

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIOGO GOMES REGINATO

EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO, CONSENTIMENTO E ATIPICIDADE:
Comentários à dogmática contemporânea

ORIENTADORA: Professora Associada HELENA REGINA LOBO DA COSTA

SÃO PAULO

2021

DIOGO GOMES REGINATO

EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO, CONSENTIMENTO E ATIPICIDADE:

Comentários à dogmática contemporânea

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”), apresentado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito

Orientadora: Professora Associada Helena
Regina Lobo Da Costa

SÃO PAULO
2021

Catálogo na Publicação
Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Reginato, Diogo Gomes

Eutanásia e suicídio assistido, consentimento e atipicidade: comentários à dogmática contemporânea / Diogo Gomes Reginato. - São Paulo, 2021.

118 p.

Tese de Láurea (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Orientador: Helena Regina Lobo da Costa.

1. Eutanásia. 2. Suicídio assistido. 3. Dignidade humana. 4. Vida. 5. Liberdade. 6. Consentimento. Costa, Helena Regina Lobo da, orient. II. Título.

RESUMO

REGINATO, Diogo Gomes. **Eutanásia e suicídio assistido, consentimento e atipicidade:** comentários à dogmática contemporânea. Tese de Láurea (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz como um dos esteios da sociedade a dignidade humana, princípio com marcada influência kantista e pelo qual se entende os seres humanos como fins em si mesmo e nunca como meios. O texto determina também que certos direitos e garantias, dentre os quais se destacam a vida e a liberdade, são fundamentais, por constituírem o mínimo indispensável a cada membro da sociedade. Partindo de tais pressupostos constitucionais, este trabalho busca avaliar as formas de compatibilização entre eles e o tratamento penal conferido à eutanásia e ao suicídio assistido. Há, no exercício dos direitos fundamentais, variadas situações de conflito, tal como nos momentos em que indivíduos, portadores ou não de doenças terminais e incuráveis, decidem por conduzir de maneira ativa o processo de morrer. Estas medidas, no entanto, têm pouca aceitação pela sociedade brasileira, fato decorrente principalmente de concepções religiosas e morais, e não encontra amparo consistente entre juristas e profissionais de saúde. Avaliaremos, ao longo do texto, o papel da autonomia individual e o entendimento majoritário que entende que condutas ofendem a vida humana, já que, sendo ela um bem jurídico indisponível, o consentimento do ofendido é irrelevante. Deste modo, a realização da eutanásia ou a assistência ao suicídio constitui, no Brasil, conduta criminosa e infração ético-profissional, sujeita a sanções penais e administrativas. O que se vê, no entanto, é que as justificativas para a irrenunciabilidade da vida são precárias e, quando consideramos que a dignidade humana e a autonomia das decisões individuais são elementos interdependentes, o aprofundamento do debate se mostra improrrogável.

Palavras-chave: Eutanásia. Suicídio assistido. Dignidade humana. Vida. Liberdade. Consentimento.

ABSTRACT

REGINATO, Diogo Gomes. **Euthanasia and assisted suicide, consent and atypicality: comments on contemporary dogmatics.** Tese de Láurea (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil brings human dignity as one of the pillars of society, a principle with a marked Kantian influence and by which human beings are understood as ends in themselves and never as means. The text also determines that certain rights and guarantees, among which life and liberty stand out, are fundamental, as they constitute the minimum indispensable for each member of society. Starting from such constitutional presuppositions, this work seeks to evaluate the ways of compatibility between them and the penal treatment given to euthanasia and assisted suicide. There are, in the exercise of fundamental rights, various cases of conflict, such as at times when you want, whether or not you have terminal and incurable diseases, to decide to actively conduct the process of death. These measures, however, have little acceptance by Brazilian society, a fact mainly resulting from religious and moral conceptions, and they do not find consistent support among jurists and health professionals. Throughout the text, we will assess the role of individual autonomy and the majority understanding that conducts offend human life, since, since it is an unavailable legal asset, the consent of the offended party is irrelevant. Thus, the performance of euthanasia or assistance to suicide constitutes, in Brazil, criminal conduct and ethical-professional infraction, applied to criminal and administrative sanctions. What can be seen, however, is that the justifications for the irrevocability of life are precarious and, when we consider that human dignity and the autonomy of individual decisions are interdependent elements, the deepening of the debate proves to be non-extendable.

