre em jurídico reside em situá-lo na estrutura do crime, como elemento de interpretação da norma penal, sistema de partida para a compreensão da *ratio legis* normativa [...] Esta corrente de pensamento – ligada aos pressupostos filosóficos neokantianos da Escola de Marburgo e da Escola Subocidental Alemã (Escola de Baden) – buscou reagir à escola anterior, efetuando um redirecionamento na compreensão do bem jurídico e da teoria do injusto penal. (COELHO, Yuri C. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 55-56).

¹¹⁷ SOUZA, 2009, p. 68.

vinculação à *ratio legis* da norma jurídica. Assim, “a essência da noção de bem jurídico tutelado deriva, de modo necessário, dos limites da descrição legal respectiva e não reside na natureza dos bens e valores que a determinam”¹¹⁸.

Segundo Yuri Carneiro Coelho:

Tal entendimento do bem jurídico, a partir de uma postura eminentemente valorativa, “espirtualizando” seu conceito, termina por deixá-lo vazio, sem perspectiva de determinação de sua natureza material e sem elementos de fundo crítico que permitam a limitação do *jus puniendi* estatal¹¹⁹.

O bem jurídico, assim considerado, deixa de cumprir uma função restritiva do poder legislativo, haja vista que “acaba por renunciar a qualquer possibilidade crítica de cunho trans ou extra-sistemático no sentido de estabelecer limites ao poder legislativo-punitivo”¹²⁰. No entanto, cada vez mais se associa, ao bem jurídico, a noção de valores, reconhecendo-se que, no fundo, é essa a função que cumpre: a tutela de valores que podem assumir diversas feições.

Entre as chamadas concepções modernas do bem jurídico, é possível destacar as teorias sociológicas, de caráter funcionalista sistêmico ou interacionista simbólico, com realce para as contribuições de Amelung, Mir Puig, Hassemer e Muñoz Conde.

Partindo de uma perspectiva funcionalista-sistêmica¹²¹, Amelung propõe a ideia de *danosidade social* como o critério que determina o objeto de tutela jurídico-penal. Entendendo que o Direito Penal deveria se abrir para uma teoria da sociedade, portanto racional, defendia seu afastamento da ideia de bem jurídico que,

¹¹⁸ PRADO, 2009, p. 32.

¹¹⁹ COELHO, 2003, p. 56.

¹²⁰ SOUZA, 2004, p. 67. É, ainda, Sporleder de Souza quem afirma, à página 69 do mesmo livro: “[...] o conceito de bem jurídico não pode ser confundido com o fim da norma. Fim e objeto são categorias logicamente distintas, embora não haja escopo sem objeto e seja o ‘método do fim’ um importante critério para a identificação do objeto de tutela que, outrossim, como categoria, com o influxo das teorias metodológicas, afirma-se claramente distinto do objeto da ação (ou objeto material). Com esta transformação teórica ocorrida toma-se consciência da eminente significação do bem jurídico para a interpretação dos tipos penais. Adotado, porém, como conceito puramente formal, o bem jurídico não é idôneo para legitimar a atividade legislativa restando, assim, desprovido de conteúdo crítico para limitar o poder punitivo”.

¹²¹ Como lembra Sporleder de Souza, “a ideia funcionalista tem sua origem no funcionalismo sociológico de DURKHEIM nos anos trinta do século XIX. Em linhas gerais, as modernas teorias sistêmico-funcionais entendem que cada sistema social configura-se pelas instituições que o conformam (subsistemas) e estas se regulam por normas e valorações institucionalizadas. Sendo o direito penal considerado, portanto, um subsistema (jurídico) do sistema social, cabe ao mesmo proteger a estrutura e a manutenção do sistema social como tal. (SOUZA, *Ibid.*, p. 105)

para ele, “privilegiaria um direito penal de carácter irracional e sem nenhum controle de carácter sociológico”¹²².

Nas palavras do próprio Amelung:

Enquanto a doutrina iluminista da danosidade social se orienta para uma reflexão, em última instância sociológica, sobre as condições da convivência humana, a doutrina da protecção de bens jurídicos rompe de forma decisionística com tal reflexão. O decisivo para a constituição do bem jurídico é um momento volitivo. Os bens jurídicos nascem de um acto de valoração cujo objecto é estabelecido pelo legislador (...). Ora, se os bens jurídicos dimanam de uma decisão de valor do legislador, então a legitimação do direito penal a partir da protecção de bens jurídicos mais não significa do que a legitimação do direito penal por ele próprio.¹²³

Lançando pesada crítica sobre a validade do bem jurídico como legitimador da atuação penal, Amelung reforça a tese de Birnbaum do legislador como aquele que atribui valor a determinados bens, erigindo-os à categoria de penalmente tuteláveis. Em sendo assim, a referência a bem jurídico não se pautaria em critérios sociológicos, servindo apenas como instrumento de legitimação do Direito Penal por si mesmo. Em lugar de girar em torno da protecção de bens jurídicos, propõe que o Direito Penal se oriente pela ideia de *danosidade social*, por ele assim definida:

Socialmente danoso é, neste sentido, uma manifestação de disfuncionalidade, um fenómeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção. Tais fenómenos sociais podem revestir as formas mais diversificadas (...). O crime é apenas uma forma especial dos fenómenos disfuncionais e, em geral, raramente o mais perigoso. O crime é disfuncional enquanto violação de uma norma institucionalizada (*deviance*), indispensável para a solução dos problemas de subsistência da sociedade (...). O seu perigo reside fundamentalmente no facto de impedir a solução dos problemas do sistema, já que põe em questão a vigência de normas que podem contribuir de alguma forma para esta tarefa. A função do direito penal, como mecanismo de controlo social e, assim, a de contrariar o crime.¹²⁴

Ao vincular a danosidade social às normas institucionalizadas, Amelung termina por não oferecer qualquer substrato material que lhe empreste sentido e sirva como limite ao *jus puniendi* estatal. Isto porque, se a disfuncionalidade do

¹²² COELHO, 2003, p. 66.

¹²³ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 49. Apud COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...*, p. 96.

¹²⁴ AMELUNG, *Apud* COSTA ANDRADE, 1991, p. 97.

crime consiste na pura violação da norma institucional, tudo o que se encontrar institucionalizado, independentemente do seu democrático ou totalitário, merecerá uma persecução legítima pelo Direito Penal.

Bem pontua, a esse respeito, Yuri Carneiro Coelho:

Em virtude da fragilidade do conceito de danosidade social, procura [Amelung], como forma de lhe dar suporte dentro do sistema, abarcar o conceito de bem jurídico como elemento a definir o objeto que a norma protegeria, o que equivaleria a transformar o direito positivo no instrumento de definição central dos objetos a serem tutelados penalmente.¹²⁵

Assim, o bem jurídico termina por desempenhar o papel de “entrepósito necessário à operatividade do princípio da *danosidade social* e, simultaneamente, a instância de intervenção do legislador, conformadora do sentido definitivo da tutela a prosseguir com a norma”¹²⁶. Logo, sua tentativa de superação da noção de bem jurídico terminou por esbarrar no reconhecimento da sua necessária utilização para “confortar e justificar a definição do que poderia ser considerado como *socialmente danoso*”¹²⁷. Na verdade, a essência do bem jurídico seria a *danosidade social*, enquanto ainda se trabalharia com o bem jurídico como o elemento protegido pela norma, como relevância social.

Em seu esforço caracterizador, Mir Puig afirma que não é suficiente que um bem seja juridicamente relevante para ser erigido à categoria de bem jurídico-penal. É necessário, por outro lado: que se tenha um “conceito político-criminal de bem jurídico”, que facilite sua distinção dos valores puramente morais e marque bem os limites existentes entre Moral e Direito; que sejam retirados da esfera social e representem condições de funcionamento dos sistemas sociais e não apenas valores culturais, como pretendido pelos neokantianos, e; que, além de sua repercussão social, é necessário que signifique reais possibilidades para cada indivíduo¹²⁸.

Na busca dos fundamentos sociais de sua concepção de bem jurídico, Mir Puig questiona se caberia encontrar, na Constituição, o seu substrato. Primeiramente, aduz que o papel primordial da Constituição não é a regulação de

¹²⁵ COELHO, 2003, p. 69.

¹²⁶ SOUZA, 2004, p. 107.

¹²⁷ Id., Ibid., p. 108.

¹²⁸ MIR PUIG, S. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático*. Barcelona: Editora Ariel, 1994, p. 161.

comportamentos dos cidadãos, e sim estabelecer as linhas fundamentais para o exercício do poder político¹²⁹. Em seguida, lembra que a proteção dos direitos fundamentais supõe sua proteção contra qualquer vulneração, e que essa proteção implica na lesão de direitos do condenado, reclamando uma ponderação de interesses não expressamente prevista na Constituição¹³⁰. Por último, o reconhecimento constitucional de um bem não dispensaria um juízo de proporcionalidade, não se devendo protegê-lo penalmente de todo e qualquer ataque¹³¹.

O que importa para Mir Puig é a dimensão social do bem jurídico, enquanto garantia do indivíduo, cabendo ao Direito Penal a proteção dos sistemas sociais¹³². Assim, é necessário que um bem, para ser protegido penalmente, se revista de suficiente valor social e que outros meios não sejam bastantes para protegê-lo¹³³. Dito de outra forma: bem jurídico é sinônimo de valor social.

Hassemer e Muñoz Conde, por sua vez, pensam o bem jurídico como consequência e objeto de um processo de elaboração social. Segundo afirmam:

Os bens não são produto de processos naturais, mas do acordo social baseado na experiência. Valores como matrimônio monogâmico, propriedade, liberdade, honra e saúde não só são relativos, tanto desde o ponto de vista histórico e geográfico, como também desde um ponto de vista econômico e cultural. Gráficamente se pode dizer que “os bens jurídicos não existem, mas são produzidos”¹³⁴.

Em tal configuração, o bem jurídico desempenha um papel político-criminal, na medida em que leva em consideração a avaliação social dos bens jurídicos afetados, refletindo a consciência cultural¹³⁵ da sociedade de cada época

¹²⁹ MIR PUIG, 1994, p. 163.

¹³⁰ Id., *ibid.*, p. 163-164.

¹³¹ Id., *ibid.*, p. 164.

¹³² PRADO, 2009, p. 34.

¹³³ MIR PUIG, 1994, p. 166.

¹³⁴ *Ipsis litteris*: “Los bienes no son producto de procesos naturales, sino del acuerdo social basado en la experiencia. Valores tales como el matrimonio monogámico, la propiedad, la libertad, el honor o la salud no sólo son relativos, tanto desde el punto de vista histórico, como geográfico, sino también desde el punto de vista económico y cultural. Gráficamente se puede decir que los “bienes no existen, sino que son producidos”. (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 111).

¹³⁵ “Para Hassemer, o que importa não é a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas a valoração subjetiva, com as variantes dos contextos social e cultural. Formula-se uma doutrina realista do bem jurídico, ancorada em diretrizes político-criminais de ordem racional (política criminal funcionalisticamente racional). As teorias sociológicas são por ele classificadas conforme cumpram uma função crítica ou sistemática. As primeiras situam a noção de bem jurídico além do Direito

que, através de “acordos sociais normativos”, determinam “qual o valor de um determinado bem jurídico e o ato de legislar significa a concreção de dito acordo”¹³⁶. Mais uma vez, vê-se a identificação do bem jurídico com os valores sociais presentes em cada contexto.

As teorias sociológicas costumam ser severamente criticadas, tendo em vista que, para Silveira, “não chegaram a formular um conceito material de bem jurídico capaz de bem delinear e explicitar o que vem a ser lesionado com uma conduta delituosa”. Além disso, não lograram “responder, de modo convincente, por que uma dada sociedade vem a criminalizar determinados comportamentos e outros não”¹³⁷.

Além das teorias de fundo sociológico, não se pode olvidar as chamadas Teorias Constitucionais do bem jurídico, que “procuram formular critérios capazes de se impor de modo necessário ao legislador ordinário, limitando-o no momento de criar o ilícito penal”¹³⁸. Neste passo, é na Constituição que se devem buscar, não apenas os bens jurídicos, mas o seu próprio conceito, para que possam cumprir sua função de diretrizes político-criminais a nortear o trabalho do legislador.

Tais teorias costumam ser divididas em Teorias Constitucionais de Caráter Geral, por terem a Constituição como referência apenas de um modo genérico, “privilegiando a incidência da forma de Estado constitucionalmente estabelecida e dos princípios que o regem quando da construção do sistema penal”¹³⁹, e em Teorias de Fundamento Constitucional Estrito¹⁴⁰, porque impõem maior limite à atividade legiferante, na medida em que o legislador “só poderá criminalizar condutas que violem bens com suporte em valores constitucionais, considerados fundamentais a convivência em comunidade”¹⁴¹.

Um primeiro nome a ser lembrado é o de Claus Roxin. Adepto das teorias de caráter geral, Roxin afirma que o mais correto é reconhecer que a única restrição

Penal, transcendem o sistema. De outro lado, as sistemáticas reduzem-no a uma criação do legislador e são, por isso, imanentes ao sistema”. (PRADO, 2009, p. 34)

¹³⁶ SOUZA, 2004, p. 76-77.

¹³⁷ SILVEIRA, Renato de M. J. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 50.

¹³⁸ SOUZA, 2004, p. 52.

¹³⁹ COELHO, 2003, p. 77.

¹⁴⁰ “De outro passo, as teorias constitucionais estritas, representadas por F. Bricola, E. Musco, F. Angionini, J. J. González Rus e E. Gregori, orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional”. (PRADO, 2009, p. 54)

¹⁴¹ COELHO, 2003, p. 77-79.

previamente estabelecida ao legislador devem ser os princípios constitucionais¹⁴². Tendo a constituição como referência, Roxin vai mais além, apresentando um conceito de bem jurídico conforme as seguintes palavras:

[...] os **bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento, no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.**¹⁴³ (grifo do original)

Com tal concepção, Roxin pretende alcançar não apenas estados anteriormente dados pelo Direito, como também o dever de cumprimento de normas criadas por ele mesmo. Buscando na Constituição o substrato material do seu conceito, Roxin termina por apresentar “uma concepção de bem jurídico dentro do marco das finalidades e dos valores constitucionais” que, não sendo estática, “está aberta às transformações sociais e aos progressos do conhecimento científico”¹⁴⁴. Vale ressaltar, ainda, a ênfase empresada à função de garantir o indivíduo e o seu livre desenvolvimento que possui o bem jurídico, ideia que irá reforçar alguns posicionamentos de Roxin, sobretudo no que toca à validade do consentimento como causa excludente da tipicidade, como se verá mais à frente.

Trilhando o mesmo caminho, Prado lembra que Rudolphi propõe que “os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores”¹⁴⁵.

Surgindo como critério de uma interpretação teleológica, o bem jurídico em Rudolphi é deduzido das “prescrições jurídicas prévias à legislação penal”, e uma tal vinculação oferece não apenas um critério material para o legislador, como também fixa uma diretriz para a interpretação e crítica das normas penais existentes¹⁴⁶.

Analisando o pensamento de Rudolphi, Contreras afirma:

¹⁴² ROXIN, 1997, p. 55.

¹⁴³ *Ipsis l tteris*: “[...] los **bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.**” (Id., *Ibid.*, p. 56)

¹⁴⁴ SOUZA, 2004, p. 81.

¹⁴⁵ PRADO, 2009, p. 53.

¹⁴⁶ SOUZA, 2004, p. 73.

Rudolphi, ao definir o conceito de bem jurídico, reduz essas unidades sociais de função aos elementos que permitem o desenvolvimento da vida sobre a base dos princípios de liberdade e responsabilidade individual. Deste modo, aquelas unidades prescritas na Constituição, de cujo apoio este autor se serve para 'romper os critérios considerados como insuperáveis entre as funções sistemática, dogmática e função crítica do bem jurídico', são aquelas imprescindíveis para o desenvolvimento da vida comunitária.¹⁴⁷

Em sua perspectiva crítica, Contreras, ao tratar do bem jurídico penal como valor-Constituição, levanta algumas consequências decorrentes desse critério de limitação e que, segundo o seu pensamento, são pontos vulneráveis de tal teorização. Primeiramente, aduz que ter a Constituição como referência conduz a uma “dupla valoração” do conceito de bem jurídico, na medida em que cria uma diferenciação entre os bens que contribuem para o desenvolvimento individual e aqueles que se destinam ao bem-estar geral, sendo aquele um valor condicionante deste¹⁴⁸.

Em seguida, Contreras lembra que tal opção não é capaz de promover a estrita separação entre Direito Penal e Moral. Em sua opinião, “o desenvolvimento efetivo dos princípios fundamentais reconhecidos na Constituição não necessariamente permite a exclusão de valores morais por seu caráter não essencial”¹⁴⁹, sobretudo em função da falta de concretude e pela indeterminação dos valores constitucionais, o que contribui para a proteção penal de valores morais.

Por derradeiro, o autor afirma que a Constituição não oferece garantia de uma “segurança mínima necessária”, haja vista que a consagração da liberdade individual como determinante dos valores a serem protegidos não obsta uma tendência divinizadora da Lei Fundamental. Tal processo se reflete na “confusão

¹⁴⁷ *Ipsis verbis*: “Al definir RUDOLPHI el concepto de bien jurídico, reduce esas unidades sociales de función a los elementos que permiten el desarrollo de la vida sobre la base de los principios de libertad y responsabilidad individual. De este modo, aquellas unidades prescritas en la Constitución, cuyo apoyo en opinión de este autor sirve para ‘romper los criterios retenidos como insuperables entre las funciones sistemática, dogmática y función crítica del bien jurídico’, son aquellos imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria”. (CONTRERAS, Guillermo P. “La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa Del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales”. In MARTÍN, Adán N.; NEUMAN, Ulfrid; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Crítica y justificación del der echo penal en el cambio del siglo*. Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 100.)

¹⁴⁸ CONTRERAS, 2003, p. 101.

¹⁴⁹ “[...]el desarrollo efectivo de los principios fundamentales reconocidos en la Constitución no necesariamente permite la exclusión de valores morales por su carácter no esencial, sino que, además, y debido a la falta de concreción y la indeterminación de aquellos conceptos, es factible la protección penal de los mismos.” (CONTRERAS, 2003, p. 101),

frequente entre direitos fundamentais e bens jurídicos no reconhecimento da existência de valores implícitos ou conexos aos constitucionalmente descritos e no fato de a graduação da pena depender da intensidade da lesão”¹⁵⁰. Por isso, talvez a Constituição deva apresentar um “mínimo protetivo”, e não uma limitação máxima à caracterização dos valores a serem protegidos.

Jakobs também segue por um viés crítico da ideia de bem jurídico. Propõe substituí-lo pela *danosidade social*, haja vista que o que se deve esperar do Direito Penal, em sua opinião, é a estabilização das expectativas sociais, e sua aplicação deve contribuir para a restauração da confiança na vigência da norma. Em sua crítica à ideia de proteção de bens jurídicos, o autor pôde afirmar que:

[...] não cabe prescindir do filtro da *danosidade social*, e as normas que passam por esse filtro em parte são normas protetoras de bens jurídicos, em parte normas para a criação de bens jurídicos (delitos especiais e delitos de mão própria) e em parte normas para proteger a paz jurídica. O importante é que a punibilidade se oriente não ao que é *desvalioso de per se*, mas sempre à *danosidade social*.¹⁵¹

Assim, Jakobs busca justificar a disfuncionalidade do crime não pela afetação a um bem jurídico-penal, cuja necessidade para ele está descartada, e sim porque a ocorrência do crime põe em xeque a confiança institucional do sistema, que está representado pelas normas jurídico penais¹⁵².

3.2 A VIDA COMO BEM JURÍDICO (IN)DISPONÍVEL

Após o levantamento histórico sobre a evolução da ideia e do conceito de bem jurídico, é preciso discutir sobre de que forma o consentimento do ofendido pode relativizar a indisponibilidade do bem jurídico vida quando da participação de terceiro na morte de outrem.

¹⁵⁰ “[...]confusión frecuente entre derechos fundamentales y bienes jurídicos, en el reconocimiento de la existencia de valores implícitos o conexos a los constitucionalmente descritos, y en el echo de hacer depender la graduación de la pena de la intensidad de la lesión.” (CONTRERAS, 2003, p. 102),

¹⁵¹ “[...] no cabe prescindir del filtro de la *dañosidade social*, y las normas que pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas de la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica. Lo importante es que la punibilidad se oriente no a lo *disvalioso per se*, sino siempre a la *dañosidade social*.” (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 58)

¹⁵² SOUZA, 2004, p. 110.

Considerando-se a diversidade de visão e percepção do que é e a que se presta o bem jurídico, é possível lembrar o conceito firmado por Luiz Regis Prado, em obra que permanece referência sobre o assunto. Assim, segundo Prado¹⁵³:

[...] o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido.

Prado associa à ideia de bem jurídico a noção de valor ou dado social. Pensá-lo como valor se aproxima mais das concepções atuais, haja vista que mesmo a ideia de “dado social” não prescinde de uma valoração.

Afirma, ainda, que os bens jurídicos existem para garantir a coexistência e o desenvolvimento de cada indivíduo em sociedade. Sob esse fundamento, os bens que recebem ou merecem a proteção da norma penal são, em sua visão, aqueles entendidos como indispensáveis para o livre desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, servindo para a realização de seus próprios fins, como proposto por Roxin.

Esse processo de “haurir do contexto social” os bens individuais ou metaindividualmente tidos como essenciais não dispensa um juízo de valor. Pode-se mesmo dizer que determinado bem somente atinge o *status* de jurídico-penalmente protegido conforme receba conteúdo axiológico suficiente para ser erigido como de vital importância para a “coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade”.

Com esse mesmo olhar voltado para o homem e para o seu livre desenvolvimento como ponto fulcral do bem jurídico, Muñoz Conde assevera que “bens jurídicos são aqueles pressupostos de que a pessoa necessita para a autorrealização na vida em sociedade”¹⁵⁴.

Muñoz Conde ressalta, com tal conceito, que a determinação dos bens jurídicos que requerem proteção penal supõe um processo de valoração, condicionada historicamente pela necessidade de identificação dos valores que, em cada época, são objeto dos interesses e refletem as concepções morais dominantes

¹⁵³ PRADO, 2009, p. 44.

¹⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Montevideo: Júlio Cesar Faira, 1975, p. 90-91.

em dada sociedade, levando o legislador à sua proteção por meio da incriminação de certos comportamentos¹⁵⁵.

Entretanto, lembra o autor que o conceito de bem jurídico sofre uma perversão de sentido, conforme suas palavras, por ser utilizado como instrumento de proteção “dos interesses do grupo ou classes dominantes que não têm um valor fundamental para os demais membros da comunidade”¹⁵⁶. Assim, a elevação, à categoria de valores respeitáveis (ou que se deve respeitar), de vantagens e interesses de poucos em detrimento de uma grande maioria é uma forma de manutenção do *status quo* de certos grupos, transformando o direito penal em puro instrumento de poder e de dominação.

Por essa razão, não se pode perder de vista que o bem jurídico, enquanto expressão de valores, revela os valores sociais ou, antes, os valores humanos para garantir a boa relação e o livre desenvolvimento social de cada indivíduo. É em função desse caráter, ao mesmo tempo axiológico, social e político, que a proteção de bens jurídicos permanece sendo apresentada como condição indispensável de realização do indivíduo na convivência com os outros, embora sirva, na prática, para garantir o avanço social conforme os objetivos do Estado e a paz social.

Reconhecer, porém, que os bens jurídico-penalmente tutelados são indispensáveis não é o mesmo que afirmá-los indisponíveis. E mesmo essa noção de indispensabilidade pode ser questionada. Considerando-se que a atribuição de valor a um determinado bem é o que o torna tutelável penalmente, e se se considera que os valores “socialmente superiores” são criados, mantidos e “vendidos” pelos poderosos através de um bem urdido discurso de legitimação, não será difícil perceber que tal indispensabilidade também se presta a fins escusos, na medida em que espelha o que é indispensável para garantir a prevalência da minoria dominante sobre a maioria vulnerável.

De fato, no mundo capitalista da atualidade, a tutela do patrimônio, por exemplo, é *conditio sine qua non* da vida em sociedade. Mesmo que construída e mantida sob o manto do discurso falacioso do atendimento de sua função social, a propriedade é um bem jurídico de tal relevância, nessas sociedades, que merece da lei penal uma série de disposições protetivas. Entretanto, assim o é pelo que

¹⁵⁵ MUÑOZ CONDE, 1975, p. 92.

¹⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 92.

representa para os donos do poder, aqueles que dela verdadeiramente se beneficiam, haja vista constituir-se em possibilidade de poucos.

Nessa perspectiva, a propriedade é elevada à condição de bem indispensável. Perceba-se, contudo, que mesmo em uma perspectiva capitalista e sob o apanágio do poder, a propriedade não é considerada um bem jurídico-penal indisponível, autorizando-se que o consentimento do seu titular, seja com o afastamento da tipicidade, seja com a exclusão da ilicitude, legitime a conduta de quem atente contra interesses patrimoniais.

A condição de indispensável e a de indisponível está vinculada aos valores sociais, historicamente construídos e orientados para a preservação, de algum modo, dos mecanismos de poder. Dentro deste panorama, o legislador elege valores tidos como fundamentais e os materializa em determinados bens, considerados indisponíveis, ao lado de outros cuja disponibilidade é entregue ao seu titular.

Assim, é possível reconhecer, por um lado, bens cuja disposição está condicionada ao livre alvedrio do seu titular e, por outro, aqueles a que a lei e o Estado marcam como indisponíveis, não cabendo ao seu titular a livre disposição. A grande dificuldade reside em estabelecer critérios que permitam determinar quais os bens disponíveis e quais os indisponíveis, fixando-se ainda, para os primeiros, o seu âmbito de disponibilidade.

Um dos critérios, vastamente empregado, consiste em levar-se em conta a “utilidade social do bem”, como lembra Pierangeli. “Quando este não se reveste de uma imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade do seu uso e gozo, este é disponível; contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem é indisponível”¹⁵⁷. Assim, a opção do Estado em entregar ao particular a exclusividade no uso e gozo do bem o marcaria como disponível, o mesmo não acontecendo quando reconhece-se-lhe uma utilidade social imediata.

Outra tentativa busca fixar a disponibilidade do bem em um critério processual, tomando como referência a natureza da ação penal cabível para cada crime:

Uma vez estabelecido que o crime é perseguível mediante ação penal pública incondicionada, forma-se uma presunção sobre ser o

¹⁵⁷ PIERANGELI, 2001, p. 119.

bem atingido indisponível, e, inversamente, se ação penal a ser proposta é de iniciativa privada, é de se presumir tratar-se de bem disponível¹⁵⁸.

O legislador, nesse caso, é que decidiria sobre a disponibilidade do bem ao estabelecer a ação penal cabível para cada caso: se pública incondicionada, o bem será indisponível; se privada, disponível.

Pierangeli, que trata desses critérios em sua obra sobre o consentimento do ofendido, promove uma acertada crítica, que merece transcrição por sua precisa clareza:

Um aprofundamento no exame desses dois pontos nos permite concluir pela falibilidade desse critério, do qual resulta apenas uma presunção *juris tantum* e não de uma presunção *juris et de jure*. Ainda quando a persecução se faz mediante queixa-crime ou querela, não se é de concluir pela disponibilidade do bem jurídico, pois, malgrado a ressonância social do dano, o Estado, muitas vezes renuncia à ação penal pública para resguardar interesses do particular, quando a publicidade do processo pode redundar em irreparável prejuízo para o titular do bem jurídico. O mesmo fenômeno se observa quanto à ação penal pública condicionada, e privada subsidiária, pois, aqui como lá, o critério a ser seguido é o da oportunidade. Não será, pois, exagero algum concluir-se que o consentimento pode assumir a sua função discriminante ainda quando o delito venha a ser perseguido mediante ação penal pública incondicionada¹⁵⁹.

O autor afirma que os critérios não são suficientes para resolver a questão. No que toca à natureza da ação penal, dois exemplos podem ser lembrados: os crimes de estupro e de furto. Enquanto naquele a ofensa à liberdade sexual é perseguida mediante ação penal pública condicionada a representação, embora devesse sê-lo incondicionada, por uma questão meramente de política criminal, este é objeto de ação penal pública incondicionada, o que não afasta a função discriminante do consentimento do ofendido, quando se apresente.

Em ambos os casos, percebem-se argumentos de política criminal justificando a opção do legislador: quanto aos crimes contra o patrimônio, pela necessidade de sua tutela como reflexo da necessidade de preservação do *status quo* daqueles que detém o poder sócio-econômico; no caso do estupro, a entrega à vítima do direito de refletir sobre se prefere enfrentar uma ação judicial para a devida responsabilização

¹⁵⁸ PIERANGELI, 2001, p. 119.

¹⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 119-120.

do infrator, ou se deseja evitar um processo doloroso e sua reabilitação, face ao *strepitus delicti*.

No que respeita, mais particularmente, a esta pesquisa, que está focada em algumas formas de participação na morte de outrem, e apesar das dificuldades que apresenta, a legislação penal brasileira não possui qualquer dispositivo do qual se possa inferir que a vida seja um bem passível de disposição. Ao contrário, o Código Penal brasileiro inaugura a sua parte especial com a disciplina dos crimes contra a vida e, na sequência, do crime de lesões corporais, em suas variadas modalidades, revelando a subida importância que os bens vida e a integridade corporal possuem na ordem interna. Tal importância, porém, não significa que há um direito absoluto à vida, cuja eliminação pode ser legitimada mesmo no direito penal brasileiro.

Assim é, por exemplo, na previsão de pena de morte em tempo de guerra declarada, conforme preceitua o art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁶⁰. Neste caso, não há tão somente um permissivo legal que autoriza alguém a investir contra a vida de outro, mas verdadeira autorização do poder constituinte original para que, em tais circunstâncias, o legislador não encontre empecilho para o apenamento capital.

Também nas excludentes de ilicitude, sobretudo no estado de necessidade e na legítima defesa, encontra-se uma flexibilização do direito absoluto à vida. No primeiro caso, porque a ponderação de interesses e a não exigência de atos de heroísmo permitem que um dado sujeito sacrifique a vida de outrem para salvar a sua própria. Já no segundo, a atualidade ou a iminência de uma agressão injusta e não provocada pelo sujeito garante-lhe o direito de investir contra o outro para salvaguardar sua integridade. Em todo caso, o que investe contra a vida alheia tem seu comportamento justificado e legitimado por uma atuação conforme os ditames legais.

Tanto na hipótese das excludentes de ilicitude, quanto no caso da pena de morte em tempo de guerra, têm-se possibilidades em que a ilicitude desaparece por fato de terceiro ou a conduta é atípica pela sua legalidade, respectivamente. São possibilidades consolidadas na lei, na doutrina e na jurisprudência. A questão é mais problemática quando se trata de colocar um bem jurídico indisponível diante do seu

¹⁶⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov.12.

titular e de reconhecer, ou admitir, que sua vontade possa flexibilizar essa indisponibilidade.

É cediço na doutrina pátria que a vida é um bem indisponível; reconhece-se que, embora a norma penal tenha em vista a exclusiva proteção de bens jurídicos, não se admite a existência de um crime sem sua tutela¹⁶¹. Entretanto, quando já se compreende que o discurso legitimante dos bens jurídicos como garantia da realização do próprio homem em sociedade é um discurso de poder, pois esconde, no fundo, que esses bens existem para garantir a “ordem” e a paz social, vale a pena questionar que razões fazem manter a vida como bem inatingível.

Historicamente, a sacralização da vida foi herdada da religião. Durante muito tempo, o Catolicismo, como religião oficial, imprimiu seus valores morais na consciência popular, ensinando ser, a vida, um valor divino, outorgado por Deus, não cabendo ao homem decidir sobre o seu começo ou o seu fim. Há pouco mais de um século, o Brasil passou a ser um Estado laico, mas nem por isso esse valor “vida como bem inatingível” parece ter perdido a sua força, ganhando ressignificações e se incorporando aos valores sociais dos tempos atuais, que ainda resistem à relativização dessa intangibilidade.

Paulo Queiroz, apresentando exemplos relativos ao bem jurídico integridade física, põe em xeque não apenas a relativização da indisponibilidade de certos bens jurídicos, mas a própria ideia de indisponibilidade. São suas as seguintes palavras:

É de convir, porém, que rigorosamente falando não existem bens jurídicos indisponíveis ou pelo menos a indisponibilidade não é absoluta, porque absoluto nenhum direito é. Em verdade, o que há são graus diversos de disponibilidade, maior ou menor, pois, v. g., a integridade física, a liberdade e a própria vida comportam relativização, a depender do contexto e dos interesses em jogo. Assim, em princípio é perfeitamente válido o consentimento quanto a lesões leves entre sadomasoquistas, a esterilização (laqueadura), a extração de órgãos para transplante, a mudança de sexo etc., não respondendo os autores de tais lesões-intervenções (consentidas) jurídico-penalmente, exceto se o consentimento partir de agente incapaz ou se houver vício do consentimento (coação, erro etc.)¹⁶².

Para Queiroz, nenhum direito seria absoluto, nem mesmo a vida seria marcada com total indisponibilidade. Segundo aduz, existem “graus diversos de disponibilidade”, que devem ser aferidos em cada caso concreto e, porque não dizer,

¹⁶¹ PIERANGELI, 2001, p. 110.

¹⁶² QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 280.

em relação a cada bem jurídico especificamente considerado. No que toca à vida, Queiroz ainda lembra que sua supressão é admitida em alguns casos extremos, como no aborto chamado humanitário (resultante de estupro) ou terapêutico (quando há risco para a vida da gestante), para também dizer que não pode ser considerada, *a priori*, um bem absolutamente indisponível.

A eutanásia pode ser apontada como um dos pontos mais interessantes de reflexão sobre consentimento *versus* indisponibilidade do bem jurídico vida. Tratando-se de situação extrema, em que o indivíduo padece de dor intensa e irremediável ou é vítima de doença incurável, põe-se em relevo a indisponibilidade da vida confrontada com outro valor, já muito discutido, qual seja, sua dignidade e a possibilidade de uma existência capaz e autônoma.

Essa discussão será travada, de forma mais ampla, no último capítulo deste trabalho. Entretanto, é válido dizer que mesmo a ideia de dignidade não comporta um entendimento unívoco, sendo que o preenchimento do seu significado pode variar de cultura para cultura, bem como de indivíduo para indivíduo.

Em seu esforço conceitual, Sebastián Borges de Albuquerque Mello aduz que:

A expressão *dignidade* corresponde a uma categoria objetiva de um ser que demanda, perante si mesmo e perante os outros, estima, custódia e realização. Com efeito, a palavra dignidade tem como significado “*qualidade de digno*”. Tem suas origens no adjetivo latino *dignus*, que pode ser traduzido como “*valioso*”. Assim a dignidade atribui o predicado valioso a um ente no caso, o ser humano. Trata-se de uma ideia que valoriza o ser humano, considerado como especial apenas pelo fato de pertencer à espécie humana.¹⁶³

O conceito apresentado restringe a ideia de dignidade como “qualidade de digno”, como o que atribui “o predicado de valioso” ao ser humano. Contudo, pela diversidade de contextos, não especifica o que vem a ser esse “valioso”, por não existir, sobre isso, uma proposição absoluta. Refere o autor que a dignidade “valoriza o ser humano” e, talvez, seja mais adequado dizer que “valora”, ou seja, lhe reconhece valor e, ao mesmo tempo, identifica-o como sujeito de valor, capaz de autorreferência, autocrítica e, em boa medida, de autonomia.

¹⁶³ MELLO, Sebastián B. de A. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 20.

Assim, o único consenso formado em torno do que é dignidade humana “reside no valor essencial do homem, na outorga de excelência à condição humana”¹⁶⁴, mas não se consegue universalizar diretrizes, válidas para qualquer indivíduo em qualquer contexto sócio-cultural, político e axiológico. Pretender que se reconheça a relativização da vida em situações extremas como a eutanásia, sob o argumento do respeito à dignidade humana, esbarra nessa imprecisão conceitual e na própria diversidade humana, que tende a vivenciar as múltiplas experiências da vida de forma peculiar.

Também não parece claro que o consentimento do que padece seja hábil para determinar a disponibilidade de sua vida. A situação extrema pode de tal modo afetar sua capacidade de compreensão, que lhe falte o juízo pleno sobre as consequências da morte consentida. Da mesma forma, a influência ou mesmo o domínio da forte emoção gerada pelos abalos físicos e psíquicos pode afetar a capacidade de compreensão e de discernimento daquele que consente, comprometendo sua livre autodeterminação. Por isso, em situações assim, quase sempre é necessário defender o que consente e deseja a morte não tanto do terceiro que possa cumprir com sua vontade, mas dele mesmo.

A relativização da vida como bem jurídico penalmente relevante, todavia, parece ser consequência inevitável dos dias atuais. O questionamento da sua validade, em termos absolutos, bem como a busca pela valorização da liberdade pessoal frente aos eventos da vida e da própria vida têm contribuído para que se pugne pelo repensar o caráter indisponível desse bem.

Maria Auxiliadora Minahim situa o problema nos seguintes termos:

Ao princípio da intangibilidade da vida (como valor sagrado, numa perspectiva humanística ou teológica), tem-se contraposto o da liberdade de construí-la de maneira que pareça satisfatória ao indivíduo, de forma que, não suportando mais a existência, a pessoa pode livremente decidir sobre seu fim¹⁶⁵.

Embora se reconheça a emergência de novos valores na sociedade contemporânea, como o da liberdade de escolha e a dignidade da pessoa humana¹⁶⁶, não se crê possível a relativização do bem jurídico vida a ponto de, por

¹⁶⁴ MELLO, 2010, p. 21.

¹⁶⁵ MINAHIM, Maria A. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005, p. 187-188.

¹⁶⁶ Id., *Ibid.*, p. 212.

exemplo, não se criminalizar os casos de auxílio a suicídio, sob o fundamento do seu caráter acessório a um comportamento principal lícito, ou os casos de homicídio a pedido e eutanásia, sob a alegação de que os bens jurídicos, existindo para garantir o livre desenvolvimento dos indivíduos, também a vida estaria envolta por esse manto supremo da autonomia, deixando de possuir uma expressão coletiva e um sentido social.

A vida de alguém não é, apenas, expressão da realidade de um único sujeito, mas possui significação social. Não existe autossuficiência absoluta: todos dependem de todos. Desde o frentista até o Presidente da República, vive-se um processo universal de interdependência, que a todos amalgama e vincula, inexoravelmente, em um fenômeno de repercussões infinitas.

Sendo, o ser humano, um animal gregário, como quer a doutrina aristotélica, não se podendo viver isoladamente um do outro, é compreensível que se reconheça, à vida de cada um, um valor particular e um valor coletivo. Tal expressão coletiva, singularizada em normas jurídicas de tutela da vida, ainda constitui um valor, ao menos no Brasil, cujo reconhecimento fala em favor da vida e da sua proteção, mesmo contra atos do seu titular, quando este pretende, com seu consentimento, permitir que terceiros atentem contra si.

Entende-se, portanto, que a vida não é somente um valor que existe para garantir o livre desenvolvimento do ser humano, mas que lhe garante a própria condição humana, motivo pelo qual o seu consentimento não é suficiente para autorizar que outrem, de forma legítima, atente contra ela, determinando o seu fim.

4 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NA MORTE DE OUTREM

Até o presente momento, a participação de terceiro na morte de outrem foi tratada a partir da análise de dois elementos que são indispensáveis para sua compreensão: o consentimento do ofendido, ou seja, daquele que deseja e busca a morte por mãos alheias, e a disponibilidade da vida em face desse mesmo consentimento ou, dito de outra forma, a força que esse consentimento pode exercer sobre a livre disposição (ou não) da vida e sobre a conduta de quem atende à vontade de quem consente.

Considerando que a vida, embora seja bem jurídico indisponível não é intocável, nem no ordenamento jurídico nacional nem no ordenamento jurídico de muitos países, deve-se considerar a hipótese de sua tangibilidade quando confrontada com o consentimento do titular, além de outros elementos sobre os quais se discorrerá nestas páginas.

Com esse fito, o presente capítulo se debruça sobre três formas de participação na morte de outrem e que, de ordinário, ou são tipificadas, já o foram ou ainda não encontram previsão expressa nas legislações penais de diversos países: induzimento, instigação e auxílio a suicídio; homicídio a pedido, e; eutanásia.

Pretende-se explicitar em que consiste cada uma das práticas, mostrando como são diferentes entre si e por quais critérios tais diferenças podem ser identificadas. Além disso, recorre-se às codificações estrangeiras, a fim de perceber como alguns países, a exemplo de Portugal e Espanha, tratam da matéria em seus ordenamentos penais. Adverte-se, de pronto, que não se pretende um estudo de direito comparado, mas simplesmente noticiar o tratamento dado em algumas legislações, aproveitando-lhe o necessário para a discussão deste trabalho. Na sequência, também se discute sobre a legislação brasileira a respeito dessas formas de participação de terceiro na morte de outrem, analisando-se o tratamento penal pátrio e seu acerto (ou não) ao abordar as situações apresentadas.

A adequada compreensão dessas formas de participação na morte de terceiro facilitará o debate sobre o impacto que consentimento do ofendido é capaz de produzir nesses comportamentos.

4.1 INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO E AUXÍLIO A SUICÍDIO

Derivada do latim, a palavra suicídio é formada pelo prefixo *sui*, que significa “de si mesmo”, e pelo sufixo *caedere*, que significa *matar*, representando a morte de si mesmo, a destruição intencional da própria vida¹⁶⁷.

Embora o *Codex Juris Canonis* o considere crime, punido com a privação de sepultura eclesiástica e equiparando-o ao homicídio¹⁶⁸, as legislações atuais não consideram crime o ato de matar-se, nem mesmo na forma tentada. Considera-se inconcebível estender qualquer punição àquele que se mata, seja pela impossibilidade mesma de sua aplicação, seja por questões de política criminal, seja mesmo, como sustenta Bittencourt, por questões utilitaristas¹⁶⁹.

No entanto, condutas relacionadas com a prática do suicídio ainda são mantidas no universo do ilícito penal. De um modo geral, as legislações têm tipificado o induzimento, a instigação ou o auxílio prestado a quem comete suicídio.

Entende-se por induzimento o comportamento do agente que faz nascer, no outro, a vontade de matar-se. É o ato em que “o sujeito ativo enseja a germinação, na vítima, do propósito de supressão da própria vida”¹⁷⁰.

Já na instigação, o agente reforça uma vontade suicida preexistente na vítima. “Aqui, o sujeito passivo já pensava em se suicidar, sendo tal propósito reforçado pelo agente”¹⁷¹.

Nessas duas modalidades, ocorre uma espécie de *participação moral*¹⁷², já que a atuação do sujeito ativo se volta única e exclusivamente para as funções psíquicas da vítima, seja criando e alimentando a ideação suicida, seja tão somente dando-lhe forma e realçando sua presença.

¹⁶⁷ PIERANGELI, José H. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 361)*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 47.

¹⁶⁸ MARQUES, José F. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. IV, p. 120.

¹⁶⁹ BITTENCOURT, Cezar R. *Manual de direito penal: parte especial*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113.

¹⁷⁰ PRADO, Luiz R. *Curso de direito penal brasileiro*. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 84.

¹⁷¹ CUNHA, Rogério S. *Direito penal: parte especial*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3, p. 36.

¹⁷² GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. Niterói: Impetus, 2008, p. 397.

Na modalidade de prestar auxílio, configura-se a *participação material*¹⁷³. Aqui, o agente fornece os meios físicos necessários com que a vítima dará cabo da própria existência. Na lição de Pierangeli:

[...] prestar auxílio para a prática de suicídio pressupõe uma cooperação material da parte do agente, que pode ser dada de forma principal ou acessória, exigindo-se, todavia, que o agente não participe de qualquer ato de execução, pois, nesta hipótese, haverá homicídio consentido, entre nós, punível.¹⁷⁴

Como visto, a prestação de auxílio engloba, tão somente, o fornecimento de meios materiais, sem participação direta na execução da conduta, caso em que haverá de se falar em homicídio.

Feitas estas breves notas introdutórias, convém avançar na abordagem deste item, investigando como se comportam as legislações estrangeiras e, também, a brasileira diante das condutas correlatas ao induzimento, à instigação e ao auxílio a suicídio.

4.1.1 Legislação estrangeira

Dentre as legislações estrangeiras que tratam do problema do consentimento com soluções peculiares, vale a pena destacar a legislação espanhola, a portuguesa e a alemã.

O Código Penal Espanhol disciplina, sob o título “Do homicídio e suas formas”, as chamadas “condutas de colaboração no suicídio” no artigo 143, itens de 1 a 4. Neste tópico interessam, especificamente, os itens 1 e 2, sendo que os demais serão analisados logo adiante. Eis a dicção do artigo 143, itens 1 e 2, do Código Penal Espanhol:

Artigo 143.

1. O que induza outro a suicídio será castigado com pena de prisão, de quatro a oito anos.

¹⁷³ GRECO, 2008, p. 397.

¹⁷⁴ PIERANGELI, 2007, p. 84.

2. Se impondrá pena de prisión, de dois a cinco años, ao que coopere com atos necessários ao suicídio de uma pessoa.¹⁷⁵

Inicialmente, importa considerar o tratamento diferenciado conferido pela legislação alienígena às hipóteses em estudo. Veja-se, a propósito, que as duas últimas figuras do artigo, os itens 3 e 4, que serão melhor tratados nos itens seguintes, são abarcadas pelo crime de homicídio no Brasil, restando apenas as duas primeiras para as hipóteses do art. 122 do Código Penal brasileiro.

Ao lado disso, percebe-se que o código espanhol não incluiu, nas hipóteses de cooperação em suicídio, a modalidade de instigação, que é o reforço da vontade de morrer já manifestada por um indivíduo. Considerou, o legislador espanhol, que o fato de somente potencializar um querer pré-existente não importa uma interferência significativa sobre o psiquismo alheio, a ponto de justificar a sua criminalização. Assim, quem somente instiga o terceiro a que pratique o ato extremo não responde por crime algum – trata-se de conduta atípica.