Keywords: Euthanasia. Assisted suicide. Human dignity. Life. Freedom. Consent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A MORTE E SUAS DIVERSAS COMPREENSÕES	9
2 DEFINIÇÕES	17
2.1 DISTANÁSIA	18
2.2 EUTANÁSIA	20
2.3 SUICÍDIO ASSISTIDO	21
2.4 ORTOTANÁSIA	22
3 A MORTE PARA A MEDICINA	25
3.1 O LUTO E O MORRER	26
3.2 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	30
3.3 EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	34
4 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
4.1 BREVE COMENTÁRIO AO CONSTITUCIONALISMO MODERNO	39
4.2 O DIREITO À VIDA	41
4.3 O DIREITO À LIBERDADE	52
4.4 A DIGNIDADE HUMANA	61
5 O DIREITO PENAL E A LEGALIDADE DA EUTANÁSIA E DO SUICÍDIO ASSISTIDO	70
5.1 SITUAÇÃO MUNDIAL	70
5.2 SITUAÇÃO BRASILEIRA	77
6 O CONSENTIMENTO E O DIREITO PENAL	83
6.1 ANTIJURIDICIDADE, SUAS EXCLUDENTES E O CONSENTIMENTO	83
6.2 VIDA, CONSENTIMENTO E DISPONIBILIDADE DOS BENS JURÍDICOS	91
7 CONCLUSÕES	104
REFERÊNCIAS	106

INTRODUÇÃO

A população brasileira vem, paulatinamente, vivendo por mais tempo. Os últimos dados oficiais disponíveis apontam que as pessoas nascidas durante o ano 2019 no Brasil têm uma expectativa de vida superior a 76 anos.¹ O cálculo é complexo e envolve questões como mortalidade infantil – de crianças com até cinco anos de idade – e as perdas decorrentes de causas externas (ou não-naturais), evento mais frequente na faixa etária de 20 a 45 anos de idade e fruto, sobretudo, de violência e de acidentes de trânsito. Considerando apenas os cidadãos que atingiram os 65 anos de idade no último levantamento, espera-se que vivam mais 18,9 anos a partir desta idade e, para aqueles que atingiram os 80 anos de idade na mesma data, a expectativa de viver é de mais de 8 anos. No último século, houve um aumento proporcional de idosos no extrato populacional, saindo de 2,4% do total de habitantes brasileiros em 1940 para 9,5% no ano de 2019.

Os avanços científicos, decorrentes sobretudo das proposições e dos ideais iluministas, movimento desenvolvido inicialmente em solo europeu a partir do século XVIII, trouxeram significativos ganhos à saúde e, como consequência, incremento da expectativa de vida dos homens. Num primeiro momento restrito a uma pequena parcela da população – a aristocracia –, alterações e preocupações com hábitos de higiene pessoal, com o destino correto para dejetos, com a potabilidade da água e com o manuseio de alimentos foram nas décadas seguintes sendo incorporados à rotina de grande parte das famílias europeias e, em seguida, levados também a parte das chamadas “colônias europeias”.² Concomitantemente, houve um rápido desenvolvimento de técnicas de prevenção/vacinação,³ diagnósticas e terapêuticas por parte da Medicina e de outras ciências da saúde, permitindo que um maior número de indivíduos tivesse contato com alguma forma de prevenção e tratamento para suas mazelas. Os povos mais ricos – e dentro deles seus membros mais afortunados – sempre tiveram maior acesso a todos estes meios, o que lhes garantiu um ganho superior em saúde e em qualidade de vida. A desigualdade

¹ Em 2019, expectativa de vida era de 76,6 anos. *Agência IBGE Notícias*, Rio de Janeiro, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos>. Acesso em: 10 mar. 2021.

² “*If the improvements in life expectancy in the eighteenth century were muted and unequally distributed, no one could have missed the enormous and general improvements at the end of the nineteenth century and beginning of the twentieth.*” DEATON, Angus. *The Great Escape – 2. From Prehistory to 1945*. Princeton: Princeton University Press, 2013. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9781400847969-004/html>. Acesso em: 10 mar. 2021.