Observe-se também, nessas considerações preliminares, que as duas primeiras modalidades são apenas de forma diferente, obedecendo-se a um juízo de proporcionalidade sobre a gravidade e o alcance da conduta incriminada.

No item 1 do art. 143 do Código Penal Espanhol trata da conduta de quem induza a suicídio outra pessoa, estabelecendo pena de prisão de quatro a oito anos. Destaca-se desde logo, como já referido um pouco antes, que o legislador espanhol optou pela tipificação isolada da conduta de quem faz nascer, na mente alheia, a vontade de retirar a própria vida, levando a conduta a termo. “Não existe indução se estava já decidido a cometer suicídio”, adverte Muñoz Conde¹⁷⁶. De qualquer forma, ou a vontade não existe, ou é de natureza irrelevante, embora a conduta principal continue configurando uma participação em fato alheio, do suicida, que é quem decide, em última instância, se morrerá ou não.

Deve-se considerar, também, que o que se mata esteja no gozo de sua normalidade psíquica, ou seja, capaz de aquilatar a extensão de seu ato e nele operar de maneira livre e consciente; do contrário, poderá ser considerado como

¹⁷⁵ **Artículo 143.**– 1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años; 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona; (CÓDIGO PENAL ESPANHOL. Disponível em: <<http://pdf.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>>. Acesso em: 12 jun. 12).

¹⁷⁶ “No existe inducción si estaba ya decidido a quitarse la vida.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*. 15. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 66).

mero instrumento em mãos alheias e, nesse caso, descaracterizar o crime em questão para outra infração mais grave.

Não há qualquer diferença de pena específica para o fato de o suicídio se consumar ou não, o que também se nota nas demais modalidades descritas no artigo; valem, aqui, as regras da tentativa conforme o direito penal espanhol, considerando-se consumada a infração com a morte da vítima.

Há, contudo, um detalhe digno de nota: ao crime de indução ao suicídio é cominada uma pena mais severa do que a prevista pelo art. 122 do CPB: enquanto no Brasil a infração recebe pena de 02 (dois) a 06 (seis) anos caso a morte aconteça, no Código Penal Espanhol, a pena de prisão varia de 04 (quatro) a 08 (oito) anos. Há um acréscimo do dobro na pena mínima e de dois terços na pena máxima.

O legislador espanhol levou em consideração, na fixação das penas abstratamente cominadas, o fato de que na indução ao suicídio não há, por parte do agente, uma contribuição aderente a uma vontade pré-existente, e sim a criação de uma situação de fato, que leva a vítima a despertar para a vontade de morrer e, mais do que isso, a efetivar a morte. Mais grave é, portanto, a conduta de quem implanta a ideia suicida na mente de alguém do que a de quem simplesmente a reforça – conduta atípica – ou oferece recursos materiais para o ato extremado – como se verá adiante.

Assim, andou bem a lei espanhola, ao considerar com tamanha gravidade a ausência do consentimento prévio da vítima em receber a influência moral do agente. De fato, reveste-se de maior reprovabilidade social a conduta de quem faz brotar o móvel sinistro na mente alheia, merecendo mais severa reprimenda por ser imbuído, o agente, de maior culpabilidade.

No item 2 do art. 143, o Código Penal Espanhol criminaliza a conduta de quem coopera com atos necessários ao suicídio de uma pessoa. Diferentemente do crime anterior, nessa modalidade o agente não atua sobre a mente da vítima, despertando a vontade suicida, e sim no mundo objetivo, com uma colaboração material. Aqui, a vítima já está animada pelo desejo de morrer, pretendendo fazê-lo por si mesma, pelas próprias mãos, sendo que o agente integrará o contexto fático fornecendo os meios para que tal morte aconteça.

Os “atos necessários” a que alude a lei espanhola são aqueles imprescindíveis para o evento morte, ou seja, os meios com os quais a vítima

comete o suicídio e sem os quais o resultado não aconteceria. Assim, “deverá se entender, aqui, por ‘ato necessário’, um ato sem o qual o suicídio não chegaria a termo”¹⁷⁷. A título de exemplo, seriam atos necessários o fornecimento da corda ao suicida por enforcamento; o líquido corrosivo, ao que busca o envenenamento; a arma municiada ao que retira a própria vida com disparo de arma de fogo. Perceba-se que a conduta do autor deve se limitar ao fornecimento dos meios indispensáveis; caso ingresse na esfera de execução da morte, deixa de caracterizar a simples cooperação para configurar a cooperação executiva, que será analisada logo mais.

No tocante à pena, o legislador espanhol previu, para a modalidade em estudo, uma pena consideravelmente menor do que a prevista para indução ao suicídio: prisão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, quase a metade do item 1. Mais uma vez, percebe-se um juízo de proporcionalidade traçado entre a pena abstratamente cominada e a conduta praticada pelo agente, levando-se em conta o consentimento da vítima com a morte e sua livre e espontânea vontade de morrer. É muito mais grave a conduta de quem implanta a ideia suicida face à de quem, aderindo a uma vontade que já existe, viabiliza meios materiais com que essa vontade se possa concretizar. De fato, existe menor reprovação na conduta de quem coopera com meios necessários do que na de quem induz ao suicídio.

A legislação portuguesa também não pune a conduta de quem pratica suicídio ou que o tenta, mas criminaliza a interferência externa sobre a vontade de quem se mata. Em verdade, o que se pretende punir é a conduta de quem se imiscui na esfera de autodeterminação alheia, pois assim agindo, “interfere na autonomia alheia, favorecendo a tomada de decisão autodestrutiva”¹⁷⁸.

Nesse sentido, o Código Penal Português trilha um caminho muito parecido ao do Código Penal Espanhol. Em seu artigo 135^o, tipifica com as seguintes palavras o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio:

Artigo 135^o.

1- Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se.

¹⁷⁷ “[...] habrá que entender aquí por «acto necesario», un acto sin el cual el suicidio no se hubiera llevado a cabo”. (MUÑOZ CONDE, 2007, p. 68)

¹⁷⁸ PEREIRA, Rui C. “O consumo e o tráfico de drogas na lei penal portuguesa”. Disponível em: <<http://reocities.com/athens/8613/bcctdlpp.html>>. Acesso em: 15 jul. 12.

2 - Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.¹⁷⁹

A lei penal portuguesa incrimina a conduta de quem induz ou presta auxílio material ao suicídio, excluindo a figura da instigação. No entanto, diferentemente da lei espanhola, considera com a mesma gravidade as duas figuras, de incitamento ou de auxílio, impondo-lhes a mesma quantidade de pena, ou seja, prisão de até três anos. Neste quesito, aproxima-se da lei penal brasileira que, pela mesma maneira, não estabelece distinção entre os consentimentos prestados para aceitar o induzimento e aquele em que se aceita os meios materiais para se realizar a morte.

Outro aspecto aproxima a tipificação portuguesa do artigo 122 do CPB: a previsão do resultado lesivo quando o suicídio é, ao menos, tentado. No Brasil, porém, a tentativa de suicídio só é punida quando acarreta, para o suicida, ao menos lesão corporal de natureza grave, o que não encontra correspondência na tipificação portuguesa.

O incitamento ou a ajuda prestada ao menor de dezesseis anos ou ao que, por qualquer motivo, tem diminuída a sua capacidade de autodeterminação, também é punido em Portugal. Tem-se em mira, aqui, que essas pessoas têm sua capacidade volitiva comprometida, não sendo capazes de compreender, de forma plena, as consequências do ato que terminam por se impor. Em outras palavras, se considera ainda mais viciado o consentimento por elas prestado para aceitação da influência de terceiros sobre sua vontade. Nesta hipótese, a punição é mais grave, tendo pena mínima de um e máxima de cinco anos, face à vulnerabilidade da vítima.

Na Alemanha, o tratamento penal das condutas relacionadas ao suicídio alheio segue por outra direção. Também se considera atípica a conduta de que põe ou tenta por termo à própria vida, em atenção ao direito de autodeterminação reconhecido a todas as pessoas. Entretanto, não há previsão legal de punição para aquele que induza, instigue ou auxilie alguém na prática de suicídio, sendo, portanto, inexistente um tipo semelhante ao previsto em Portugal, Espanha ou no Brasil, como se verá adiante.

¹⁷⁹ CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em: 10 jul 2012.

4.1.2 Legislação Brasileira

Deitando olhares pela história jurídico-penal brasileira, é possível encontrar os rastros da atual tipificação do crime de induzimento, instigação e auxílio a suicídio no Código Criminal do Império do Brasil. No seu art. 196, inserido no título “dos crimes contra a segurança individual”, capítulo que trata “dos crimes contra a segurança da pessoa e vida” e, mais especificamente, na seção que disciplina o homicídio, encontra-se a seguinte tipificação:

Art. 196. Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa:

Penas – de prisão por dous a seis annos (sic)¹⁸⁰.

A curiosa incriminação era, então, considerada como espécie de homicídio. Deve-se notar que, aos olhos de hoje, o art. 196 do Código Criminal do Império englobava duas condutas distintas: a de quem ajudava alguém a suicidar-se e a de quem auxiliava com meios necessários, tendo conhecimento de causa, ou seja, sabendo a que se destinavam os meios fornecidos.

Começando pela segunda parte, percebe-se um caso típico de prestação de auxílio material a suicídio. Aquele que deseja a morte recebe os meios necessários para realização do seu desiderato daquele que é considerado agente do crime.

Já na primeira modalidade, tem-se um caso típico de participação em homicídio, nos moldes da legislação brasileira atual, em que não apenas existe a concordância da pessoa que se mata, como também sua própria solicitação para que outra pessoa coopere com a sua morte. O sentido de “ajudar aluem a suicidar-se” é exatamente esse: cooperação acessória, concorrendo, juntamente com o suicida, para que o evento se dê. Trata-se de uma espécie de homicídio privilegiado, em que se pune a participação de forma diferenciada, sobretudo em função das penas aplicadas a essa modalidade e à modalidade principal do artigo 192, a saber:

¹⁸⁰ PIERANGELI, José H. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 259.

Ar. 192. Matar alguém com qualquer das circunstâncias agravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze quatorze e dezasete.

Penas – de morte no gráo maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo (sic).¹⁸¹

Para este crime, as penas variavam entre vinte anos e a pena de morte, enquanto para o art. 196, a pena era de prisão de dois a seis anos. Tal redução drástica no apenamento do crime era reflexo direto da força do consentimento na incriminação da conduta, já que o juízo de proporcionalidade na fixação da pena em abstrato levava em conta a vontade da vítima, sua aquiescência e a aderência do sujeito ativo a essa vontade. De toda sorte, não havia distinção entre induzimento, instigação e auxílio a suicídio, havendo mesmo confusão com a figura do próprio homicídio, embora privilegiado.

Nas legislações seguintes, porém, a tipificação sofreu sensível alteração. No Código Penal de 1890 e na Consolidação das Leis Penais de 1932, nos seus arts. 299, encontra-se o mesmo texto de lei, expresso da seguinte forma:

Art. 299. Induzir, ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa:

Pena – de prisão celluar por dous a quatro annos (sic).¹⁸²

Com essa dicção, os legisladores de 1890 e 1932 mantiveram a tipificação original, acrescentando-lhes a modalidade de indução ao suicídio. Além disso, houve considerável redução na pena aplicada, cujo teto saiu da faixa dos seis para os quatro anos de prisão.

Foi somente com a legislação de 1940 que o crime assumiu a feição conhecida na atualidade. O art. 122 do Código Penal Brasileiro assim define o crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio:

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

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) annos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) annos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

¹⁸¹ PIERANGELI, *Ibid.*, p. 259.

¹⁸² *Id.*, *Ibid.*, p. 307 e 380.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

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

A incriminação é assim justificada, no item 41 da Exposição de Motivos do referido código:

Ao configurar o crime de *induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio*, o projeto contém inovações: é punível o fato ainda quando se frustrar o suicídio, desde que resulte lesão corporal grave ao que tentou matar-se; e a pena cominada será aplicada em dobro se o crime obedece a móvel egoístico ou é praticado contra menor ou pessoa que, por qualquer outra causa, tenha diminuída a capacidade de resistência.¹⁸³

Nessa nova configuração do Código Penal de 1940, o crime assumiu uma nova feição. Dele foi retirada a chamada cooperação acessória, a participação no suicídio, sendo acrescentada a figura da instigação. Assim, responde pelo crime em epígrafe a pessoa que induz ou instiga alguém ao suicídio, ou presta-lhe auxílio para que o faça.

As duas primeiras condutas, induzimento e instigação, são caracterizadas como colaboração *moral*, posto que voltadas para a mente da vítima, enquanto a última, prestação de auxílio material, é tida como colaboração *material*, pois se efetiva com o favorecimento de meios.

Em todo caso, a conduta incriminada será sempre a daquele que, de maneira acessória, colabora para a morte voluntária de alguém. Pouca importância o desejo livre e consciente do suicida em tirar a própria vida – o terceiro que o induz, instiga ou auxilia materialmente responderá pela prática do crime, caso resulte a morte ou mesmo lesões graves ou gravíssimas da tentativa de suicídio.

Nada obstante, embora o consentimento do suicida seja irrelevante na tipificação do *caput* do artigo, o seu parágrafo único, inciso II, apresenta uma causa especial de aumento de pena que leva em consideração a capacidade de autodeterminação da vítima. Assim, a pena será duplicada “se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a sua capacidade de resistência”. A majorante

¹⁸³ PIERANGELI, op. cit., p. 425.

tem, por fundamento, o vício de consentimento da vítima, o que leva a compreender que a capacidade de discernir e escolher assume papel relevante no crime *sub examen*.

A primeira causa consignada no inciso é ser a vítima “menor”. Porque o legislador não especificou o que se tencionou classificar como “menor”, fortes controvérsias surgiram e ainda persistem na doutrina, quanto à delimitação do seu alcance. A opinião dominante buscava, por meio de uma interpretação sistemática, delimitar o conceito de “menor” do art. 122 a partir das disposições do art. 224, que estabelecia presunção de violência para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor quando praticados contra menores de quatorze anos, ainda que consentissem com a prática. Nesses casos, pesava-se presunção absoluta de que eram incapazes de discernir sobre o alcance da prática e, por esse motivo, seu consentimento era considerado inválido. Sendo inválido o consentimento para a prática sexual, seria igualmente para decidir tirar a própria vida, caso em que o induzimento, a instigação ou o auxílio material, para pessoas abaixo dos quatorze anos, seria considerado como homicídio. “Menor”, para efeito do art. 122, parágrafo único, inciso II, primeira parte, seria o indivíduo com idade menor do que dezoito e maior ou igual a quatorze anos.

Atualmente, com a revogação do art. 224 pela lei nº 12.015/09, ainda é possível sustentar essa posição com base nas disposições do art. 217-A, que trata do estupro de vulnerável. Seguindo a esteira do art. 224, o novo dispositivo criminaliza o agente que pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de quatorze anos, independentemente de seu consentimento. A ideia de vulnerabilidade, aqui, se prende à idade e à mesma presunção de que o menor de quatorze anos é incapaz de consentir livremente com o ato, desconsiderando-se qualquer análise concreta. Assim, persistiria o entendimento de que o “menor” referido pelo artigo 122 do CPB seria o menor de dezoito e maior ou de idade igual a quatorze.

No entanto, é possível aduzir que a capacidade para consentir deve ser aferida em cada caso concreto, pouco importando se o indivíduo se encontra entre os quatorze e os dezoito anos, ou abaixo dos quatorze anos. Assim, o magistrado avaliaria a capacidade do consenciente menor em cada situação apresentada, avaliando sua validade e decidindo sobre a aplicação da causa especial de aumento.

Aliás, esse entendimento se coadunaria com a disposição da segunda parte do inciso em estudo. Ao referir-se à pessoa que “tem diminuída, por qualquer causa, a sua capacidade de resistência”, o legislador não pretendeu alcançar os casos de resistência física, mas sim, de resistência moral. Assim, um indivíduo adulto, capaz, pode circunstancialmente se encontrar em situação de vulnerabilidade, pelo uso de substância alcoólica ou entorpecentes, por exemplo, tornando-se moralmente incapaz para efeito do dispositivo em apreço. Se a ideia de vulnerabilidade, aqui, se prende à capacidade de resistência moral, pelo mesmo modo seria quanto ao indivíduo “menor”, não se prendendo ao critério absoluto da idade e se observando, *in casu*, sua capacidade de discernimento.

De todo modo, sendo o “menor” capaz de consentir, sendo-lhe compreensível o alcance do ato extremo de suicídio, pesará a causa especial de aumento de pena contra quem o induzir, instigar ou auxiliar ao suicídio. Sendo menor e não possuindo, porém, essa capacidade para consentir, agirá como se instrumento fosse da vontade de um terceiro e, neste caso, aquele que o impele ao autoextermínio deverá ser responsabilizado por homicídio.

Outra questão de subido interesse é a que se segue: suponha-se que A, desgostoso da vida por inúmeras razões, decide morrer, mas não tem coragem, ele mesmo, de praticar o ato. Por isso, solicita a B que lhe desfira golpes de faca ou disparos de arma de fogo, ou mesmo que enlace seu pescoço com uma corda e o asfixie até a morte, ou, quem sabe, que lhe derrame um copo cheio de veneno sobre os lábios. Neste caso, por qual crime responderia B?

À falta de expressa previsão legal, já que não há, no Código Penal Brasileiro, dispositivo que regule a hipótese, B responderá pela prática de homicídio, art. 121, com as variações que o próprio dispositivo encerra, indo desde a sua forma simples até às qualificadoras do seu parágrafo segundo. Nesta hipótese, pouco importará o motivo pelo qual A deseja morrer, se marcado por certa plausibilidade ou não: não podendo ele dispor da própria vida, consentir que outrem a tire não será um ato lícito e, portanto, não pode ser objeto de qualquer acordo entre eles.

E caso as razões de A sejam, por exemplo, estar vitimado por uma doença em estágio terminal, da qual lhe resulta grave sofrimento e não lhe restando mais quaisquer perspectivas médicas, senão cuidados paliativos? Em tal hipótese, se estaria diante da prática de eutanásia, igualmente não alcançada, de maneira expressa, pelo Código Penal brasileiro.

Ainda merece menção a previsão trazida pelo Anteprojeto de Código Penal, elaborado por uma comissão de juristas brasileiros e entregue ao senado no mês de junho de 2012. O seu artigo 123 da está assim redigido:

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 123. Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao suicídio:

Pena – prisão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma, e de um a quatro anos, se da tentativa resulta lesão corporal grave, em qualquer grau.

§ 1º Não se pune a tentativa sem que da ação resulte ao menos lesão corporal grave.

§ 2º Aplicam-se ao auxílio a suicídio o disposto nos §§1º e 2º do artigo anterior.

Aumento de pena

§ 3º A pena é aumentada de um terço até a metade se o crime é cometido por motivo egoístico.

A proposta inova a previsão atual em alguns pontos. Retira a hipótese de aumento de pena nas situações de vulnerabilidade (vítima menor ou que tem reduzida sua capacidade de resistência), aumenta a pena máxima do resultado lesão corporal grave (de três para quatro anos) e cria as hipóteses de perdão judicial e exclusão da ilicitude, se verificadas, respectivamente, as condições dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 122, que trata da eutanásia¹⁸⁴. Tais hipóteses serão melhor discutidas no item 4.4, quando se abordar a eutanásia.

Apesar das inovações, mantém-se a incriminação das três condutas tradicionais – induzimento, instigação e auxílio –, bem como a tentativa diferenciada para o caso de resultar, da tentativa de suicídio, ao menos lesão corporal de natureza grave.

¹⁸⁴ “Art. 122. §1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima; §2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.” (ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 12.)

4.2 HOMICÍDIO A PEDIDO DA VÍTIMA

O homicídio a pedido, como o próprio nome está a sugerir, é aquele em que a vítima não apenas consente, mas, sobretudo, pede a outrem que lhe retire a vida. Trata-se de uma forma *sui generis* de homicídio, pois nela “há um diálogo do homicida com a vítima, por via do qual esta lhe exprime o seu consentimento para que a mate e provoca até, em princípio, a própria decisão do homicida, de modo a torná-lo sensível às suas razões para não querer viver mais”¹⁸⁵. Assim, o pedido manifesto por aquele que deseja morrer é de vital importância, seja por expressar o seu consentimento direito, seja pelo fato de fazer com que o autor adira à sua vontade e aja conforme essa adesão.

A conduta da vítima não é meramente passiva. Não há uma simples tolerância quanto ao comportamento de terceiros, e sim um pedido, uma solicitação. É a vítima quem exerce uma influência sobre o autor, abrindo-lhe caminho para a conduta e participando do processo de formação de sua decisão. Através do pedido, a vítima dá a conhecer a sua vontade e a direciona ao destinatário.

Em geral, o homicídio a pedido se caracteriza por um comportamento positivo, por uma ação, requerendo que o agente pratique uma conduta capaz de provocar a morte da vítima¹⁸⁶. A omissão que possa resultar na morte de alguém, ainda que a pedido da vítima, não caracterizaria, em regra, uma espécie de homicídio, mas sim uma omissão de socorro, salvo, no que toca ao Direito Penal Brasileiro, as hipóteses em que o agente se enquadra da condição de garantidor, conforme a dicção do artigo 13, parágrafo segundo, do Código Penal Brasileiro.

O consentimento do ofendido desempenha papel de relevância nessa modalidade de homicídio. É a sua presença que marca um diferencial em relação a outras formas de homicídio e que, em regra, o torna uma espécie de homicídio privilegiado, haja vista que o homicídio a pedido costuma ser mais brandamente apenado do que o homicídio simples.

Em geral, não se requer que o pedido da vítima seja baseado em razões especiais. Pouco importa os motivos que impelem a vítima a desejar a morte, bastando que ela o faça, que haja seu consentimento e o seu pedido para tanto.

¹⁸⁵ ALBERTO, Otávio M. G. “Homicídio a pedido da vítima”. Disponível em: <http://octalberto.no.sapo.pt/homicidio_a_pedido_da_vitima.htm>. Acesso em: 05 nov. 12.

¹⁸⁶ RIBEIRO, Diáulas C. “Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte”. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csp/v22n8/24.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 12.

O homicídio a pedido não se confunde, porém, com a eutanásia. O fator determinante da distinção se encontra nos motivos de quem deseja morrer. Embora a expressão eutanásia não seja unívoca, sendo empregada para designar diversas possibilidades, aqui se pretende restringir seu significado àquilo que se convencionou chamar *eutanásia ativa*, ou seja, a ação intencional de dar causa ou apressar a morte de “pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos”¹⁸⁷. Os traços característicos da eutanásia seriam a presença de doença irreversível e incurável e os intensos sofrimentos físicos e psíquicos. O próximo item deste mesmo capítulo tratará, de forma mais detida, de outras denominações, como ortotanásia, distanásia e mistanásia.

Enquanto na eutanásia a pessoa busca a morte porque, de modo geral, padece de uma doença incurável ou sofre de mal intenso e considerado insuportável, no homicídio a pedido as razões para a morte podem ser as mais diversas. Assim, matar alguém que pede para morrer por estar vitimado por um câncer incurável configuraria eutanásia, ao passo que matar alguém que simplesmente resolveu deixar de viver, por cansar-se da vida, configuraria um homicídio a pedido.

Pode-se aduzir, e com razão, que tanto em uma como em outra possibilidade existiria um pedido por parte da vítima, que consente e quer a própria morte, o que as caracterizaria como homicídio a pedido. Tal raciocínio é correto. Em verdade, pode-se caracterizar a eutanásia como uma espécie de homicídio a pedido, peculiar em face dos motivos determinantes de quem quer e busca a própria morte. Contudo, adiante se verá que algumas legislações costumam distinguir as modalidades, em atenção ao princípio da taxatividade, pela compreensão de que a eutanásia encerra um conteúdo mais específico, que extrapola a só consideração do consentimento do ofendido e alcança as razões da vontade de morrer.

De todo modo, justifica-se falar em homicídio a pedido, como uma forma especial de homicídio, tendo em vista que, na hipótese, o autor atua com o consentimento da vítima, o que se revela bem diferente do que fazê-lo sem qualquer

¹⁸⁷ BARROSO, Luís R.; MARTEL, Letícia de C. V. “A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida”. In BARBOZA, Heloísa H.; MENEZES, Rachel A.; PEREIRA, Tânia da S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 178.

motivo, por motivo fútil, torpe ou para assegurar vantagem, impunidade, ocultação ou execução de outro crime.

Embora seja reprovável a conduta de quem mata, o será menos em função do consentimento prestado pela vítima, que não pode ser desconsiderado quando se pensa que o Direito Penal precisa ser disciplinado e aplicado com observância dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

4.2.1 Legislação Estrangeira

É possível encontrar, no Código Penal Espanhol, a seguinte tipificação, inserida entre as figuras do seu artigo 143:

Artigo 143.

3. Será castigado com pena de prisão, de seis a dez anos, se a cooperação chegar até ao ponto de executar a morte.¹⁸⁸

A opção do legislador espanhol foi tratar a conduta de quem provoca a morte de outra pessoa com o seu consentimento não como homicídio (art. 138) ou assassinato (art. 139), e sim como uma forma diferenciada de cooperação ao suicídio, intitulada “cooperação executiva o suicídio”. Isto porque, na justificativa de Muñoz Conde, o verdadeiro autor, materialmente falando, continua sendo o que não quer mais viver, que é quem tem o domínio do fato ou planeja sua própria morte, ainda que esta seja executada por outra pessoa¹⁸⁹. Lembra ainda, o autor espanhol, que o fato não seria mais do que um suicídio com “divisão de trabalho”, utilizando uma expressão de Jakobs¹⁹⁰, para quem a conduta de quem coopera deveria ficar impune, considerando-se a liberdade de determinação do suicida e a plausibilidade do motivo que o impulsiona à morte.

Nessa modalidade, a cooperação abandona a esfera do mero fornecimento de meios materiais, ainda que necessários, para ingressar na execução da morte alheia, com atendimento do seu pedido. Considera-se, apesar disso, a conduta do

¹⁸⁸ ‘**Artículo 143.** – 3. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte;’ (CÓDIGO PENAL ESPANHOL. Disponível em: <<http://pdf.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>>).

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, 2007, p. 72.

¹⁹⁰ Id., Ibid., p. 72.

que executa a morte como acessória e, por esse motivo, sua incriminação, na legislação espanhola, se dá fora do âmbito do homicídio.

Aliás, essa não é a única consequência da disposição do Código Espanhol; o legislador também previu, para a modalidade, penas menores do que as hipóteses de homicídio (prisão de dez a quinze anos) ou assassinato (prisão de quinze a vinte anos). A pena para a cooperação executiva ao suicídio varia entre um mínimo de 06 (seis) e um máximo de 10 (dez) anos.

A diferença nas penas se justifica pela compreensão de que, embora o resultado naturalístico seja o mesmo – a morte –, há substancial distância entre simplesmente matar alguém com ou sem o seu consentimento. Segundo Muñoz Conde, “a morte ‘a pedido’ do que não quer viver mais não é o mesmo nem tão grave quanto matar alguém contra a sua vontade”, afora as hipóteses de motivação humanitária ou piedosa por parte do autor¹⁹¹. O autor chega mesmo a afirmar, peremptoriamente, que:

[...] qualquer que seja a opinião que se tenha sobre os limites da eutanásia e a ajuda para morrer, sempre haverá uma diferença valorativa fundamental entre matar alguém contra a sua vontade e matá-lo com seu consentimento.¹⁹²

Assiste razão a Muñoz Conde quando aduz que matar alguém atendendo a um pedido não é o mesmo que matar por motivos outros ou mesmo sem qualquer motivo. Entende-se, sim, que o consentimento do que morre transfere a conduta e o seu resultado para uma esfera outra, intermediária entre o homicídio e a cooperação ao suicídio. Contudo, uma coisa é considerar diferentemente as condutas, e outra é considerar que a morte a pedido é menos grave do que o simples ato de matar. Em ambos os casos, o resultado da conduta é o mesmo – a morte –, e não é a presença de um dolo diferente – matar por matar ou matar com o consentimento válido da vítima – o que transforma uma morte em menos grave do que a outra.

Assim, a presença do consentimento torna menor a censura da conduta, sendo acertado o enquadramento jurídico-penal diferenciado para a cooperação executiva ao suicídio. Embora não aderindo à carga ideológica que o *nomen juris*

¹⁹¹ MUÑOZ CONDE, 2007, p. 72.

¹⁹² “[...] cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre los límites de la eutanásia y la ajuda a morir, siempre habrá una diferencia valorativa fundamental entre matar a alguien em contra de su voluntad y matarlo con su consentimiento.” (Id., Ibid., p. 72.)

encerra, haja vista retirar a conduta, indevidamente, da esfera do homicídio para a da colaboração em suicídio, parece razoável valorar diferentemente a conduta de quem mata indo ao encontro da vontade de quem quer morrer. Daí ser acertada, também, a previsão de pena não tão branda quanto as da simples cooperação, nem tão severa como as do puro homicídio.

Haveria, no caso, uma espécie de homicídio privilegiado, embora num plano de gravidade acima das hipóteses de privilégio previstas para a modalidade no Código Penal Brasileiro.

Também o Código Penal Federal do México insere, na segunda parte do artigo que trata de induzimento ou auxílio a suicídio, uma figura típica semelhante, a saber:

Artigo 312. O que prestar auxílio ou induzir alguém ao suicídio, será castigado com a pena de um a cinco anos de prisão; se chegar até o ponto de executar, ele mesmo, a morte, a prisão será de quatro a doze anos.¹⁹³

Aqui também se equipara, indevidamente, uma forma de homicídio à figura do induzimento, numa tentativa de suavizar a reprovabilidade social do homicídio a pedido. No entanto, é inegável que quem “chega até o ponto de executar, ele mesmo, a morte”, não comete uma simples cooperação ao suicídio alheio, mas sim um verdadeiro homicídio, embora diferenciado. Como ventilado por Benigno Vicea Gonzáles, trata-se de um “homicídio consentido, ainda que atenuado, em consideração não só à solicitude, como também ao consentimento da vítima”¹⁹⁴.

Lembra ainda Gonzáles que a hipótese recebe pena máxima igual à pena mínima imputada ao crime de homicídio simples, ou seja, doze anos. Tal detalhe revela como o consentimento, embora não seja capaz de descaracterizar a conduta da esfera do homicídio, tem força para reduzir drasticamente a quantidade de pena imposta à modalidade.

¹⁹³ “Artículo 312. El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años.” (CÓDIGO PENAL FEDERAL. Disponível em: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm>>. Acesso em: 15 jul. 12.)

¹⁹⁴ GONZÁLES, Licea. “El delito de auxilio e inducción en el suicidio; homicidio con consentimiento de la víctima. La eutanasia, análisis jurídico”. In ARANDA, Enrique D.; LIZALDE, Eugenia M. de; VALLE, Fernando C. *Eutanasia: aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2001, p. 266.

O Código Penal Português, por sua vez, optou pela criação do crime de “homicídio a pedido da vítima”, localizado no artigo 134º:

Artigo 134º.

1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.

2 - A tentativa é punível.¹⁹⁵

A opção do legislador português parece ser mais criteriosa e mais acertada. Ao mesmo tempo em que atende à necessidade de tratamento diferenciado ao homicídio quando consentido pela vítima, não desconsidera a existência de requisitos de validade para esse consentimento, sem os quais o homicídio a pedido se desnaturaria, transformando-se em outra forma de homicídio.

Assim, o referido artigo 134 fala em consentimento “sério, instante e expresso” de quem de direito. *Sério* é o pedido firme, que não é frívolo, positivo, oriundo de quem conhece a gravidade daquilo em que consente; *instante* é o pedido veemente, inequívoco, que não deixa dúvidas quanto ao que se pretende e aos limites do pretendido; *expresso* é o pedido claro e devidamente exteriorizado, seja de forma oral, seja de forma escrita, mas sempre exteriorizado. A ausência de qualquer desses requisitos torna viciado o consentimento, desqualificando a conduta do artigo 134 para uma das hipóteses de homicídio simples ou qualificado.

Não há, para tipificação, qualquer previsão de motivo determinado, que conduza a vítima à vontade de morrer: qualquer que seja a razão, desde que não o sofrimento intenso e a presença de doença incurável, tratar-se-á de homicídio a pedido, haja vista que o fator principal de caracterização, aqui, é o consentimento válido da vítima.

Ainda digno de nota é a quantidade de pena atribuída à figura, em comparação com as demais previsões do próprio Código Penal Português. Enquanto as penas do homicídio simples, do qualificado e do privilegiado se situam nos patamares de oito a dezesseis, doze a vinte cinco e um a cinco anos, respectivamente, a pena do homicídio a pedido da vítima é de até três anos. Trata-

¹⁹⁵ CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em: 10 jul 2012.

se, pois, de um comportamento considerado menos grave do que as causas privilegiadoras¹⁹⁶, graças ao reconhecimento da força do consentimento do ofendido como atenuante da reprovação social do fato.

Na Alemanha, o homicídio a pedido vem expresso no §216 do Strafgesetzbuch¹⁹⁷ com a seguinte redação:

§ 216. Homicídio a pedido

(1) Se alguém pedir a outro que o mate, por meio de expresso e sério pedido, então deve se impor pena privativa de liberdade, de seis meses a cinco anos.

(2) A tentativa é punível.¹⁹⁸

Identificam-se elementos semelhantes à tipificação portuguesa, faltando o requisito *instante* para o consentimento. De toda sorte, sendo *expresso* (claro, inequívoco) e *sério* (consciente das consequências, positivo), a pena a ser imposta é de seis meses a cinco anos, uma pena mais branda do que a aplicável ao homicídio simples, cuja pena mínima é de cinco anos. Também não há menção há motivos específicos: qualquer motivação, inclusive aquela que possa configurar o que se conhece por eutanásia, se amolda à previsão normativa do tipo.

4.2.2 Legislação Brasileira

Não existe, na legislação penal brasileira, expressa tipificação do homicídio a pedido da vítima. Quem mata alguém, ainda que atendendo seu pedido expresso e inequívoco, comete o crime de homicídio, artigo 121 do CPB, podendo ser considerado privilegiado e/ou qualificado, conforme os contornos do caso concreto.

¹⁹⁶ “Artigo 133º. Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. (CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em: 10 jul 2012.)

¹⁹⁷ Código Penal Alemão.

¹⁹⁸ “§ 216. Homicidio a petición - (1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años; (2) La tentativa es punible”. (CÓDIGO PENAL ALEMÃO. Disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 08 nov. 12.)

O Anteprojeto de Código Penal¹⁹⁹, já referido no tópico anterior, foi silente em relação à modalidade de homicídio, nem mesmo incluindo a hipótese no rol das situações que configuram homicídio privilegiado.

Perde-se uma boa oportunidade de colocar o Direito Penal Brasileiro, neste quesito, em sintonia com as legislações penais de outros países que, há tempo considerável, já sentiram a força que o consentimento do ofendido possui quando a morte é executada a rogo. Aliás, nem mesmo o consentimento foi contemplado como causa legal de exclusão de ilicitude, como já referido páginas atrás.

4.3 EUTANÁSIA

A prática de eutanásia tem sido alvo de severas discussões no âmbito do Direito Penal. A sua disseminação pelo mundo, sobretudo em face dos problemas médicos e bioéticos em que implica, tem mobilizado grandes debates acerca da sua licitude.

Derivada dos radicais gregos *eu* (belo, bom) e *thanatos* (morte), significando a ação médica de proporcionar uma morte doce e pacífica quando não restam esperanças de vida para o doente, a palavra *eutanásia* não foi cunhada por Francis Bacon no século XVII, como se pensou durante um bom tempo. Em verdade, ela aparece já, muito antes de Bacon, no livro *A Vida dos Doze Césares*, do escritor romano Suetônio (69-141 d.C.) que, ao tratar da biografia do segundo César, Otávio César Augusto, refere-se a sua morte nos seguintes termos:

A morte que o destino lhe concedeu foi suave, tal qual sempre desejara: pois, todas as vezes que ouvia dizer que alguém morrera logo e sem padecimentos, almejava para si e para os seu (sic) igual “eutanásia” (conforme a palavra que costumava empregar). Não deu, antes de entregar a alma, senão um único sinal de perturbação mental, em virtude de um susto subitâneo; queixava-se que estava sendo arrebatado por quarenta rapazes.²⁰⁰

Otávio César Augusto, segundo o registro de Suetônio, já utilizava a palavra *eutanásia* para se referir a uma morte “sem padecimento”, por ele desejada

¹⁹⁹ ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>. Acesso em: 10 jul. 12.

²⁰⁰ SUETÔNIO, *A Vida dos Doze Césares*. Rio de Janeiro: Ediouro, [198-?], p. 97.

e alcançada, pois que morrer apresentando “um único sinal de perturbação”, que foi a visão dos quarenta rapazes que o vinham conduzir para os labirintos da morte...

Somente com o transcurso do tempo, consagrou-se “o uso do termo para indicar a morte provocada, antecipada, por compaixão, diante do sofrimento daquele que se encontra irremediavelmente enfermo e fadado a um fim lento e doloroso”.²⁰¹

Muito em função desse amplo emprego dado à palavra eutanásia, à qual também se associa a tradicional ideia de boa morte²⁰², surge uma grande dificuldade para sua abordagem, haja vista que o seu significado polissêmico gera diferentes compreensões²⁰³. Tais divergências são consequência direta da interdisciplinaridade do tema, permitindo reflexões de natureza filosófica, médica, jurídica e religiosa. Na visão de Maria Auxiliadora Minahim, esse diálogo, embora útil e necessário, “contribuiu para os múltiplos sentidos dados à expressão, de forma que não constitui tarefa tranquila atribuir-se, ao termo *eutanásia*, um significado unívoco.”²⁰⁴

Antes de tratar das classificações possíveis para o fenômeno da eutanásia, se faz necessário apresentar outros termos que a ela são associados e que, em verdade, encerram manifestações diferentes.

O primeiro termo a ser considerado, a *distanásia*, vem a ser:

[...] a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável.²⁰⁵

²⁰¹ Op. Cit., p. 7-8.

²⁰² MINAHIM, 2005, p. 178.

²⁰³ Nesse sentido, BINCAZ, Maria Beatriz Azzolini. “Intervención en la eutanasia: ¿participación criminal o colaboración humanitaria?” In ARANDA, Enrique D.; LIZALDE, Eugenia M. de; VALLE, Fernando C. *Eutanasia: aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2001, p. 5-6.

²⁰⁴ A esse respeito, ainda esclarece Maria Auxiliadora Minahim, na mesma página da referida obra: “A multiplicidade de significados classicamente atribuídos está, sobretudo, vinculada tanto aos fundamentos quanto aos limites da ‘boa morte’, ou seja, a que fins ela deve servir, quando pode ser praticada, havendo certo consenso quanto ao fato de que tal morte deva apresentar-se como alternativa digna a uma vida dolorosa, razão por que a analgesia ganha destaque em certos conceitos. Não existe, no entanto, precisão sobre o que se deve entender como alternativa digna, já que a interpretação será feita pelo ouvinte à luz de seus valores. Isto significa que as características, que devem estar presentes para que um fato seja considerado como eutanásia, podem resultar de convicções particularizadas. Por isso mesmo, a expressão já foi usada pelos nazistas para justificar a eliminação das vidas sem alma ou indignas de serem vividas (as dos doentes mentais).” (MINAHIM, 2005, p.178)

²⁰⁵ BARROSO; MARTEL, 2010, p. 179.

Trata-se de um prolongamento artificial da vida do paciente cuja enfermidade, conforme as perspectivas científicas, não apresenta possibilidade de cura e de melhora, vislumbrando-se sua morte iminente. Segundo Pessini, “nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer”²⁰⁶. Aumenta-se o tempo de agonia do paciente, mesmo que disso lhe resulte mais dor. Villas-Bôas vai mais longe, ao afirmar que a distanásia corresponde a um “encarniçamento terapêutico”, tendo em vista os maus tratos gerados, sem que disso resulte qualquer benefício.

Em sentido contrário, na *ortotanásia* “trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia”²⁰⁷. Deixa-se que a vida siga seu curso normal, encontrando a morte ao seu tempo certo. Como bem assinalado por Villas-Bôas:

A *ortotanásia* tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo, a morte no tempo correto, nem antes nem depois da hora [...] Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que este já se encontra em inevitável esgotamento. Tampouco se recorrem a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família.²⁰⁸

No que respeita à ortotanásia, tem-se entendido que somente o médico pode provocá-la. Não se constituindo em abreviação da vida, mas sim no seu não prolongamento por meios artificiais, aceita-se a ideia de que o paciente não é obrigado a suportar um tratamento contra a sua vontade, o que desoneraria o médico do dever de impor as medidas tratativas a qualquer custo. A hipótese de ortotanásia ainda é criminalizada no Brasil, nada obstante as controvérsias e os embates jurídicos que tem suscitado.

Na *mistanásia* ou eutanásia social, fala-se de uma “morte miserável, transcendendo o contexto médico-hospitalar para atingir aqueles que nem sequer chegam a ter um atendimento médico adequado, por carência social, por falta de

²⁰⁶ PESSINI, Léo. “Distanásia: até quando investir sem agredir?”. Disponível em: <<http://www.ufpel.tche.br/medicina/bioetica/DISTAN%C1SIA%20-%20AT%C9%20QUANDO%20INVESTIR%20SEM%20AGREDIR.PDF>>. Acesso em: 05 nov. 12.

²⁰⁷ BARROSO; MARTEL, 2010, p. 179.

²⁰⁸ VILLAS-BÔAS, 2005, p. 73.

condições e de oportunidades econômicas e políticas”²⁰⁹. No seu âmbito também podem ser incluídas novas categorias, tais como a morte por erro médico, por má prática e por falta de assistência do Estado²¹⁰.

Apresentados esses três conceitos diferenciais, convém estabelecer um conceito de eutanásia. Costuma-se apresentá-la em diversas feições, conforme classificações que são feitas segundo os seguintes critérios: *participação de terceiros* (autônoma e heterônoma), *motivação do autor* (libertadora ou terapêutica, eugênica ou selecionadora e econômica), *intervenção do sujeito ativo* (direta e indireta), *conduta do agente* (ativa e passiva) e a *vontade do doente* (voluntária ou involuntária)²¹¹. De todas elas, porém, prepondera o destaque dado a esta última classificação, que leva em conta o consentimento da vítima, bem como a que realça a participação de terceiros no desfecho.

Considerando que o foco desta pesquisa não é o estudo minudencioso da eutanásia, mas a força que o consentimento do ofendido sobre ela exerce, optar-se-á pela apresentação das classificações já realçadas, quais sejam, os critérios da participação de terceiros e da conduta do agente.

No que toca à participação de terceiros, a eutanásia pode ser *autônoma*, quando dispensa a atuação de uma terceira pessoa, e *heterônoma*, quando terceira pessoa intervém, causando a morte. Nesta última modalidade é que atua o Direito Penal, com sua força criminalizadora²¹².

Quanto à vontade do doente, fala-se em eutanásia *voluntária* e *involuntária*, a primeira significando o consentimento da vítima, “em gozo pleno de sua capacidade”²¹³, e a segunda expressando a ausência desse consentimento, ou seja, sua realização é decidida por outra pessoa que não o interessado.

Assim, o consentimento do doente e o comportamento positivo do agente se mostram presentes na definição de eutanásia apresentada por Barroso e Martel, para quem:

²⁰⁹ Id., *Ibid.*, p. 75.

²¹⁰ MINAHIM, 2005, p. 185. É ainda a mesma autora quem aduz, na mesma página: “Se, no entanto, a atenção necessária para manter a vida não é prestada porque há uma recusa deliberada em investir recursos no tratamento de certas enfermidades, denomina-se o fato como eutanásia eugênica, cujo sentido etimológico está ligado a aperfeiçoamento da espécie ia seleção genética e controle da reprodução”.

²¹¹ Ver MINAHIM, *Ibid.*, p. 184-185; VILLAS-BÔAS, *Ibid.*, p. 82-87.

²¹² MINAHIM, *Ibid.*, p. 185.

²¹³ VILLAS-BÔAS, *Ibid.*, p. 83.

Compreende-se que a eutanásia é ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos.²¹⁴

Os autores consideram a eutanásia como uma ação médica intencional e benevolente, ou seja, somente poderia ser praticada por pessoa regularmente habilitada para o exercício da medicina. Trata-se da chamada *eutanásia ativa*. Além disso, a ação tem que ser intencional, causada com a intenção de levar à morte do paciente. A motivação benevolente é a que visa libertar o paciente do sofrimento que o abate, do mal causado pela enfermidade.

A doença há de ser irreversível e incurável, sendo certa a morte do sujeito graças a ela. Além disso, é necessário que se padeçam “intensos sofrimentos físicos e psíquicos”, que devem aparecer cumulativamente com a enfermidade incurável.

Conforme alertam os autores, “do conceito estão excluídas a assim chamada eutanásia *passiva*, eis que ocasionada por omissão, bem como a *indireta*, ocasionada por ação desprovida da *intenção* de provocar a morte”. Pela mesma forma, “não se confunde, tampouco, com o *homicídio piedoso*, conceito mais amplo que contém o de eutanásia”²¹⁵.

De um modo geral, as legislações têm considerado a prática da eutanásia não apenas por médicos, mas por qualquer pessoa que atue conforme os critérios fixados acima, como se depreenderá dos dados apresentados a seguir.

4.3.1 Legislação Estrangeira

O primeiro país da América Latina a tratar mais brandamente os casos de eutanásia foi o Uruguai. Já em 1933, o código penal daquele país previu a presença da piedade, por meio de súplicas reiteradas da vítima, como causa de perdão judicial no então chamado “homicídio piedoso”²¹⁶. A Bolívia também admite o perdão judicial, prevendo a possibilidade de substituição por pena alternativa²¹⁷, bem como o código penal da Colômbia, de 1936, também previu causa semelhante, embora a previsão tenha sido posteriormente retirada. Segundo informa Villas-Bôas:

²¹⁴ BARROSO; MARTEL, 2010, p. 178.

²¹⁵ Idem, Ibidem, p. 178.

²¹⁶ VILLAS-BÔAS, 2005, p. 155.

²¹⁷ VILLAS-BÔAS, *Da eutanásia ao prolongamento...*, p. 157.