³ “*The smallpox vaccine, introduced by Edward Jenner in 1796, was the first successful vaccine to be developed. He observed that milkmaids who previously had caught cowpox did not catch smallpox and showed that inoculated vaccinia protected against inoculated variola virus.*” WORLD HEALTH ORGANIZATION. Smallpox vaccines. 31 maio 2016. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/smallpox-vaccines>. Acesso em: 10 mar. 2021.

na distribuição destes recursos é patente e preocupante até os dias atuais, porém, mesmo as nações com os piores indicadores, apresentam níveis muito superiores aos que possuíam séculos atrás, inclusive melhores aos de países tidos como ricos nos séculos XIX, por exemplo, conforme demonstram as análises atuais, em que se tem:

Life expectancy has increased rapidly since the Age of Enlightenment. In the early 19th century, life expectancy started to increase in the early industrialized countries while it stayed low in the rest of the world. This led to a very high inequality in how health was distributed across the world. Good health in the rich countries and persistently bad health in those countries that remained poor. Over the last decades this global inequality decreased. No country in the world has a lower life expectancy than the countries with the highest life expectancy in 1800. Many countries that not long ago were suffering from bad health are catching up rapidly. Since 1900 the global average life expectancy has more than doubled and is now above 70 years. The inequality of life expectancy is still very large across and within countries. In 2019 the country with the lowest life expectancy is the Central African Republic with 53 years, in Japan life expectancy is 30 years longer.⁴

No século passado, uma pessoa passou a viver, em média, setenta anos e não mais trinta e cinco como no centenário anterior. Mesmo se considerarmos eventos de grande impacto, como as I e II Guerras Mundiais, a qualidade material da vida das famílias se tornou melhor. Para uma parte significativa dos seres humanos, o acesso a alimentos e a condições razoáveis de moradia e de saneamento se mostraram mais simples e os anos vividos gradativamente mais estáveis e com menores limitações. A expectativa vida média mundial atualmente é superior aos 73 anos, com valores acima dos 80 anos em praticamente 40 nações.⁵

A despeito destas relevantes mudanças em quantidade e em qualidade de vida, a morte e a (in)finitude do ser provavelmente continuam a ser a principal indagação e preocupação dos homens. E, como consequência, as formas de conduzir o processo, o tempo e a forma do morrer têm se mostrado, progressivamente, tema da maior relevância, tanto quando analisamos a questão sob a ótica individual quando pensamos no assunto sob o prisma da coletividade e das políticas públicas.

Ao longo deste trabalho, discutiremos as definições sobre os significados contemporâneos, sobretudo sob olhar técnico (médico), de eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido, além das perspectivas não-técnicas, sobretudo as religiosas e as filosóficas. A seguir, abordaremos os cuidados e receios acerca das formas de morte para os profissionais de saúde, a evolução das diretivas antecipadas de vontade e de suas fronteiras com a eutanásia

⁴ ROSER, Max; ORTIZ-OSPINA, Esteban; RITCHIE, Hannah. OUR WORLD IN DATA. *Life Expectancy*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/life-expectancy>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵ WORLD METER. *Life Expectancy of the World Population*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/demographics/life-expectancy/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

e o suicídio assistido. Passaremos a uma análise do constitucionalismo moderno, da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais – sobretudo vida e liberdade –, passando ainda pela discussão de alguns *hard cases* em que o Poder Judiciário foi chamado a debater e decidir sobre situações de conflito latente entre tais valores constitucionais. Posteriormente, trataremos do tratamento jurídico-penal da eutanásia e do suicídio assistido em algumas nações estrangeiras e também da situação pátria, com enfoque no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236, de 2012, que busca instituir um novo Código Penal. Em seguida, como ponto central do estudo, discutir-se-á o papel do consentimento do ofendido, enquanto manifestação singular da autonomia individual e com fundamento no Texto Magno de 1988, e sua situação perante as teorias do delito. E, ao cabo, proporemos nosso entendimento da matéria e sobre qual o papel do Direito Penal na tutela do bem jurídico-penal vida nas situações de eutanásia e suicídio assistido, em especial quando se tem o ordenamento jurídico nacional alicerçado na Constituição Federal.

1 A MORTE E SUAS DIVERSAS COMPREENSÕES

Há séculos os seres humanos se mostram em dúvida, receosos e, de certo modo, descontentes por conta de sua incapacidade em obter uma resposta suficiente e definitiva para satisfazer seus questionamentos acerca desta questão. E tais indagações se evidenciam nas mais variadas áreas do conhecimento.