[...] somente em maio de 1997, em sentença que ultrapassou cento e cinquenta páginas, a corte colombiana decidiu, por seis votos contra três, a exclusão da penalidade para os médicos que cometessem a “eutanásia piedosa, permitindo ao paciente uma morte digna”. Por “eutanásia piedosa” entendeu-se a hipótese de eutanásia passiva voluntária, então traduzida como a suspensão de meios extraordinários de sustentação da vida, em caso de pacientes cuja terapêutica se revela fútil, com sua anuência. Aproximou-se, portanto, da definição de ortotanásia.²¹⁸

Nos Estados Unidos, as orientações se modificam conforme o estado. Oregon, por exemplo, admite o auxílio a suicídio de pacientes terminais, mas não a eutanásia ativa; a Califórnia reconhece o direito do paciente de recusar tratamento que o mantém vivo; Connecticut, em 1985, passou a aceitar a suspensão de suporte vital.

A legislação portuguesa pune a eutanásia no seu artigo 133º, embora o *nomen juris* do tipo seja homicídio privilegiado. Eis a dicção do dispositivo legal:

Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.²¹⁹

A hipótese de eutanásia se amolda, em Portugal, ao motivo de relevante valor moral, qual acontece no Brasil. Mata-se com a finalidade de libertar o outro da constrição causada pela doença incurável e seu sofrimento atroz, ou seja, atendendo-se a um interesse de carácter pessoal.

Também é possível amoldá-la à figura prevista no artigo 134º, que trata do homicídio a pedido “sério, instante e expresso”. Seria, no caso, o pedido sério, instante e expresso de quem padece de doença incurável e sofrimento intenso que não se possa suavizar. Este tipo foi analisado no tópico precedente, quando se tratou do homicídio a pedido. Não se pode esquecer, como já frisado, que a eutanásia pode ser considerada uma modalidade de homicídio a pedido, caracterizada pela motivação específica, mas que pensar assim não atende aos critérios de precisão e de taxatividade da lei penal.

²¹⁸ VILLAS-BÔAS, 2005, p. 156.

²¹⁹ CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 12.

A Espanha trata da eutanásia no item 4 do artigo 143 do Código Penal Espanhol, nos seguintes termos:

Artigo 143.

4. O que causar ou cooperar ativamente com atos necessários e diretos para a morte de outro, atendendo pedido expresso, sério e inequívoco deste, nos casos em que a vítima sofra uma enfermidade grave que conduzirá necessariamente a sua morte, ou que produza graves padecimentos permanentes e difíceis de suportar, será castigado com pena inferior as penas previstas nos números 2 e 3 deste artigo, reduzidas de um a dois terços.²²⁰

O tipo legal incriminador abre espaço para importantes reflexões.

Inicialmente há uma limitação dos casos que devem ser considerados como de eutanásia. O primeiro deles é a presença de “enfermidade grave que conduzirá necessariamente a sua morte”. Trata-se de doença incurável, para a qual a medicina não acena com perspectiva curativa, sendo certo que a pessoa morrerá daquele mal. Pouco importa o tempo de vida que ainda resta ao doente: sendo certo que a enfermidade não possui cura, autoriza-se a morte.

O segundo critério é o *grave padecimento permanente e difícil de suportar*. Veja-se que não há restrição ao tipo de padecimento, se físico ou psíquico: basta que seja permanente, ou seja, duradouro e irremediável, sem solução de continuidade, e que seja difícil de suportar, que se revele superior às forças do indivíduo. A avaliação quanto à capacidade de suportar é subjetiva, já que cada um sendo um, não é possível estabelecer uma “quantidade de sofrimento” suportável.

Digno de nota é a alternatividade entre os dois critérios acima referidos. A lei espanhola diz: “nos casos em que a vítima sofra uma enfermidade grave que conduzirá necessariamente a sua morte, ou que produza graves padecimentos permanentes e difíceis de suportar”. Foi destacada a conjunção alternativa *ou* que, no texto, expressa que a eutanásia pode ser praticada em um ou outro caso, quando é frequente condicionar a sua aceitação à presença dos dois critérios: doença incurável e sofrimento insuportável. Desta forma, o legislador espanhol foi inovador,

²²⁰ “4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.” (CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Disponível em: <http://pdf.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>).

admitindo a necessidade de um só desses motivos, associado aos demais requisitos do tipo, para autorizar a prática.

O terceiro requisito legal é a presença de um pedido expresso, sério e inequívoco. A vontade do que padece tem de estar claramente demonstrada, sem que haja margem para dúvida quanto ao que realmente se deseja – a morte –, bem como o pedido deve emanar de pessoa capaz de compreender o alcance da autorização que presta. Perceba-se que o consentimento do ofendido, aqui, é ponto fulcral da conduta, sem o que pode se enquadrar em outra forma de homicídio.

Em verdade, o número 4 deste artigo foi tratado, pelo legislador espanhol, como uma forma privilegiada das modalidades dos números 2 e 3 que tratam, respectivamente, das chamadas cooperação com o suicídio e cooperação executiva ao suicídio. Caso o autor pratique quaisquer daquelas condutas em relação a quem se ajuste à hipótese do número 4, serão aplicadas as penas da mera cooperação ou da cooperação executiva, respectivamente, sempre reduzidas de um a dois terços. Trata-se de norma penal em branco de complementação homóloga homovitelínea, pois a identificação do comportamento criminoso somente se faz com o recurso a outros dispositivos do próprio Código Penal Espanhol, bem como norma penal incompleta ou imperfeita, já que se remete às penas dos referidos tipos para se encontrar à aplicável ao caso.

Atente-se, ainda, que a redução de pena se dá não apenas em função do motivo privilegiador, mas também do consentimento do ofendido. A solicitação para morrer é reflexo deste, constituindo-se em elemento indispensável da definição típica.

Na legislação alemã, como visto no tópico anterior, o artigo 216 trata da hipótese de homicídio a pedido, uma fórmula genérica, que costuma ser aplicada ao aqui considerado como eutanásia desde que, como na legislação portuguesa, a motivação da vítima seja o padecimento insuportável ou a doença incurável.

Na Suíça, “a eutanásia não é beneficiada por norma absolutória, constituindo um tipo de homicídio privilegiado, desde que praticado para abreviar os sofrimentos de um doente agonizante, movido pela caridade, a piedade ou sob efeito de confusão mental”²²¹. O tratamento dado à eutanásia, naquele país, é o mesmo conferido no Brasil.

²²¹ MINAHIM, 2005, p. 203.

4.3.2 Legislação Brasileira

A prática de eutanásia não encontra expressa criminalização no Brasil.

Maria Auxiliadora Minahim noticia a existência de quatro tentativas de reforma legislativa para tratar do assunto, em 1984, 1994, 1998 e 1999. Contudo, todas elas foram infrutíferas, esbarrando ou na burocracia legislativa, ou na natural dificuldade de enfrentamento do assunto, pela pressão de diversos segmentos sociais e políticos²²².

Na atual sistemática do CPB, quem mata outrem, ainda que a pedido, comete o crime de homicídio (art. 121), não havendo maiores considerações no que respeita ao consentimento de quem morre. A única hipótese que poderá configurar homicídio privilegiado (art. 121, §1º) é o motivo de relevante valor moral, dentro do qual se pode enquadrar a eutanásia.

Considera-se a piedade ou a compaixão com a situação de sofrimento alheia como motivo de relevante valor moral, que é sempre voltado para as razões de um indivíduo considerado em si. Assim, aquele que mata a outrem, atendendo a seu pedido, por piedade ou compaixão diante de sua doença incurável e que lhe proporciona sofrimento insuportável, pratica homicídio privilegiado.

Entretanto, o ajustamento da eutanásia ao homicídio privilegiado não se coaduna com o princípio da taxatividade. É, em verdade, um enquadramento que merece ser revisto, reformulado, como se proporá no último capítulo deste estudo.

O Anteprojeto de Código Penal apresentado ao Congresso Nacional em 2012 e assinado por juristas como Gilson Dipp e Luiz Flávio Gomes, apresenta uma proposta de tipificação da eutanásia em seu artigo 122, com a seguinte redação:

Eutanásia

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

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

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

²²² MINAHIM, 2005, p. 194-199.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.²²³

Os elementos que definem a proposta de tipificação da eutanásia não fogem ao que se encontra em legislações estrangeiras. Pune-se a forma direta, presentes a doença grave e o sofrimento insuportável, privilegiando-se o consentimento da vítima ao se requerer a presença do seu pedido. A pena aplicada é consideravelmente menor do que a atual previsão do homicídio privilegiado, cujo mínimo pode chegar a 04 (quatro) anos e o máximo, 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses.

Quanto ao sujeito ativo do crime, não há previsão de que somente o médico possa praticá-lo. Fala-se em “matar”, sem a especificação de qualidade especial para o agente. Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de quaisquer condições.

Digna de transcrição é a justificativa dos autores do Anteprojeto para os termos da criminalização proposta, retirada da sua Exposição de Motivos:

Não se discrepou, portanto, da solução encontrada na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais: reconhecer que é crime, mas merecedor de sanção distinta e mais branda do que a reservada ao homicídio. Inovação de maior espectro é permitir o perdão judicial, em face do parentesco e dos laços de afeição entre autor e vítima. Saberá a prudência judicial sindicá-lo quando a pena, nestes casos, a exemplo do que pode ocorrer no homicídio culposo, é mesmo necessária.²²⁴

Assim, optou-se pela criminalização, mas não sem a abertura de uma “janela” para deixar impune o agente: a hipótese de perda judicial do parágrafo único. Trata-se da possibilidade de deixar de aplicar a pena avaliando-se “as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima”.

²²³ ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 12.

²²⁴ ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 12.

A leitura atenta da disposição do parágrafo único revela que não é somente quando presente a relação de parentesco ou a afeição estreita entre vítima e agente que o perdão tem lugar. Abre-se margem ao livre alvedrio do juiz na análise da situação específica e sua conveniência, haja vista que prevê a avaliação das circunstâncias do caso concreto, bem como da afeição e do parentesco.

A expressão “bem como” significa “e também”, “além de”, “da mesma forma que”. Em verdade, a proposta cria duas possibilidades de perdão judicial: a existência de parentesco ou afeto estreito com a vítima e qualquer outra circunstância, cuja relevância será aferida pelo juiz no caso concreto. Ao que parece, este detalhe não foi devidamente observado pelos autores do Anteprojeto, que parecem sugerir haver perdão judicial apenas na primeira situação.

Quanto à exclusão de ilicitude prevista no parágrafo segundo, a Exposição de Motivos apresenta a seguinte justificativa:

*Ortotanásia não é eutanásia. Prática médica aceita pelo Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia não implica na prática de atos executórios de matar alguém, mas no reconhecimento de que a morte, a velha senhora, já iniciou curso irrevogável. Convém citar a Resolução 1.805/2006, daquele Conselho: “Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário. § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”. Refrear artificialmente o falecimento, nestes casos, é retirar da pessoa o direito de escolher o local e o modo como pretende se despedir da vida e dos seus. Não há espaço para o Direito Penal, nesta situação. Impede-o a dignidade da pessoa humana, aqui num sentido despido da vulgarização que se dá a este essencial conceito. Morrer dignamente é uma escolha constitucionalmente válida. A proposta da Comissão é torná-la também legalmente válida.*²²⁵

O parágrafo segundo prevê a exclusão de ilicitude nos casos de ortotanásia. Visa o aquelas situações em que se reconhece a presença de doença grave e

²²⁵ ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 12.

irreversível, cujo tratamento apenas teria o efeito de prolongar a vida do paciente. Constitui a atitude de deixar a morte chegar “no tempo certo”, com a suspensão dos meios artificiais tendentes a promover o retardamento da morte.

A excludente somente se aplicaria quando a doença incurável e irreversível fosse assim atestada por dois médicos. A opinião de pelo menos dois garantiria maior segurança em relação ao diagnóstico, o que não afastaria a possibilidade de o paciente requerer outras opiniões.

Além disso, deve estar presente o consentimento do paciente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. Tal consentimento deverá ser expresso, claro e devidamente consciente, alcançando a plena compreensão das consequências da doença e dos efeitos irremediáveis da suspensão do seu tratamento.

Conforme justificam os autores do Anteprojeto, não haveria, em sua opinião, execução da morte, mas tão somente o reconhecimento de que essa “velha senhora” teria iniciado seu curso irrevogável. Justifica-se, ainda, com base no direito de “morrer dignamente”, constitucionalmente garantido, embora sem um maior detalhamento do que seria dignidade “num sentido despido da vulgarização que se dá a este essencial conceito”.

Tal previsão do Anteprojeto, conquanto se proponha inovadora, se revela polêmica e sem uma fundamentação sólida e inatacável. Primeiramente, por não se ajustar plenamente à cultura social e legal do país. O tema não foi suficientemente discutido nos diversos segmentos sociais, o que contribui para a confusão de conceitos e, conseqüentemente, para sua rejeição. Ademais, a legitimação da ortotanásia com base na dignidade da pessoa humana foi feita de forma frágil e sofrível na Exposição de Motivos, não oferecendo um adequado lastro dogmático, doutrinário e axiológico.

Uma outra crítica pode ser lançada em face da justificativa apresentada: o fato de ter se baseado em uma resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM). Toma-se uma recomendação de classe, um mero ato administrativo, como se tivesse força descriminalizante da prática pelo fato de recomendar aos médicos o respeito à vontade dos pacientes. Ainda que se considere válido o respeito à autonomia individual neste caso, o argumento mais adequado não é o fato de ser recomendado em uma resolução do CFM, cuja força normativa é não é a mesma de uma lei, mas sim em atenção à vontade do paciente.

No que tange à resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, seu objetivo é dar um mínimo de suporte jurídico à conduta médica diante da recusa dos pacientes ao tratamento na fase final de enfermidades graves e incuráveis. Em função disso, propôs uma disciplina da ortotanásia. Trata-se de um instrumento normativo de natureza deontológica. O objetivo da Resolução, conforme texto de sua ementa, é permitir que:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.²²⁶

Sem fazer qualquer menção à eutanásia, a Resolução, como dito, tratou da limitação de tratamento e dos cuidados paliativos²²⁷ de enfermos terminais, sem dispensar a devida autorização do próprio doente ou, na sua impossibilidade, de quem pudesse decidir por ele.

No entanto, das suas previsões ficam algumas dúvidas, que permanecem insolúveis: que se deve entender por “procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente”? A administração de alimentação e soro devem ser considerados cuidados paliativos ou procedimentos que prolongam a vida? Tais questionamentos vão ao encontro do cuidado que se deve ter com os mais vulneráveis, que tendem a ficar cada bem mais expostos a interpretações que levem em conta fatores econômicos, como escassez de recursos e falta de leitos nas UTI's.

Ainda no âmbito da deontologia médica, o Conselho Federal de Medicina publicou, em 09 de agosto de 2012, a Resolução nº 1.995, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes²²⁸. Tais diretivas são definidas como

²²⁶ RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 05 nov. 12.

²²⁷ Segundo Barroso e Martel, o cuidado paliativo é “voltado à utilização de toda a tecnologia possível para aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo. Evitando métodos extraordinários e excepcionais, procura-se aliviar o padecimento do doente terminal pelo uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão. O cuidado paliativo pode envolver o que se denomina *duplo efeito*: em determinados casos, o uso de algumas substâncias para controlar a dor e a angústia pode aproximar o momento da morte. A diminuição do tempo de vida é um efeito previsível sem ser desejado, pois o objetivo primário é oferecer o máximo conforto possível ao paciente, sem intenção de ocasionar o evento morte”. (BARROSO; MARTEL, “A morte como ela é...”, p. 179-180)

²²⁸ RESOLUÇÃO CFM Nº 1.995/2012. Disponível em: <http://www.legisweb.com.br/legislacao/?legislacao=244750>. Acesso em: 10 nov. 12.

o “como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”²²⁹. Trata-se de garantir que a autonomia de sua vontade seja respeitada, ainda que no momento da tomada de decisão, encontre-se incapacitado de manifestá-la.

Com base em sua normatização, mais uma vez privilegia-se a possibilidade de aceitação da ortotanásia, já justificada pela resolução anterior.

De qualquer modo, reconhece-se a necessidade premente do Direito Penal brasileiro debruçar-se, de forma mais detida, sobre essas formas de participação de terceiro na morte de outrem, a fim de oferecer disciplina jurídica adequada, retirando certas hipóteses, como da ortotanásia, do âmbito de regulamentações meramente administrativas para uma disciplina legal efetiva.

²²⁹ RESOLUÇÃO CFM Nº 1.995/2012. Disponível em: <http://www.legisweb.com.br/legislacao/?legislacao=244750>. Acesso em: 10 nov. 12.

5 PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NA MORTE DE OUTREM: RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO

Apresentadas, no capítulo antecedente, as formas de participação na morte de outrem – induzimento, instigação e auxílio a suicídio, homicídio a pedido e eutanásia –, devidamente explicadas e delimitadas, no cotejo entre a legislação pátria e a legislação estrangeira, convém, neste momento, investigar em que medida o consentimento do ofendido influencia tais práticas, determinando ou não a sua tipificação.

O enfrentamento da morte como consequência necessária da condição humana permanece sendo um grande desafio para o ser. Seja pela sua íntima associação com dor e sofrimento, situações tidas como irremediáveis, mas que são negadas ou adiadas a todo custo; seja porque o momento do morrer revele a vulnerabilidade dos indivíduos enquanto humanos, realidade que se impõe, mas da qual importa fugir a qualquer preço; seja, mesmo, porque o ver a morte de outrem lance, em face de quem permanece, a mensagem da própria fragilidade, como a anunciar um destino semelhante e igualmente revestido de dor, sofrimento e vulneração – a interferência sobre a morte e o morrer, na própria como na experiência alheia, representa uma possibilidade simbólica de superação da sensação de impotência diante de seu caráter ameaçador e irremediável.

Viver a dor e o sofrimento parece tarefa não presente nas possibilidades do homem pós-moderno. O hedonismo, que se constituiu em um dos pilares da cultura na chamada “hipermodernidade”²³⁰ informa que toda forma de dor é sinônimo de infelicidade – e a infelicidade não é tolerada em um contexto social em que as portas do prazer encontram-se permanentemente abertas. “Cuida-se”, como assevera Maria Auxiliadora Minahim, “de uma imposição para o gozo, como uma espécie de dever a ser cumprido por sujeitos que não têm a liberdade para ser infelizes”²³¹.

O ideal da dor como inevitável e o sofrimento como situação negativa a qual se adere ou não, a indicar o primeiro como processo ínsito à condição do ser, enquanto o segundo resultaria de uma inabilidade para lidar com emoções e

²³⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/17062062/Os-Tempos-Hipermodernos-Gilles-Lipovetsky>>. Acesso em: 13 out. 12.

²³¹ MINAHIM, Maria A. “O direito e o dever de morrer: a complexidade de um tema”. In BARBOZA, Heloísa H.; MENEZES, Rachel A.; PEREIRA, Tânia da S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 215.

sentimentos dali oriundos, vai cedendo espaço para a rejeição da dor do universo das experiências possíveis ou necessárias e, conseqüentemente, do sofrimento que dela possa resultar. Assim, a dor e o sofrimento que nascem da e com a morte também precisam ser rejeitados, buscando-se entregar a cada um o direito de decidir o “quando”, o “como” e o “se” deseja experimentá-la.

Vivem-se “tempos líquidos”, como assinalado por Zigmunt Bauman²³², em que a superficialidade dos valores e das relações impele as pessoas à realização dos desejos sem respeitar limites ou obstáculos. Neste contexto de liquidez axiológica, como lembra Sérgio Eduardo Nick:

Os momentos de morte [...] tendem a ser vividos dentro dessa perspectiva líquida, onde o espaço para a dor sofre profundos constrangimentos, seja pela impossibilidade de sentir já referida, seja pela dificuldade de suspensão do tempo necessária para que se viva esses momentos.²³³

Ademais, dor e sofrimento são formas de exposição da vulnerabilidade humana. O reconhecimento dessa condição é repellido a todo custo, como se o sentir-se e o mostrar-se suscetível, frágil, impusesse uma marca de inferioridade, relegando o ser a uma espécie de limbo das possibilidades humanas.

A imagem do super-homem hollywoodiano, como a espelhar as carências do homem simplesmente homem que busca, na fantasia da onipotência, a superação da condição humana, ainda persegue esse mesmo homem e se cristaliza num arquétipo coletivo. Este mesmo indivíduo, consciente ou inconscientemente, ignora que até o personagem ficcional possuía, na criptonita, o objeto que lhe causava dor, que expunha a sua vulnerabilidade. Em outras palavras, é possível dizer que, sob esta ótica, a vulnerabilidade passa a ser vista como inimiga da tão propalada dignidade humana, haja vista que expõe o ser à dor e ao sofrimento, que seriam colocados em uma relação de oposição a uma vida humana digna.

Assiste razão a Maria Auxiliadora Minahim quando, ao refletir sobre a complexidade do direito e do “dever” de morrer, é peremptória em afirmar que “a

²³² BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, passim.

²³³ NICK, Sérgio Eduardo. “Eutanásia – aspectos da vida mental, na luta entre a vida e a morte”. In BARBOZA, Heloísa H.; MENEZES, Rachel A.; PEREIRA, Tânia da S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 367.

vulnerabilidade é uma característica da espécie humana. Aliás, é esta qualidade que fundamenta para alguns autores a dignidade humana”²³⁴.

Nessa concepção, dignidade e vulnerabilidade não estão em relação direta de oposição, e sim de complementariedade. Ser humano é ser vulnerável, e o reconhecimento dessa característica não torna o ser indigno de ser; outrossim, o mergulha em sua realidade ôntica, na aceitação das fragilidades *da* existência para poder construir, a partir dessa aceitação, o seu fortalecimento *na* existência.

Talvez se possa dizer, numa iluminação encontrada em Martin Heidegger²³⁵, que essa negação da dor, do sofrimento e da vulnerabilidade representa uma “angústia” do eu ante a angústia do nada com que a morte acena. A nadificação que a morte representa é preferível à angústia com que o morrer se revela, e a só possibilidade de viver essa angústia já significa, por si mesma, uma angústia que mobiliza a humanidade na tentativa de legitimar não apenas o direito de morrer, mas sobretudo o direito de participar, diretamente ou indiretamente, da morte de outrem, seja para reduzir a sua angústia, seja mesmo para repelir a angústia gerada pela contemplação impotente da angústia alheia. Dito de outra forma: essa “angústia” da angústia reflete a falta de coragem necessária do eu em lidar com sua condição humana.

Essa fuga da dor, do sofrimento e da vulnerabilidade, vislumbrada na opção pela morte, encontra contornos singulares quando se trata de participar da morte alheia. Aqui, essa mesma defesa de uma autonomia da vontade, baseada em uma liberdade de ser e de deixar-de-ser, é sustentada como a necessidade de reconhecer ao outro esse mesmo direito de somente viver se houver a possibilidade de gozar ou, ainda, de “morrer com dignidade”, uma morte sem dor, sem angústia. Como lembra Minahim:

Exigente, com demandas imediatas e riscos iminentes, a sociedade contemporânea rejeita as limitações às exigências de prazer, e a entrega de tempo para compartilhar a dor. [...] Movido pelo utilitarismo, pela compaixão, pelo egoísmo, projeção ou medo, postula-se pelo direito de morrer, de libertar-se de uma existência que assume formas perturbadoras.

²³⁴ MINAHIM, Maria A. “O direito e o dever...” *op. cit.*, p. 216.

²³⁵ HEIDEGGER, Martin. *O que é metafísica*. Disponível em: http://search.4shared.com/postDownload/B96DHbsp/heidegger_-_o_que__metafisica.html. Acesso em: 13 out. 12.

Nessa tentativa de vencer a morte, como que negando a sua iminência e inevitabilidade, busca-se ter, ao menos, o controle sobre o momento em que deva acontecer, vivendo-se a ilusão de vitória sobre a natureza e a superação da própria dor e da dor alheia que, por vezes, se apresenta mais doída do que aquela. Este desiderato é perseguido como se tal empoderamento representasse a última peça, o elo que resta para a assunção do controle pleno sobre si mesmo, sobre sua própria condição, já que o controle sobre a vida e as condições do existir já se encontra pretensamente sedimentado.

Aliás, postula-se que o homem, no exercício da sua autonomia, já exerce poder sobre a vida, sobre o seu surgimento, o que o autorizaria, conseqüentemente, a fazer o mesmo em relação à morte de outrem. É neste sentido que se manifesta Heloísa Helena Barboza:

Deve-se observar que nem sempre, e talvez nos grandes centros urbanos com frequência, o momento do nascimento é determinado “pela natureza”, ocorrendo muitas vezes o parto, mediante procedimento cirúrgico, em data escolhida pela mãe, à evidência completado o prazo de gestação, para que haja condições de vida para o nascituro. A mãe, sozinha ou de acordo com o pai, determina a data do nascimento do filho. Em outras palavras, o início da vida de uma pessoa (o filho) é decorrência do exercício de autonomia de outra (a mãe), e não apenas “obra da natureza”.²³⁶

Identificando o início da vida com o começo da personalidade jurídica, a autora afirma que a possibilidade de determinar o momento do nascimento expressa um exercício da autonomia de alguém sobre a vida de outro alguém, o que indicaria que tal possibilidade não é, de todo, absurda e desconectada da realidade jurídica pátria, servindo de pano de fundo para que se autorize a intervenção de terceiros na morte de outrem.

No entanto, Barboza ainda avança em sua argumentação, quando aduz:

Constata-se que a própria concepção pode resultar também do exercício da autonomia da mulher, com ou sem o concurso do pai, que se vale de uma das técnicas de reprodução assistida para conceber. A concepção, desse modo, não é obra “da natureza” ou “do acaso”. Nesta hipótese, mesmo “contra” a natureza, segundo a

²³⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. “Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?”. In BARBOZA, Heloísa H.; MENEZES, Rachel A.; PEREIRA, Tânia da S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 33.

qual a mulher não teria filhos, esta pode concebê-los, unindo sua vontade aos recursos biotecnocientíficos²³⁷.

E, mais, adiante:

A autonomia de uma pessoa pode ser de todo influente no surgimento (e mesmo na extinção) da vida de outra, quando se trata de nascimento. Não se admite no Brasil, porém, o exercício da autonomia para se decidir sobre a própria morte, mesmo em caso de sofrimento extremo, decorrente de doença incurável. Possível induzir que o princípio da liberdade, expresso na autonomia, à primeira vista, cede diante do direito à vida, cuja inviolabilidade é garantida constitucionalmente. Cabe indagar se tal interpretação é compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, que confere unidade de sentido e de valor, e legitima nossa ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, verdadeiro “valor-fonte fundamental no Direito”, no dizer de Miguel Reale.²³⁸

Assim, a autonomia sobre a morte, e mesmo a possibilidade de interferir sobre a morte de outrem, seja estimulando-o ao suicídio, seja mesmo participando diretamente de sua execução, independentemente dos motivos, encontraria justificativa no correspondente exercício dessa autonomia sobre a vida, mesmo sobre a vida de outra pessoa. Para a autora, dizer o contrário seria violar o respeito à dignidade da pessoa humana, haja vista que a autonomia, enquanto manifestação de liberdade, é meio de concretização dessa dignidade, na medida em que permitiria a cada pessoa o desenvolvimento pleno de sua personalidade²³⁹.

Esse pretense controle pleno sobre a criação da vida, longe de ser uma verdade real, é muito mais uma crença construída pela mitificação da razão que, autoentronada, define-se como critério de verdade e de felicidade, atribuindo a suas criações (teorias) o status de verdade, de soberania sobre a natureza, sobre o mundo das coisas. No entanto, como adverte Marx em *A Introdução ao Método da Economia Política*, “a totalidade concreta como uma totalidade de pensamento, de fato é um produto do pensar, do interpretar”²⁴⁰ Também na *Ideologia Alemã*, Marx

²³⁷ BARBOZA, *Op. cit.*, p. 33.

²³⁸ Id., *Ibid.*, p. 34.

²³⁹ Id., *Ibid.*, p. 36.

²⁴⁰ “[...] die konkrete Totalitaet als Gedankentotalitaet, als ein Gedankenkonkretum, in fact ein Productes des Denkens, des Begreifens ist” (MARX, K. *Die Grundrisse der politischen Oekonomie*. Tradução de Luciano Sérgio Ventin do Bomfim. Dietz Verlag: Berliin, 1974, p. 22).

taxativamente assevera que “não é a consciência que determina a vida, mas sim a vida que determina a consciência”²⁴¹.

Ademais, os inúmeros casos revelados pela própria ciência parecem ironizar essa pretensa soberania plena da razão, quando surpreende a esta com um quadro fora dos ditames teóricos até então elaborados, apresentando, assim, um novo desafio explicativo para a ciência, negando o real controle que a ciência imagina ter sobre a vida. Dentre inúmeros exemplos, têm-se os casos de crianças cuja gravidez foi sistematicamente acompanhada e controlada, com nascimento sem intercorrências perturbadoras, mas que surpreendentemente, dias, semanas ou meses depois, o metabolismo humano revela uma feroz enfermidade que coloca a razão e sua ciência no mais atroz estado de impotência.

A autora não considera, ainda, que o ser humano é, tal como ensinado por Aristóteles, um ser social, ou seja, só se realiza enquanto tal na vida em sociedade. A pretensão individualista absoluta não leva em conta este aspecto. Por mais que se reclame o reconhecimento de um direito absoluto de autodeterminação, entendendo-se a vida como manifestação da individualidade e, por isso, a ela, e tão somente a ela, assistindo-se o direito sobre sua realização, os indivíduos compõem uma coletividade, à qual se vinculam afetiva, política, cultural e axiologicamente, para além de suas vontades pessoais. Tais vinculações geram fenômenos de repercussão coletiva, na medida em que toda e qualquer ação ou inação de alguma forma implica sobre a vida dos demais sujeitos sociais, e vice-versa.

O cenário que se pretende desenhar, com um discurso que identifica o direito de morrer com o exercício da garantia constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana encontra obstáculo na pluridimensionalidade da própria ideia de dignidade.

Pretende-se encontrar a liberdade humana, por exemplo, na capacidade para o trabalho e na possibilidade de gozar os prazeres da vida. Qualquer obstáculo a esses ideais atentaria contra a dignidade humana. Uma vida limitada pela dor e pelo sofrimento, que não pudesse ser socialmente útil e fosse impossibilitada de aproveitar os prazeres da vida, não seria uma vida digna, podendo postular a própria extinção.

²⁴¹ “[...]“nicht das bewussten das leben bestimmt, sondern das leben das bewusstsein bestimmt.” (MARX, K. Die Deutsche Ideologie. Dietz Verlag: Berliin. Tradução de Luciano Sérgio Ventim do Bomfim. Dietz Verlag: Berliin, 1962, p. 27).

Curiosamente, essa visão da dignidade humana vinculada à capacidade de fruir e de gozar da vida e à “utilidade social” do indivíduo, compreendida como a capacidade de produzir e de não se tornar um estorvo para os demais indivíduos, opõe-se à percepção clássica dos gregos. Para estes, a vida digna por excelência era a vida dos filósofos, uma vida contemplativa, dedicada tão somente aos arroubos da razão e aos questionamentos do ser e do existir²⁴².

Os gregos priorizavam a vida contemplativa em detrimento do que Hannah Arendt chama de *vita activa*, por ela expressa como *labor*, *trabalho* e *ação*. O *labor* é caracterizado pelo processo biológico, indispensável para garantir as condições de sobrevivência do indivíduo e da espécie humana. O *trabalho*, por sua vez, “é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, existência esta não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie, e cuja mortalidade não é compensada por este último”²⁴³. É a atividade de transformar coisas naturais em artificiais. Por derradeiro, a *ação* é a única atividade que o indivíduo desempenha entre outros indivíduos, pois guarda relação com a sua necessidade de viver em grupo. O ser humano, segundo Hannah Arendt, é eminentemente social, haja vista que “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha existir”²⁴⁴.

A partir dessas ideias, Hannah Arendt afirma que os gregos não consideravam digna a vida daqueles que viviam uma *vita activa* baseada na *ação*. Somente a vida contemplativa espelhava dignidade, sendo que a atividade necessária para promover a subsistência da criatura era reservada aos escravos, que não gozam do status de pessoa. Na atualidade, porém, somente se considera digna a vida apta a produzir socialmente, bem como aquele capaz de gozar os prazeres da vida. Aliás, esta possibilidade também era duramente rechaçada pelos gregos, por não espelhar qualquer noção de dignidade²⁴⁵.

Na atualidade, costuma-se confrontar duas ideias de dignidade, tomando-se como referência a capacidade ou não de autodeterminação do sujeito: a *dignidade como autonomia* e a *dignidade como heteronomia*.

²⁴² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 22-25.

²⁴³ Id., *Ibid.*, p. 15.

²⁴⁴ Id., *Ibid.*, p. 16.

²⁴⁵ Id. *Ibid.*, p. 22-25.

Fala-se em *dignidade como autonomia* quando se pretende o respeito do poder individual sobre a própria existência. Trata-se, primeiramente, do reconhecimento da *capacidade de autodeterminação* de cada indivíduo, ou seja, de “decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade”²⁴⁶. É o direito de cada um escolher os rumos da própria existência e assumir as responsabilidades daí oriundas.

Em seguida, busca-se o *respeito às condições para o exercício da autodeterminação*, que constitui a garantia do “denominado *mínimo existencial*, a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia”²⁴⁷. Sem ter asseguradas condições mínimas de educação, poder econômico e psicofísicas, nenhum indivíduo tem plena possibilidade de exercer sua autonomia.

Por derradeiro, defende-se que a dignidade como autonomia não dispensa as ideias de *universalidade e inerência*, “independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica”²⁴⁸; ou seja, a dignidade é inerente a todo ser humano, devendo ser respeitada de modo universal, em qualquer parte do mundo e para além das diferenças.

Enquanto na visão da autonomia a dignidade somente se alcança com o exercício pleno e irrestrito da liberdade, na *dignidade como heteronomia* sustenta-se uma restrição da liberdade individual pelo Estado, “no sentido de obstar escolhas que possam comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia”²⁴⁹. Aqui, não é a liberdade que determina a dignidade, e sim esta que estabelece os limites e os conteúdos daquela. Em uma visão heterônoma, é preciso apresentar freios à liberdade humana, em atenção a valores como busca do bem do indivíduo e preservação da comunidade.

Revela-se extremamente difícil eleger um dos dois critérios, com exclusão do outro, para determinar o preenchimento do conteúdo de dignidade humana. É inquestionável que os valores sociais do mundo atual inclinam o indivíduo e a sociedade, cada vez mais, a emprestar preponderância à autonomia privada como expressão de dignidade. Entretanto, é preciso reconhecer que mesmo se admitindo a autonomia como referência, não se pode negar a necessidade de identificar limites ao seu exercício absoluto, haja vista que:

²⁴⁶ BARROSO; MARTEL, 2010, p. 191.

²⁴⁷ Id., Ibid., p. 192.

²⁴⁸ Id., Ibid., p. 192-193.

²⁴⁹ BARROSO; MARTEL, “A morte como ela é...”, p. 195.

A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral. Todavia, a prevalência da dignidade como autonomia não pode ser ilimitada ou incondicional. Em primeiro lugar, porque o próprio pluralismo pressupõe, naturalmente, a convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes, de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Além disso, escolhas individuais podem produzir impactos não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos.²⁵⁰

Dessa forma, o exercício da autonomia não pode prescindir a compreensão de um pluralismo social, de uma diversidade de visões e projetos de vida, cuja convivência deve ser harmônica e pacífica. Entretanto, o ponto chave da questão está nos impactos que as decisões individuais produzem no corpo social. As relações intersubjetivas geram vínculos entre os indivíduos, entre estes e a sociedade, entre esta e a própria humanidade. Em função disto, se faz necessário o reconhecimento de certos valores coletivos e sua “imposição”, para preservação das condições sociais e para preservar o próprio indivíduo de si mesmo.

A vida, considerada como um valor indispensável não só para o indivíduo, mas também para a existência da sociedade, merece ser vista com um olhar diferenciado, compreendendo-se que o discurso do respeito absoluto à autonomia esbarra no interesse coletivo em sua preservação. E não poderia ser de outra forma, haja vista que com a morte se encerra não somente a vida, mas a própria autonomia²⁵¹, motivo pelo qual se deve ter muito cuidado ao se tentar legitimar uma relativização da proteção à vida em respeito a uma ideia de dignidade fundada na autonomia individual.

No âmbito do Direito Penal, alguns autores têm discutido essa possibilidade de relativização, sustentando-se em diversos argumentos e analisando, sobretudo, as formas de participação de terceiro na morte de outrem.

Um deles é Gimbernart Ordeig²⁵². Ao abordar a questão da eutanásia, o autor enfrenta o problema da relativização da vida, afirmando que se o indivíduo

²⁵⁰ Id., *Ibid.*, p. 194.

²⁵¹ ANDRADE, 1991, p. 56.

²⁵² ORDEIG, Enrique G. *Vida e morte no direito penal*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004, p. 05-06.

sofre de enfermidade incurável da qual resulta intenso sofrimento, tem o direito de deixar de viver. Ordeig sustenta seu posicionamento, inicialmente, com base no respeito do direito “ao livre desenvolvimento da personalidade” que todo indivíduo teria. Para ele, a personalidade não se manifesta apenas na escolha da forma de vida, senão também na maneira de morrer. Como a morte encerra o fim da personalidade, cada um deveria ter o direito de escolher como isso deve acontecer, de forma livre e desembaraçada.

Além disso, Ordeig aduz que a proteção à “dignidade da pessoa” também pressupõe respeito à autonomia, pois caberia ao indivíduo, e somente a ele, decidir onde está e o que representa sua própria dignidade. Esta noção de dignidade como autonomia individual não encontraria limites, como dito por Barroso e Martel, devendo sempre prevalecer a vontade individual em detrimento das restrições coletivas à liberdade.

Outro argumento apresentado por Ordeig é a defesa da “liberdade ideológica dos indivíduos”. São suas as seguintes palavras:

[...] o respeito aos desejos do paciente que quer morrer garante também a ‘liberdade ideológica dos indivíduos’ (art. 16, 1 CE), pois o único argumento para justificar por que nestes casos deve-se prescindir do que quer o enfermo e mantê-lo vivo contra sua vontade é a tese católica de que Deus, e não o homem, é quem pode dispor da vida humana; porém esse argumento carece de qualquer fundamento ético fora do âmbito estritamente religioso e, por isso, não pode ser compartilhado pelos ateus, que são tão cidadãos quanto os demais.²⁵³

Com essa visão, Ordeig pretende limitar o respeito à vida apenas a argumentos de cunho religioso, segundo os quais a vida, sendo concedida aos homens pela vontade de Deus, somente por este poderia ser retirada. Isto desrespeitaria a visão de mundo dos ateus, cujos direitos de cidadania precisam ser igualmente respeitados. A vida, nesta perspectiva, seria destituída de um valor social, não possuindo uma dimensão coletiva e nem relevância para a realização dos fins da própria sociedade.

Por derradeiro, o autor lembra que se devem evitar os chamados “tratamentos desumanos”, evitando-se o demasiado prolongamento da vida de quem, em função da morte irremediável e do sofrimento intenso, consequências da

²⁵³ ORDEIG, *Ibid.*, p. 5-6.

enfermidade, já não tem qualquer esperança de dias melhores. Sustentando-se na proteção aos direitos humanos encontrada na Constituição da Espanha, Ordeig alega “que as unidades de cuidados intensivos, por vezes, podem converter-se numa câmara de tortura; ou mesmo que algumas enfermidades podem provocar padecimentos superiores aos que têm sua origem num exercício de sadismo policial”. E conclui: “por isso que nos casos de eutanásia consentida a morte do paciente pressupõe o ponto final de um ‘tratamento desumano’”²⁵⁴. Seu pensamento, portanto, converge para o total respeito à autonomia do paciente, conferindo-lhe o direito de, com o seu consentimento, legitimar a conduta de terceiro que lhe provoque a morte, no caso de eutanásia.

Na discussão sobre essa relativização da vida no induzimento, na instigação e no auxílio a suicídio, Claus Roxin se posiciona pela disponibilidade do bem jurídico. Considerando que a lei penal alemã não criminaliza a conduta de quem, de qualquer modo, colabora para que outra pessoa se mate, ele afirma:

Todo auxílio pressupõe um fato principal antijurídico de um autor. Já que o suicídio não se compreende no tipo de crimes de homicídio, os quais pressupõem a morte de uma outra pessoa, também não há auxílio para este delito inexistente. Quem, através da entrega de veneno ou de uma pistola, possibilita a um homem gravemente adoentado que dê termo à própria vida, não responde penalmente²⁵⁵.

O raciocínio de Roxin se baseia na ideia de que o acessório segue o principal: se a conduta principal, que é tirar a própria vida, não constitui ilícito penal, igualmente não será ilícito o comportamento daquele que fornece veneno ou outro meio a quem deseja se matar. Como não há delito na conduta principal, não é possível reconhecê-lo na conduta acessória. Entretanto, tal entendimento desconsidera, por exemplo, a lesividade do comportamento de quem trabalha, no psiquismo alheio, a fragilização da sua capacidade de autodeterminação, incutindo ou mesmo reforçando ideias suicidas e, com tal conduta, tornando-se fomentador da sua morte.

Günther Jakobs vai um pouco mais longe do que Roxin. Sem levar em conta qualquer consideração sobre disponibilidade do bem jurídico vida, Jakobs, defende a possibilidade de ser justificada a conduta de quem mata a outrem atendendo a seu

²⁵⁴ ORDEIG, *Ibid.*, p. 06.

²⁵⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.

pedido, desde que este pedido seja plausível e manifestado por indivíduo responsável. Assim, pouco importariam os motivos determinantes do desejo de morrer, tampouco o fato de tratar-se de uma ingerência de terceiro sobre a vida de outrem, provocando-lhe a morte. Os requisitos necessários para legitimar essa ingerência seriam, tão somente, a presença de um consentimento plausível e oriundo de quem tenha capacidade para consentir²⁵⁶. Jakobs, contudo, não esclarece o que entende por “pedido plausível”, quais seriam os parâmetros utilizados para aferir essa plausibilidade, o que abre espaço para o preenchimento de seu conteúdo sem que se sigam critérios claros.

Além disso, Jakobs afirma que a situação de colaboração para o suicídio não é problema do Estado, realçando a prevalência da autonomia individual sobre a vontade coletiva que pretenda estabelecer limites à liberdade de cada um.

Todos esses pontos de vista parecem situar a disponibilidade da vida em uma zona isenta de conflitos. Talvez pelos valores protegidos em países como Espanha e Alemanha, se possa sustentar, com certa facilidade, uma relativização da vida e o respeito irrestrito à autonomia individual, a ponto de que o seu exercício seja o bastante para legitimar a participação de terceiro na morte de outrem.

No Brasil, porém, tal entendimento não encontra eco, pelo menos no atual contexto. Os valores sociais, políticos e culturais da sociedade brasileira ainda referendam a criminalização da ingerência de terceiros na determinação da morte de alguém, porque a vida é considerada, para além de um direito individual, um valor coletivo, cuja preservação garante a realização dos próprios fins do Estado.

Essa resistência à relativização da vida como bem indisponível pelo consentimento do seu titular parece ser referendada pela própria legislação quando, por exemplo, não considera típica a coação exercida para se impedir suicídio, conforme o art. 146, §3º, II, do CPB. Tal norma reforça a noção de que, embora se tenha optado político-criminalmente pela não criminalização do suicídio, matar-se não constitui uma conduta não proibida ou não ordenada, mas tão somente tolerada, sendo socialmente indesejada e passível de ser impedida por terceiros.

Acertada se revela, nesse contexto, a opção do legislador pátrio. Apesar das discussões sobre a indisponibilidade da vida e das possíveis relativizações da proteção que se lhe estende, não se concebe um salvo-conduto que autorize alguém

²⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Teoria da Pena; e, Suicídio e homicídio a pedido*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, *passim*.

a participar, *latu sensu*, da morte de outrem sem uma resposta do Direito Penal a essa ingerência. Ainda não foi possível refletir suficientemente sobre o consentimento do ofendido na justificação ou, mesmo, determinando a atipicidade de tais hipóteses, aquilatando-se suas consequências, razão pela qual se justifica a sua indisponibilidade e a sua disciplina pelo Direito Penal.

No induzimento, na instigação e no auxílio a suicídio, encontra-se uma criminalização expressa no artigo 122 do Código Penal. Nos casos de eutanásia e homicídio a pedido, tem-se a criminalização do CPB, embora ainda não se revele a mais adequada. Enquanto aquela se enquadra nas hipóteses de homicídio privilegiado, considerando-se que o agente foi motivado por relevante valor moral, qual seja, suavizar o sofrimento alheio, este se amolda à figura do homicídio, podendo ganhar feições de homicídio qualificado, por exemplo, no caso do agente, além de matar a pedido, o fizer mediante paga ou promessa de recompensa.

Indiscutivelmente, embora o consentimento não possa afastar a punibilidade nos casos de eutanásia, homicídio a pedido e induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, sua presença deve ser levada em conta na tipificação de condutas e na individualização legislativa da pena, conforme a discussão que se segue e as apresentadas sugestões *de lege ferenda*.

5.1 SUGESTÕES DE *LEGE FERENDA*

Após as considerações feitas, convém enfrentar as formas de participação na morte de outrem com um olhar prospectivo, apresentando sugestões *de lege ferenda* para o melhor tratamento da matéria na legislação penal pátria.

Talvez se possa objetar a desnecessidade de um novo tratamento penal, aduzindo-se que as tipificações já existentes dão conta da realidade posta, bem como que novos tipos somente contribuiriam para a crescente hiperinflação legislativa na seara penal, que depõe contra a própria objetividade e eficácia do sistema penal. No entanto, a afirmação seguinte, encontrada em Costa Andrade, oferece oportunidade de reflexão e de entendimento no sentido de que o tratamento penal mais ajustado das formas de participação de terceiro da morte de outrem reclama maior precisão por parte do legislador. Eis o trecho:

[...] mesmo quando manteve incriminações com curso na tradição jurídico-penal, o legislador acabou, não raro, por estabilizar e sancionar uma profunda transformação semântica por força daquele – bem conhecido e já assinalado – fenómeno da historiografia das instituições penais: muitas vezes só na aparência do nome ou da descrição da facticidade típica uma infracção permanece a mesma. Então, a aparência de mesmidade esconde transformações decisivas ao nível da realidade sociológico-cultural, das construções sociais da realidade, das referências e simbolizações que dão um sentido *novo* à incriminação. Resumidamente, o que *parece o mesmo já é outro*²⁵⁷.