Uma das mais famosas e consagradas passagens da literatura mundial decorre dos questionamentos de Hamlet sobre o que é melhor: viver ou morrer.⁶ As definições sobre o morrer e o deixar de existir, ainda que possam parecer simples e corriqueiras, se desdobram em várias possíveis respostas. Para alguns, morrer significa o fim da existência, o nada, a completa ausência, enquanto para outros tanto os seres humanos e quanto os animais não-humanos persistem mesmo após o falecimento do corpo. Há aqueles que sustentam que a morte ocorre a partir do momento em que o indivíduo se torna absolutamente incapaz de se relacionar com os seus semelhantes, porém outros acreditam que morrer implica em perder a autoconsciência e a capacidade de pensar. Se a morte é uma pergunta que o homem se faz há milênios, conceituar a “vida” e a “morte” é de inegável dificuldade. Em trabalho sobre a temática, Luper esclarece algumas das diversas controvérsias sobre tais significados:

Death for you and me is constituted by the loss of our capacity to sustain ourselves using vital processes. This characterization of death could be sharpened if we had a clearer idea of what we are, and the conditions under which we persist. However, the latter is a matter of controversy. There are three main views: animalism, which says that we are human beings (Snowdon 1990, Olson 1997, 2007); personism, which says that we are creatures with the capacity for self-awareness; and mindism, which says that we are minds (which may or may not have the capacity for self-awareness) (McMahan 2002). Animalism suggests that we persist over time just in case we remain the same animal; mindism suggests that we persist just when we remain the same mind. Personism is usually paired with the view that our persistence is determined by our psychological features and the relations among them (Locke 1689, Parfit 1984). If we are animals, with the persistence conditions of animals, our deaths are constituted by the cessation of the vital processes that sustain our existence as human beings. If we are minds, our deaths are constituted by the extinction of the vital processes that sustain our existence as minds. And if persistence is determined by our retaining certain psychological features, then the loss of those features will constitute death.⁷

⁶ *To be, or not to be: that is the question:
Whether 'tis nobler in the mind to suffer
The slings and arrows of outrageous fortune,
Or to take arms against a sea of troubles,
And by opposing end them? To die: to sleep*

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Hungry Minds, 2000. p. 103.

⁷ LUPER, Steven. Death. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/death>. Acesso em: 26 fev. 2021.

O morrer se explica de diversas formas, variando, sobretudo, de acordo com o tempo e determinados pressupostos sociais. Podemos encontrar definições alicerçadas em conceitos espirituais, jurídicos, filosóficos, metafísicos e, em especial, biológicos. Neste último caso, é certo que para a ciência médica existem rigorosos critérios técnicos estabelecidos e normatizados, com pequenas variações de nação a nação, porém mesmo eles sofreram profundas alterações nas últimas décadas.⁸ Os Estados Unidos da América adotam desde o ano de 1980, em nível federal, o Uniform Determination of Death Act, que define como morto o indivíduo (i) com parada irreversível das funções cardíacas e respiratórias ou (ii) com cessação irreversível de todas as funções cerebrais, incluindo o tronco cerebral,⁹ ao passo que a Organização Mundial de Saúde adota como critério a perda completa da capacidade de consciência e a perda de todas as funções cerebrais, as quais podem resultar tanto da parada das funções circulatórias ou de uma extensa lesão cerebral.¹⁰ A legislação brasileira se assemelha à estadunidense, sendo que a morte é conceituada como a “parada total e irreversível das funções encefálicas”¹¹, muitas vezes ocorrendo de maneira gradual e lenta, em que temos a interrupção do sistema circulatório, da atividade cerebral e necrose celular e tecidual.¹²

A maior parte da sociedade moderna tende a encarar a morte de um ser humano como um evento trágico e indesejável. Talvez de uma maneira ainda mais exacerbada do que gerações anteriores. Geralmente a perda de um membro familiar ou da comunidade é motivo de luto e

⁸ As modificações médicas em relação à constatação da morte, passando de uma perspectiva do morrer com bases no fim da **atividade cardíaca** para a perda da **função neurológica**, se mostram como o exemplo mais importante do morrer **biologicamente**.