Assiste razão a Costa Andrade quando diagnostica, com precisão cirúrgica, esse fenómeno social de ressignificação dos tipos penais incriminadores. Embora se conservem na forma e na aparência, as tipificações terminam por ganhar novo sentido, seja pelo preenchimento diverso do conteúdo jurídico de certos elementos normativos, seja pela modificação de valores, que vão dar nova feição aos bens jurídico-penalmente tutelados e, conseqüentemente, repercutir sobre a proteção pretendida pela norma jurídico-penal.

Esse fenómeno é vislumbrado, por exemplo, no enquadramento da eutanásia como homicídio privilegiado, como se tornou práxis na construção doutrinária e no fazer jurisprudencial pátrios. Embora, originalmente, a criação da forma menos grave de homicídio tenha-se orientado em outras direções, o ajustamento da incriminação à dinâmica sociocultural impôs o preenchimento do conteúdo jurídico do “motivo de relevante valor moral” com o comportamento de quem tira a vida naquelas hipóteses da chamada “morte piedosa”. A prescrição normativa foi, em certa medida, se adaptando ao fenómeno cada vez mais recorrente, na ausência de uma tipificação mais específica.

Por outro lado, em função dessa mesma dinâmica social, e em razão do reconhecimento da “profunda transformação semântica” porque passam certas expressões ao assumirem significados diferentes, prenes de conteúdo ideológico, bem como pela necessidade de observância do princípio da taxatividade, a prática da eutanásia já não parece mais ajustável ao tipo de homicídio privilegiado. Embora ainda se lhe reconheça uma motivação que justifique seu tratamento diferenciado, em relação ao tipo base de homicídio, o reconhecimento da presença de outros elementos configuradores da conduta criminalizável, dentre eles o consentimento do

²⁵⁷ ANDRADE, 1991, p. 493.

ofendido, indicam a imprescindibilidade de sua caracterização em apartado, até mesmo com o fim de evitar o alargamento indevido da figura.

Algo semelhante se deu com o crime de induzimento, instigação e auxílio a suicídio. Historicamente, o legislador pátrio sempre envolveu, em uma mesma incriminação, as três condutas que, em essência, caracterizam graus distintos de lesão ao bem jurídico vida. Em função da proteção jurídico-penal absoluta, gozada pelo bem jurídico vida em passado não muito distante, os três comportamentos criminosos sempre foram considerados como portadores de uma mesma força lesiva, sem que se atentasse para suas peculiaridades e, mesmo, para a importante função desempenhada pelo consentimento do que se mata.

No entanto, é possível dizer que na primeira hipótese do artigo 122 do Código Penal brasileiro, ou seja, o induzimento, o ato de fazer nascer, no outro, a vontade e a determinação para a morte parece ser bem mais sério do que reforçar uma vontade pré-existente, mesmo porque não se poderá dizer, com precisão, até que ponto a instigação foi fundamental para conduzir a vítima ao suicídio. Em ponto intermediário entre uma e outra forma se posiciona o auxílio material: a vontade já existente é, em certa medida, reforçada pelo oferecimento dos meios necessários para o autocídio, ao passo que essa oferta de meios representa um *plus* que não aparece no ato de instigar. Por isso, pode-se dizer, em uma tentativa de estabelecer um comparativo entre as três condutas, que o induzimento é mais grave do que a prestação de auxílio material, por sua vez mais grave do que a instigação.

Além disso, o debate sobre autonomia individual como consectário do direito à liberdade, aliado à defesa do direito de morrer como expressão de dignidade humana conduz, necessariamente, ao repensar a figura típica, seja para reconhecer a impossibilidade de se aquilatar o grau de interferência e lesividade intersubjetiva daquele que instiga outro ao suicídio, seja mesmo para se questionar, nas demais modalidades, até que ponto a vontade livre e consciente de morrer, presente no acolhimento da sugestão – indução – ou na solicitação dos meios necessários para executar a morte – prestação de auxílio – tem o condão de descriminalizar ou atenuar o impacto social do crime.

Torna-se possível, ainda, a partir da iluminação de Costa Andrade, pensar sobre a hipótese do homicídio a pedido, não diretamente criminalizado na legislação brasileira, mas que pode encontrar supedâneo na tipificação do artigo 121 do Código Penal. Embora se possa pensar que a eutanásia pode configurar uma hipótese de

homicídio a pedido, ambos se diferenciam pelo motivo que determina o consentimento, haja vista que, neste, não há vinculação da conduta do agente a nenhuma motivação específica. Dito de outra forma: enquanto na eutanásia consentida o que pede para morrer o faz impelido pela dor sofrida e pela presença do mal irremediável, no homicídio a pedido a motivação é livre, podendo ser de qualquer natureza. O que é levado em consideração, aqui, é a presença do consentimento do ofendido e a sua capacidade de atenuar a reprovação social que recai sobre o fato.

Pensado sob a ótica legislativa atual, o homicídio a pedido pode vir a ser considerado tanto homicídio privilegiado, quanto homicídio qualificado, conforme a casuística. Como exemplo da primeira hipótese, é possível citar o caso de uma mãe que tenha, culposamente, atropelado o próprio filho, levando-o a óbito, e que pede a outrem que lhe retire a vida por não suportar conviver com essa lembrança (homicídio privilegiado pelo motivo de relevante valor moral).

A segunda hipótese pode ser identificada, por exemplo, quando se pede para ser morto simplesmente por não ter sido aprovado no exame de habilitação para automóveis, e é atendido por terceiro. Tal situação bem pode ser enquadrada como homicídio qualificado por motivo fútil, haja vista que, ao aderir ao pedido sem qualquer ponderação, aquele que executa a morte também se vincula à futilidade do motivo do que morre, enquadrando-se na ideia de desproporcionalidade entre motivo determinante e consequência do ato.

Em qualquer caso, contudo, perde-se de vista um elemento fulcral da conduta: o consentimento do ofendido, do que deseja morrer. De fato, o que verdadeiramente deveria caracterizar o homicídio a pedido é o consentimento e, mesmo, a solicitação para morrer daquele que se faz vítima. Independentemente da motivação do titular do bem jurídico, quem comete o homicídio o faz em atenção ao seu pedido, o que, por si só, já revela uma diferenciação sensível em relação às demais hipóteses de homicídio tipificadas.

Esse tratamento diferenciado pode ser verificado, por exemplo, nas leis penais alemã, portuguesa e espanhola. Em todas elas, o legislador optou por atribuir penas sensivelmente menores ao homicídio a pedido, em comparação com as formas simples e qualificada do crime. O fator determinante para tanto foi a presença do consentimento do ofendido que, não podendo afastar a tipicidade ou excluir a ilicitude do fato, porque os valores sociais ainda não lhe conferem força

suficiente para mitigar a indisponibilidade da vida nestes casos, empresta-lhe uma menor reprovação social, expressando, ao menos, um respeito à sua presença como exercício da autonomia individual.

No que respeita à eutanásia, também parece que o consentimento do ofendido ainda não é o bastante para determinar a livre disposição da vida pelo seu titular. Por mais se reconheça o direito de autolesão, permitindo-se que o indivíduo retire a própria vida ou se recuse a receber os cuidados necessários para preservá-la, quando irremediavelmente enfermo ou vítima de permanente e insuportável sofrimento, estas condições não são aptas a garantir que se consinta que outrem participe, com atos executórios, na morte do que sofre. Nem mesmo na Alemanha, país tradicionalmente mais aberto do que o Brasil para essas questões, o valor autonomia individual prevalece, inteiramente, sobre o valor vida.

Entretanto, também nos casos de eutanásia se admite, ao menos, que o comportamento do agente se reveste de uma gravidade menor, pela presença do consentimento e dos motivos supracitados. Na Espanha, para lembrar somente de um caso, a relevância do consentimento aliado à motivação específica é tal que a hipótese é apenada com as penas previstas para a simples cooperação ou a cooperação executiva ao suicídio, reduzidas de um a dois terços, também como reflexo da menor reprovação social que recai sobre o fato.

Nas modalidades de induzimento, instigação e auxílio a suicídio, a relevância do consentimento pode ser ainda mais sentida. Na Alemanha, como visto, nenhuma das modalidades constitui crime. Partindo-se da ideia de que o acessório segue o principal, os alemães entendem que, não sendo crime matar a si próprio, quem concorre para tanto sem praticar atos de execução não pode ser penalmente responsabilizado, haja vista que a conduta principal não o é. Trata-se, claramente, da aplicação do consentimento da vítima à luz da teoria monista, mesmo em face da vida, em clara relativização da sua indisponibilidade, dando-se prevalência à autonomia individual, e não ao interesse coletivo na proteção da vida.

Portugal e Espanha, por exemplo, não chegam até ao ponto de descriminalizar por completo, mas já retiraram a instigação da esfera de proibição penal. O induzimento, por sua vez, é disciplinado separadamente do auxílio material, chamado de “cooperação ao suicídio” pelos espanhóis, sendo que este é considerado menos grave do que aquele, pelas razões já aventadas. Mais uma vez,

a reprovação social atenuada, por força do consentimento do ofendido, operou uma redução sensível das penas atribuídas aos crimes referidos.

Esse reconhecimento de que a presença do consentimento diminui a reprovação social que recai sobre o fato se revela também no Código Penal brasileiro. O aborto provocado por terceiro pode acontecer de dois modos: sem o consentimento (artigo 125) ou com o consentimento (artigo 126) da gestante. Na segunda hipótese, a pena aplicada é de, no mínimo, 3 (três), e no máximo de 10 (dez) anos, enquanto na primeira, ou seja, quando há consentimento, a pena é oscila entre 1 (um) e 4 (quatro) anos. Além disso, o parágrafo único do artigo 126, que traz a hipótese consentida, afirma:

Art. 126.

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.²⁵⁸

O dispositivo trata das hipóteses de vício do consentimento. Nas duas primeiras hipóteses, presume-se que a gestante menor de 14 (quatorze) anos ou a alienada mental não é capaz de consentir validamente com o ato e, por esse motivo, a conduta do agente se reveste de maior desvalor social. O mesmo se diga quando presentes, em qualquer hipótese, a fraude, a grave ameaça ou a violência, que impedem a livre manifestação da vontade, seja pela coação direta, seja por não permitir uma melhor apreciação da realidade. Presentes tais condições, afasta-se o benefício da pena menor, trazido pelo consentimento, aplicando-se a mesma pena do aborto provocado não consentido.

O que torna a pena do aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante mais branda do que o não consentido é o próprio consentimento, que diminui o desvalor social da conduta e justifica um tratamento mais benéfico.

Aceitar a relevância no consentimento no crime do artigo 126 do Código Penal e não fazer espriar a sua força pelas hipóteses de induzimento, instigação e auxílio a suicídio, bem como para o homicídio a pedido e a eutanásia, importa em

²⁵⁸ BRASIL, Decreto 2.848, 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 08 nov. 2012.

uma assimetria condenável, por não garantir, à lei penal brasileira, um ajustamento de seus dispositivos aos novos valores socialmente reconhecidos.

Acredita-se que o consentimento não é bastante para descriminalizar tais condutas, pela prevalência do valor vida em detrimento do valor autonomia individual. No entanto, é inquestionável que a sua presença marca os tipos penas em estudo com um diferencial, exercendo certa liberalidade sobre a vida, mitigando seu valor e permitindo um apenamento mais brando.

Essa assimetria indica, também, a indispensabilidade de um melhor enquadramento penal de tais condutas, através da criação de tipos penais incriminadores mais específicos, em obediência ao consagrado princípio da taxatividade.

Em razão disso, apresentam-se, a seguir, algumas sugestões *de lege ferenda*.

5.1.1 Indução ao suicídio

O ato de induzir alguém a suicídio necessita de tratamento em apartado na legislação penal pátria. Como afirmado para trás, já não se pode dizer que as três condutas previstas no artigo 122 do Código Penal brasileiro recebem o mesmo juízo de reprovação social. A identificação e aceitação disto conduziu países como Espanha e Portugal a desmembrar o tradicional tipo de “induzimento, instigação e auxílio a suicídio” para, em obediência ao princípio da taxatividade e à significação social distinta de cada comportamento, conferir um tratamento penal mais adequado a cada.

Nesse sentido, propõe-se um tipo de “induzimento a suicídio” com a seguinte redação:

Induzimento a suicídio

Art. 122-A. Induzir alguém a cometer suicídio:

Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

Entende-se por induzir o ato de criar a vontade na mente alheia, o despertar do ímpeto suicida onde ainda não existia. Tal comportamento se reveste de significativa reprovação social, nada obstante ser a própria vítima a executora da

morte. O seu consentimento, ao acolher a sugestão, não ilide a responsabilidade penal de quem sugestiona, embora não revele a mesma gravidade do homicídio.

Despertar alguém para a vontade de morrer, resultando em sua morte, é conduta grave que merece pena diferenciada das demais hipóteses, como se verá. Foi feita a opção por não estabelecer uma tentativa diferenciada, como faz o atual art. 122 do CPB, com a previsão de outra pena caso resulte lesão grave ou gravíssima. Passariam a valer, como em relação aos outros crimes, as regras da tentativa do art. 14, parágrafo único, do CPB.

Na quantificação da pena, pensou-se em uma quantidade inferior à pena do homicídio simples, que fica entre 06 (seis) e 20 (vinte) anos, embora o máximo ultrapasse o mínimo deste tipo; mais próxima à do homicídio privilegiado, que prevê redução de um sexto a um terço em relação ao homicídio simples, e; maior do que a pena do atual art. 122, entre 02 (dois) e 06 (seis) anos, que engloba três condutas substancialmente diferentes.

A fixação da pena entre 03 (três) e 08 (oito) anos não fere o princípio da proporcionalidade, pois o seu cotejo com as formas mais graves de lesão contra a vida revela uma gradação para menor, em atenção à menor reprovabilidade social do fato.

5.1.2 Instigação ao suicídio

Em Portugal e na Espanha, países que ainda sustentam tipificações em torno das condutas que levam ao suicídio, a modalidade de instigação já não é criminalizada. Entretanto, acredita-se que tal comportamento ainda merece reprimenda penal, pois não se pode negar o desvalor social do comportamento daquele que alimenta o ideal suicida onde a vontade já existe.

Dessa forma, sugere-se a criação de um tipo intitulado “instigação ao suicídio”, com a redação seguinte:

Instigação a suicídio

Art. 122-B. Instigar alguém a cometer suicídio:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Aqui, portanto, um afastamento da lei espanhola e da portuguesa. Apesar de se concordar que despertar uma vontade ausente e reforçar uma vontade pré-existente sejam condutas axiologicamente diferentes, não se pode desprezar a lesividade de que a instigação se reveste.

A instigação se refere ao estímulo dirigido àquele que já traz, na mente, a vontade de se matar. O autor do crime adere à vontade da vítima e procura fortalecê-la, criando nele a determinação que lhe falta. Nem sempre a vontade que já existe é suficientemente forte, robusta, a ponto de sustentar uma decisão de se matar. Quase sempre, aquele que é vítima de instigação é vacilante quanto ao que verdadeiramente quer, permanecendo numa zona fronteira entre matar-se ou permanecer vivo. Deste ponto de vista, a interferência externa constitui elemento significativo, na medida em que pode, desde uma visão diferenciada, apresentar novos argumentos ou mesmo novas perspectivas sobre uma mesma situação, significando o ponto nevrálgico da decisão última do suicida.

Sendo assim, a conduta de quem instiga deve permanecer tipificada, embora com uma pena diferente da indução. Note-se que o mínimo e o máximo de pena são propostos abaixo do induzimento a suicídio, considerando-se a instigação menos grave do que a indução.

A existência de uma vontade prévia, indicando a inclinação da vítima para a morte, desempenha papel sobremodo importante no seu consentimento ao aceitar a instigação, mas não tanto que deva resultar na atipicidade da conduta.

5.1.3 Auxílio a suicídio

O terceiro comportamento previsto na incriminação do atual artigo 122 do Código Penal brasileiro é “prestar auxílio” a suicídio. Refere-se à conduta de quem, reconhecendo no outro a vontade de se matar, oferece-lhe os meios necessários para que o faça, disponibilizando-lhe o veneno, a arma, a corda ou qualquer outro artefato que possa ser empregado para causar a morte.

Em virtude de sua alta lesividade e do seu desvalor social, entende-se necessário manter a sua incriminação, nos seguintes termos:

Auxílio a suicídio

Art. 122-C. Fornecer meios necessários para que alguém se mate:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Nos passos da lei espanhola, concorda-se com a criminalização do auxílio ou cooperação ao suicídio. A lei brasileira o faz; entretanto, é imprescindível deixar claro, na própria tipificação, que o auxílio a que a lei se refere é o necessário, entendido como fornecimento de meios sem os quais o suicídio não aconteceria, assim como o faz o Código Penal espanhol. Entende-se como meio necessário aquele que é apto para produzir a morte. É o caso, por exemplo, do “chumbinho”, na morte por envenenamento, das balas do revólver ou da própria arma de fogo, da corda no enforcamento.

Não seria necessário, por outro lado, o meio que não é apto, por si mesmo, para produzir a morte. Assim, não pode ser considerado necessário o copo que é entregue, dentro do qual será colocado o líquido corrosivo, ou uma sacola ou mochila onde se transportará a corda ou a arma de fogo.

A gravidade do auxílio a suicídio se situa entre a indução e a instigação. Não tem o mesmo significado daquela, porque não faz nascer o ideário suicida, mas apresenta um *plus* à instigação, pois o fornecimento de meios necessários, além de representar um comportamento desvalioso por si mesmo, também funciona como forma de reforçar a vontade de morte da vítima, ainda que indiretamente.

Sendo assim, conserva-se o mínimo de pena de 02 (dois) anos, como na previsão da instigação, situando o máximo em 06 (seis) anos, acima da instigação e abaixo do induzimento.

Aqui, como nas demais figuras, identifica-se o papel relevante do consentimento do ofendido, fator determinante da menor reprovação social que recai sobre o fato e, conseqüentemente, da sua pena diferenciada.

Visto dessa forma, quem presta auxílio material não somente fornece meios, mas também reforça a vontade de morte do suicida, ao oportunizar a materialização do suicídio.

5.1.4 Homicídio a pedido

O homicídio a pedido não é especificado no Direito Penal brasileiro. Sua ocorrência ora pode se enquadrar como homicídio simples, ora como privilegiado e ora como qualificado.

As reflexões feitas até então, todavia, demonstram o desconforto de situar essa hipótese de homicídio nas previsões já existentes. O seu elemento principal, que é o consentimento do ofendido, passa despercebido em tal opção, desrespeitando-se o princípio da taxatividade e não se emprestando a devida atenção ao desvalor social do fato, que lhe dá contornos diferentes.

Propõe-se a seguinte incriminação para o homicídio a pedido:

Homicídio a pedido

Art. 121-A. Matar alguém, atendendo a seu pedido expresso e consciente:

Pena: reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos.

Em decorrência das razões já explicitadas, faz-se um afastamento da opção ideológica da lei espanhola de consubstanciar a morte a pedido como uma hipótese de cooperação executiva a suicídio. Esta nomenclatura pretende transmitir a ideia de que o comportamento criminoso não se reveste de grande gravidade, na medida em que o retira da esfera do homicídio para a do suicídio. Pensar assim é diminuir as consequências perniciosas da conduta, tentando retirar-lhe a natureza de homicídio, embora diferenciado.

É verdade, sim, que matar atendendo a um pedido da vítima não é o mesmo que pura e simplesmente matar. Porém, daí a descaracterizar a conduta da esfera de homicídio, minorando sua gravidade, vai uma distância gigantesca. Por isso, a criminalização não é feita no âmbito do art. 122, e sim do art. 121, constituindo-se em uma espécie de homicídio.

O elemento principal do tipo é o consentimento. Trata-se da manifestação da vítima, solicitando que outrem execute a sua morte. Tal consentimento deve ser veiculado em pedido *expresso e consciente*.

O pedido expresso é o claro, inequívoco. É o que emana de uma clara manifestação da vítima, não podendo ser inferido de certas falas ou comportamentos. Pode ser feito de forma oral ou escrita, mas é importante que seja

reduzido a termo ou comprovado por testemunhas, que tenham assistido à sua exteriorização. O consenciente precisa deixar devidamente esclarecido o que deseja, ao dirigir-se àquele que quer como executor da morte.

Por pedido consenciente deve-se entender, primeiramente, o emanado de pessoa capaz. Esta capacidade não se confunde com a capacidade civil; trata-se da capacidade para entender o que representa a morte e sua irrevogabilidade. Pode ser dado por pessoa menor de dezoito anos, desde que capaz de compreender o fato.

Outro requisito do consentimento consenciente é a compreensão do seu alcance. É preciso que a vítima tenha plena representação do que deseja e do alcance disso, deixando-o claro ao autor a sua vontade.

Não é necessária qualquer motivação especial para legitimar o consentimento. Qualquer razão pode impelir a vítima a querer a morte. No entanto, caso se oriente pela presença de doença incurável e que lhe proporcione padecimentos difíceis de suportar, deixa-se de considerar a hipótese como de homicídio a pedido para amoldá-la à de eutanásia, que será apresentada no próximo tópico.

Em virtude da atenção especial à presença do consentimento da vítima, que deve ser levado em conta na situação em apreço, vislumbra-se, na modalidade, uma espécie de homicídio privilegiado. Enquanto as penas do homicídio simples oscilam entre um mínimo de 6 (seis) e um máximo de 20 (vinte anos), no homicídio a pedido as penas estão entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos. O consentimento, aqui, embora não tenha o condão de promover a atipicidade da conduta ou mesmo sua justificação, atua sobre a punibilidade, reduzindo a pena a ser aplicada, face à menor reprovação social do fato.

Note-se que o mínimo previsto é maior do que à máxima redução (um terço) de pena do homicídio privilegiado, parágrafo único do artigo 121 do CPB, o mesmo acontecendo com o máximo de pena abstratamente cominada. Entende-se que os motivos causadores do chamado homicídio privilegiado são menos desvaliosos do que o consentimento no homicídio a pedido.

5.1.5 Eutanásia

A última sugestão *de lege ferenda* apresenta a eutanásia. Sua ocorrência, no Direito Penal brasileiro, é considerada como homicídio privilegiado. Entretanto, já

se disse que esta solução não atende ao princípio da taxatividade, segundo o qual deve haver uma tipificação mais específica e que atenda aos contornos objetivos da modalidade.

O crime de eutanásia pode ser definido nos seguintes termos:

Eutanásia

Art. Matar alguém que sofra uma enfermidade incurável que o conduzirá necessariamente à morte, atendendo a seu pedido expresso e consciente, com o fim de abreviar-lhe os graves padecimentos, permanentes e difíceis de suportar:

Pena – reclusão, de 04 (quatro) a 12 (doze) anos.

A conduta incriminada leva em consideração os elementos que tradicionalmente são associados à eutanásia. Trata-se de matar alguém “que sofra uma enfermidade que o conduzirá necessariamente à morte”. Não é a presença de qualquer enfermidade que justifica o enquadramento nesta forma especial, e sim daquela que seja incurável, para a qual os recursos médicos existentes não oferecem solução. Além disso, esta doença incurável deve conduzir o seu portador, irremediavelmente, à morte. Há doenças que são incuráveis e que não alteram significativamente a qualidade de vida do sujeito, tampouco acenam com o desfecho da morte. A enfermidade há de ser incurável e conduzir, necessariamente, à morte do seu portador.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Não há qualidades especiais previstas, como ser médico ou profissional de saúde. Crime comum quanto ao sujeito ativo, qualquer pessoa que seja solicitada pela vítima que saiba da sua doença incurável, bem como das dores insuportáveis pelas quais passa, poderá cometer o crime.

O consentimento da vítima é indispensável para configuração do delito. Muito mais do que o seu consentimento, requer-se o seu pedido, uma solicitação dirigida ao autor do fato. Este pedido há de ser *expresso e consciente*.

Como dito no item anterior, pedido expresso é o claro, inequívoco. Emanar de uma clara manifestação de vontade da vítima, sem que se possa inferi-lo de certas falas ou comportamentos. Pode ser declarado por escrito ou oralmente, embora sempre deva ser reduzido a termo ou comprovado por testemunhas, que atestem a veracidade da sua exteriorização. O consenciente precisa deixar

devidamente esclarecido o que deseja, ao dirigir-se àquele que quer como executor da morte.

Por pedido consciente deve-se entender, primeiramente, o emanado de pessoa capaz. Esta capacidade não se confunde com a capacidade civil; trata-se da capacidade para entender o que representa a morte e sua irrevogabilidade. Pode ser dado por pessoa menor de dezoito anos, desde que capaz de compreender o fato.

O tipo apresenta, ainda, um elemento especial subjetivo, que é “o fim de abreviar-lhe os graves padecimentos, permanentes e difíceis de suportar”. Grave é o sofrimento superlativo, que se mostra acima das forças da vítima, da sua capacidade de suportar; permanente é o sofrimento duradouro, que se prolonga no tempo. O agente deve conhecer essas características e atuar com a finalidade de abreviar esse sofrimento. Ausente este fim especial, a conduta é desclassificada da eutanásia e passa a ser considerada homicídio a pedido.

A eutanásia, aqui, é considerada um crime mais grave do que os relacionados ao suicídio (induzimento, instigação e auxílio) e menos grave do que o homicídio a pedido. No primeiro caso, a maior gravidade se justifica porque nas modalidades ligadas ao suicídio, conquanto o comportamento do agente seja fundamental, ele não pratica atos executórios, deixando-os na estrita esfera de liberalidade da vítima. Na eutanásia, os atos de execução da morte são praticados pelo autor, o que torna seu comportamento mais desvalioso. Neste ponto, esta sugestão *de lege ferenda* se afasta da lei espanhola, em que a eutanásia é mais brandamente apenada do que o induzimento e a cooperação com o suicídio.

O que torna a eutanásia menos grave do que o homicídio a pedido é a natureza da motivação. Enquanto neste não se requer nenhum motivo especial da vítima que busca a morte e consente que outrem a execute, naquela o fim de aliviar o intenso sofrimento provocado pela enfermidade incurável torna o comportamento do autor menos reprovável.

Dessa forma, a pena mínima de 04 (quatro) anos é maior do que a prevista para o induzimento a suicídio (três anos) e mais alta do que no homicídio a pedido (cinco anos). Já a pena máxima de 12 (doze) anos é fixada sensivelmente mais baixa do que o homicídio a pedido (quinze anos) sendo, também, menor do que a maior diminuição do homicídio privilegiado.

Optou-se por não se tratar da ortotanásia, pela compreensão de que a sua discussão fugiria aos objetivos deste trabalho, pois se entende não constituir,

propriamente, uma forma de participação de terceiro na morte de outrem, mas sim ato de respeitar o direito da própria pessoa, no exercício de sua autonomia, escolher submeter-se ou não a determinados tratamentos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da relevância do consentimento do ofendido nas formas de participação de terceiro na morte de outrem traduz um impositivo dos dias atuais. Face à ênfase, cada vez maior, que se empresta à autonomia individual frente a ingerência do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos, a possibilidade de alguém permitir a uma outra pessoa a ofensa a bens jurídicos considerados fundamentais, tal como a vida, abre espaço para reflexões que conduzem ao questionamento da validade desse consentimento, de sua força jurídico-penal.

Embora a expressão “consentimento do ofendido” encerre um desconforto dogmático, haja vista que não traduz, com fidelidade, a relação que se estabelece entre o titular do bem e o próprio bem protegido, entende-se necessário mantê-la, seja pelo relativo consenso formado sobre sua utilização, seja mesmo pela necessidade de melhor caracterizar o instituto, sob pena de seu esvaziamento de sentido técnico e dogmático.

O Código Penal brasileiro não trata do assunto em sua parte geral, desconhecendo-o como causa de exclusão da ilicitude. Nada obstante, é possível surpreendê-lo na Parte Especial do referido diploma, na disciplina do crime de autoaborto ou aborto praticado com o consentimento da gestante, bem como em outros diplomas legais, tais como lei 9.434/97, que trata da doação de órgãos para fins de transplantes e/ou tratamento, e a lei 9.263/96, que fala de planejamento familiar. Estes e outros exemplos dão conta da relevância que tem assumido na atualidade, o que corrobora com a necessidade do seu melhor estudo.

Algumas teorias se destinam à apreciação do consentimento do ofendido. Dentre elas, pode-se falar de um conjunto de Teorias Monistas, de um lado, e Teorias Dualistas, de outro. As Teorias Monistas pretendem que o consentimento funciona, tão somente, como causa de exclusão de tipicidade. Para os seus adeptos, o bens jurídicos, existindo para garantir o livre desenvolvimento dos indivíduos, deve-se entregar a estes a livre decisão do destino a lhes dar, independentemente da natureza do bem. Além disso, pela ausência de ponderação de interesses, não se poderia considerar o consentimento como causa justificante, mas tão somente de exclusão da tipicidade da conduta. Quem pratica determinado fato com o consentimento do titular do bem não praticaria uma conduta desvaliosa, na medida em que atua em atenção à vontade de quem de direito.

Para as Teorias Dualistas, o consentimento do ofendido ora exclui a tipicidade, ora exclui a ilicitude. No primeiro caso, desde que o dissenso integre a definição legal do crime, a presença do consentimento afastaria uma das elementares típicas, o que lhe retiraria a tipicidade. No segundo caso, o consentimento funcionaria como causa de justificação sempre que estivesse, em jogo, um bem jurídico disponível e que o seu titular tenha capacidade para consentir.

Nesse sentido, apresentam-se alguns requisitos de validade do consentimento, a saber: o *tempo* (consentimento deve ser prestado antes ou depois da conduta do agente), a *forma* (consentimento pode ser expresso ou tácito, desde que a vontade do consenciente fique inequivocamente demonstrada), a *capacidade* (o consenciente deve ser plenamente capaz de compreender o alcance e as consequências do consentimento prestado), a *ausência de coação* (o consentimento deve ser prestado sem o emprego de fraude, erro ou coação), o *conhecimento do consentimento* (o autor deve orientar-se pelo conhecimento do consentimento e por sua causa, observando os seus limites), a *titularidade do bem* (o consenciente tem que ser o único titular do bem ou, caso não o seja, atuar de conformidade com a vontade dos demais) e a *disponibilidade do bem jurídico* (o consentimento deve recair sobre bens considerados disponíveis).

No terreno do bem jurídico, sua evolução histórica mostra como as diversas concepções contribuíram para que, na atualidade, sustente-se um discurso que o identifica com os valores sociais a serem protegidos. Conquanto o discurso manifesto afirme que os bens jurídicos se destinam à salvaguarda de valores individuais, garantindo-se o livre desenvolvimento dos indivíduos, o discurso latente revela que os valores eleitos e criminalmente protegidos espelham, em verdade, os interesses das classes dominantes, em detrimento dos mais vulneráveis. Trata-se, portanto, de um instrumento de poder posto a serviço da manutenção do *status quo* de poucos em desfavor de muitos.

Dentre os bens jurídicos considerados de maior relevância social, pode-se situar a vida. Erigida à condição de valor fundamental, sua proteção no Direito Penal brasileiro indica a opção pátria pela sua indisponibilidade. Nada obstante, admite-se a relativização dessa indisponibilidade em situações específicas, tais como a pena de morte em caso de guerra declarada e a possibilidade de matar a outro quando em legítima defesa ou estado de necessidade. Nestas hipóteses, a tipicidade ou a

ilicitude são afastadas por fato de terceiro, fugindo da esfera das autolesões, que não são penalmente puníveis.

Tenta-se relativizar a vida em atenção ao respeito à dignidade da pessoa humana e à autonomia individual. Segundo esta ideia, não se deve retirar dos indivíduos o direito de decidir se a vida que tem atende a seus anseios de dignidade, razão pela qual poderiam permitir que terceiro, com seu consentimento, de alguma forma concorresse para causar a sua morte.

Entretanto, a plurissignificação da expressão dignidade da pessoa humana determina sua imprecisão conceitual e a dificuldade de utilizá-la como argumento plenamente válido para autorizar a relativização da vida. Além disso, por vezes a vontade de morrer surge nos indivíduos em situações extremas, em que sua condição de vulnerabilidade de tal forma pode afetar seu discernimento, a ponto de não compreender bem o alcance e as consequências do seu consentimento. Dito de outra forma, o livre exercício da autonomia individual esbarra na necessidade de defender o consenciente de si mesmo.

Outrossim, a vida de alguém não é, apenas, expressão da realidade de um único sujeito, mas possui significação social. Não existe autossuficiência absoluta: vive-se um processo universal de interdependência, que a todos amalgama e vincula, inexoravelmente, em um fenômeno de repercussões infinitas. A condição gregária do ser humano impõe que se reconheça um valor particular e um valor coletivo a cada vida. Tal expressão coletiva constitui um valor fundamental, ao menos no contexto da sociedade brasileira, o que determina a proteção da vida mesmo contra atos do seu titular imediato e, também, quando pretende consentir que terceiros realizem sua morte.

Entre as formas de participação de terceiro na morte de outrem, destaca-se a conduta de induzir, instigar ou prestar auxílio a suicídio. Em algumas legislações estrangeiras da atualidade, a exemplo de Espanha e Portugal, já não se pune penalmente a conduta de instigação ao suicídio, mantendo-se a criminalização das demais. Na Alemanha, por sua vez, nenhum comportamento associado ao suicídio, vindo de terceiro, é criminalizado, partindo-se do pressuposto de que, não sendo ilícito matar a si próprio, quem colabora para tanto não pode ser penalmente responsabilizado, haja vista de que o acessório (a colaboração) deve seguir o principal (o suicídio). No Brasil, as três figuras permanecem contempladas pelo

artigo 122 do Código Penal brasileiro, seguindo, em linhas gerais, as previsões legislativas dos diplomas anteriores.

Também o homicídio a pedido, figura que não existe na legislação penal brasileira, caracteriza importante forma de participação de terceiro na morte de outrem. Nesta modalidade, o indivíduo não apenas consente, como também solicita que outra pessoa provoque sua morte, atendendo ao seu desejo de morrer. Diferencia-se da eutanásia porque nesta deve existir, como motivação, uma enfermidade incurável de que resulte intenso sofrimento, enquanto naquele a motivação é livre, independente. Atualmente, não existe uma figura típica no Brasil que leve em conta o pedido da vítima para morrer, o que contribui para que esta hipótese seja inadequadamente ajustada às outras formas de homicídio.

A eutanásia, por sua vez, encontra-se disciplinada em países como Espanha, Alemanha e Portugal. No Brasil, sua tipificação tem sido feita nas disposições do homicídio privilegiado, considerando-a praticada por motivo de relevante valor moral. O Conselho Federal de Medicina, através das resoluções 1.805/2006 e 1.995/2012, vem tentando disciplinar, no âmbito da deontologia médica, a ortotanásia e as diretivas de vontade do paciente, buscando-se respeitar o seu direito de não receber tratamentos que prolonguem demasiadamente suas vidas, nos casos em que a morte seja inevitável. Entretanto, a hipótese específica da eutanásia, em que se causa a morte de alguém que padece intenso sofrimento ocasionado por doença grave e incurável e pede para morrer, permanece repercutindo na esfera do Direito Penal, reclamando sua tipificação.

Em todas essas modalidades de participação de terceiro na morte de outrem, encontra-se presente o consentimento. Aliás, pretende-se que este consentimento seja suficiente para legitimar tal interferência sem repercussões penais, o que, como já dito, não reflete os valores presentes na sociedade brasileira.

Essa necessidade de legitimar a participação de terceiro na morte de outrem deriva no desejo dos indivíduos de fugirem à dor e ao sofrimento que o processo do morrer encerra. Trata-se de uma tentativa de negar a vulnerabilidade como condição humana, haja vista que a perspectiva hedonista da atualidade informa que a vida somente é digna e socialmente útil desde que possa fruir de todo prazer possível, sendo capaz de contribuir para o avanço coletivo.

Tal visão pretende que somente uma vida digna é que deve ser vivida, apesar das dificuldades em se caracterizar essa ideia de dignidade, negando à vida

qualquer valor intrínseco, ou seja, não se admitindo que a vida possua um valor em si mesma, a ser identificado e respeitado por todos e protegido pelo Estado.

A vida, sendo um valor que existe para garantir o livre desenvolvimento de cada indivíduo, também lhe garante a sua condição humana. Por este motivo, nem mesmo o consentimento do seu titular imediato, ainda que justificado como exercício da autonomia individual, é legítimo para autorizar que terceiros provoquem o seu fim.

Nada obstante, é inquestionável que o consentimento do ofendido opera uma ressignificação do comportamento delituoso, determinando sua menor reprovação social. Embora o resultado morte seja o mesmo, não se pode negar que a vontade de morrer da vítima atenua o sentimento coletivo de repulsa, devendo ser levada em conta não apenas na incriminação das condutas, mas sobretudo na individualização da pena, tanto no momento legislativo, quando no momento judiciário.

Em vista disso, é necessário adequar as formas de criminalização da participação de terceiro às suas especificidades. Induzimento, instigação e auxílio a suicídio são condutas diferentes, com graus diferentes de lesividade que devem ser considerados pelo legislador. Cada comportamento deve configurar um tipo em apartado, na esteira de algumas legislações estrangeiras, dedicando-se-lhes o tratamento penal adequado.

Também o homicídio a pedido requer atenção especial. Em obediência ao princípio da taxatividade, deve-se criar um tipo penal em que o consentimento, materializado no pedido expresso e consciente do titular do bem, ocupe papel de destaque na incriminação. Já não se pode tratar essa figura dentro das disposições comuns ao crime de homicídio, pela sua insuficiência para alcançar os elementos específicos da conduta.

No que tange à eutanásia, a insuficiência da legislação brasileira é a mesma. Não existe mais espaço para considerá-la modalidade de homicídio privilegiado. É imprescindível sua tipificação em apartado, observando-se os elementos que a caracterizam e o grau de reprovação social diferenciado que sobre ela recai. Por esta razão, tal como nas modalidades anteriores e em obediência ao princípio da taxatividade penal, deve-se criar um tipo penal de eutanásia, para melhor ajustar do Direito Penal brasileiro à emergência do seu enfrentamento.

Assim, entende-se ser possível relativizar a proteção absoluta que a vida recebe no ordenamento jurídico-penal brasileiro, mas não a ponto de descriminalizar comportamentos em que a participação de terceiros é indispensável para determinar

a morte de outrem. Tal relativização deve ser feita em atenção à presença do consentimento do ofendido, que diminui o desvalor da ação, embora o desvalor do resultado permaneça o mesmo. Embora se reconheça que há graus diferentes de ofensa a sua integridade, que merecem o devido tratamento penal em atenção ao princípio da taxatividade, pugna-se pela valorização absoluta da vida, que é, ela mesma, a garantia da própria condição humana do ser humano.

REFERÊNCIAS

- ALBERTO, Otávio M. G. “Homicídio a pedido da vítima”. Disponível em: <http://octalberto.no.sapo.pt/homicidio_a_pedido_da_vitima.htm>. Acesso em: 05 nov. 12.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ASÚA, Luis Jiménez. *Principios de Derecho Penal: La ley e el delito*. 3 ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 12.
- BALESTRA, Carlos F. *Derecho Penal: introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- BARBOZA, Heloísa Helena. “Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?”. In BARBOZA, Heloísa H.; MENEZES, Rachel A.; PEREIRA, Tânia da S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.
- BARROSO, Luís R.; MARTEL, Letícia de C. V. “A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida”. In BARBOZA, Heloísa H.; MENEZES, Rachel A.; PEREIRA, Tânia da S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007
- BELLING, Ernest von. *Esquema de Derecho penal: La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002.
- BINCAZ, Maria Beatriz Azzolini. “Intervención en la eutanasia: ¿participación criminal o colaboracion humanitaria?” In ARANDA, Enrique D.; LIZALDE, Eugenia M. de; VALLE, Fernando C. *Eutanasia: aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 200, p. 5-15.
- BITTENCOURT, Cezar R. *Manual de direito penal: parte especial, v. 2*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov.12.

BRASIL, Decreto 2.848, 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 05 mai. 2012.

BRASIL, Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 20 jul. 2012.

BRASIL, Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 12 jul. 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal (parte geral)*. V. I, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSATO, Paulo C.; HUAPAYA, Sandro M. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; MALARÉE, Hernan H. *Lecciones de Derecho Penal, volumen II*. Madrid: Tratota, 1999.

CÓDIGO PENAL ALEMÃO. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 08 nov. 12.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 mar. 12.

CÓDIGO PENAL ESPANHOL. Disponível em: <http://pdf.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>.

CÓDIGO PENAL FEDERAL. Disponível em: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm>>. Acesso em: 15 jul. 12.

CÓDIGO PENAL PORTUGUES. CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em: 10 jul 2012.

COELHO, Yuri C. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONTRERAS, Guillermo P. “La influencia de las ciencias sonales en el Derecho penal: la defensa Del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y em el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales”. In MARTÍN, Adán N.; NEUMAN, Ulfrid; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Crítica y justificación*

del der echo penal en el cámbio del siglo. Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 1991.

COSTA ANDRADE, Manuel da. “O Consentimento do Ofendido no Novo Código Penal”. In *Para uma Nova Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 1996.

COSTA JR. Paulo J. da. *Curso de direito penal*. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

CUNHA, Rogério S. *Direito Penal – Parte Especial. Dos crimes contra a pessoa (arts. 1231 a 154 do Código Penal)*. São Paulo: RT, 2006.

CUNHA, Rogério S. *Direito penal: parte especial*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3.

FABRINI, Renato. N.; MIRABETE, Júlio F. *Manual de direito penal, volume I: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FRAGOSO, Heleno C. *Lições de Direito Penal, v. I*. 2 ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1962.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Luiz F. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz F.; YACOBUCCI, Giullermo J. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GONZÁLES, Licea. “El delito de auxilio e inducción en el suicidio; homicidio con consentimiento de la víctima. La eutanasia, análisis jurídico”. In ARANDA, Enrique D.; LIZALDE, Eugenia M. de; VALLE, Fernando C. *Eutanasia: aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2001, p. 263-274.

GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. Niterói: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1997.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEIDEGGER, Martin. *O que é metafísica*. Disponível em: <http://search.4shared.com/postDownload/B96DHbsp/heidegger_-_o_que__metafsica.html>. Acesso em: 13 out. 12.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. Fundamentos y teoria de la imputación. 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *Teoria da Pena; e, Suicídio e homicídio a pedido*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4 ed., Granada: Comares, 1993.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/17062062/Os-Tempos-Hipermodernos-Gilles-Lipovetsky>>. Acesso em: 13 out. 12.

LISZT, Franz von. *A ideia do fim no Direito Penal*. [trad. Hiltomar Martins Oliveira]. São Paulo: Rideel, 2005.

MARQUES, José F. *Tratado de direito penal: parte especial, v. II*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARQUES, José F. *Tratado de direito penal: parte especial, v. IV*. São Paulo: Saraiva, 1961.

MARX, K. *Die Grundrisse der politischen Oekonomie*. Dietz Verlag: Berliin, 1974.

MARX, K. *Die Deutsche Ideologie*. Dietz Verlag: Berliin. Dietz Verlag: Berliin, 1962.

MEZGER, *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MINAHIM, Maria A. "O direito e o dever de morrer: a complexidade de um tema". In BARBOZA, Heloísa H.; MENEZES, Rachel A.; PEREIRA, Tânia da S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

MINAHIM, Maria A. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005.

MINAHIM, Maria A. "O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis". Disponível em: <<http://eduem.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/view/9036/5027>>. Acesso em 12 de maio. 2012.

MIR PUIG, S. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático*. Barcelona: Editora Ariel, 1994.

MONTT, Mario G. *Derecho Penal: parte general, v. I*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*. 15. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Montevideu: Júlio Cesar Faira, 1975.

NICK, Sérgio Eduardo. "Eutanásia – aspectos da vida mental, na luta entre a vida e a morte". In BARBOZA, Heloísa H.; MENEZES, Rachel A.; PEREIRA, Tânia da S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

OLIVEIRA, Aline M. de. "O consentimento do ofendido". Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/aline_mota_de_oliveira.pdf>. Acesso em 13 de dezembro de 2010.

OLIVEIRA, Társis B. "As repercussões jurídico-penais da eutanásia no direito brasileiro". In *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Nº 16, Salvador: FDUFBA, 2008.

ORDEIG, Enrique G. *Vida e morte no direito penal*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

PAIVA, Márcio. "Ontologia da liberdade e suas implicações". In FREIRE DE SÁ, Maria de F.; OLIVEIRA, Bruno T. de (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rui C. "O consumo e o tráfico de drogas na lei penal portuguesa". Disponível em: <<http://reocities.com/athens/8613/bcctdlpp.html>>. Acesso em: 15 jul. 12.

PIERANGELI, José H. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIERANGELI, José H. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 361)*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José H. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3. ed., ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, v. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz R. *Curso de direito penal brasileiro*. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral, v. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 05 nov. 12.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.995/2012. Disponível em: <http://www.legisweb.com.br/legislacao/?legislacao=244750>. Acesso em: 10 nov. 12.

RIBEIRO, Diaulas C. “Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte”. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csp/v22n8/24.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 12.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez C. dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SILVEIRA, Renato de M. J. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino, v I*. 10ed., Buenos Aires: TEA, 1992.

SOUZA, Paulo V. S. de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUETÔNIO, *A Vida dos Doze Césares*. Rio de Janeiro: Ediouro, [198-?].

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

TAVARES, Juarez E. X. “O consentimento do ofendido no Direito Penal”. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7163/5114>>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

TERRAGNI, Marco A. *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

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

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

ZAPATER, Enrique Bacigalupo. *Derecho Penal: parte general*. 2 ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo. *Manual de Derecho Penal: parte general*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.