⁹ “§ 1. [Determination of Death]. An individual who has sustained either (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead. A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards.”. UNITED STATES OF AMERICA. *Uniform Determination Of Death Act*. Disponível em: <https://bit.ly/32udxGT>. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹⁰ “Death occurs when there is permanent loss of capacity for consciousness and loss of all brainstem functions. This may result from permanent cessation of circulation and/or after catastrophic brain injury. In the context of death determination, permanent refers to loss of function that cannot resume spontaneously and will not be restored through intervention.” WORLD HEALTH ORGANIZATION. *International Guidelines for the Determination of Death – Phase I*. May 30-31, 2012. Montreal. Forum Report. Disponível em: <https://www.who.int/patientsafety/montreal-forum-report.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.480/97 e Resolução nº 2.173/2017*. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf> e http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_908_ResolucaoA1480ACFM.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹² “Considerando que a morte é um processo lento e gradual, distingue-se a morte clínica (paralisação da função cardíaca e da respiratória) da morte biológica (destruição celular) e da morte inicialmente conhecida como cerebral e hoje caracterizada como encefálica, a qual resulta na paralisação das funções cerebrais. A morte clínica pode, em face dos avanços tecnológicos da medicina, desaparecer com os processos de reanimação, permitindo, assim, manter a vida vegetativa, mesmo após a superveniência da morte cerebral. A morte, antes identificada como a cessação da atividade espontânea da função cardíaca e respiratória, com a paralisação circulatória irreversível, passou a ser determinada com a paralisação das funções cerebrais.” GOGLIANO, Daisy. Pacientes terminais: morte encefálica. *Revista Bioética*, Brasília, v. 1, n. 2, Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493. Acesso em: 25 fev. 2021.

de pesar por parte daqueles que permanecem, mesmo para indivíduos que comungam de doutrinas religiosas as quais descrevem o falecimento do corpo como uma simples passagem da alma – ou espírito – de um plano existencial para outro.^{13,14} Em linhas gerais, para religiões como o judaísmo, o islamismo, o cristianismo, o budismo, o hinduísmo e outras crenças de origem asiática e também para as de matriz africana, morrer representa uma situação de mudança ou de passagem, mas sempre com alguma forma de continuidade – cíclica ou linear – e normalmente para condições mais satisfatórias do que a experimentada até então. Sob esta perspectiva, portanto, a morte de alguém representaria apenas uma transição – ou transformação – e não um fim para esta pessoa, a qual passaria então por processos tais como ressurreição, renascimento, reencarnação ou outros, a depender dos dogmas e credos daquela tradição.

Atualmente, é estimado que aproximadamente 6,5 bilhões de pessoas sigam, em maior ou menor grau, alguma doutrina de fé, de onde podemos destacar 2,38 bilhões de cristãos, 1,91 bilhão de muçulmanos, 1,16 bilhão de hindus e 500 milhões de budistas.¹⁵ Por outro lado, menos de 1,2 bilhão de indivíduos declaram: (i) que não se identificam com nenhuma forma de manifestação religiosa ou (ii) que a discussão sobre deuses é inatingível pois escapa à percepção e o mundo do concreto (agnósticos) 16 ou (iii) que professam a impossibilidade de sua descrença na existência de divindades (ateísmo).¹⁷ Cumpre destacar que fazer parte deste grupo

¹³ "Life after death is a fundamental belief in most religions. What form life after death takes is different in each religion, and sometimes there is a difference of belief between members of the same religion. Some people who are not religious also believe in life after death, while others believe that there is no existence after death. For most religious people, belief in life after death is based on teachings in their scriptures or traditions. [...] The sacred texts in Christianity, Judaism and Islam talk of an afterlife - so for followers of these faiths life after death has been promised by God. For Buddhists, belief in reincarnation is based on the tradition that the Buddha remembered his past lives when he reached enlightenment." BBC. *Life after death*. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/bitesize/guides/zddbqp3>. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹⁴ "According to Eyetsemitan, the traditional African belief system is also referred to as ancestor worship and is based on an understanding that the life course is cyclical and not linear. Based on this system of belief, those who are dead are alive in a different world and can reincarnate (and return to this world) in new births. Death is considered a rite of passage for those who die at an acceptable (old) age." EKORE, Rabi Ilemona; LANRE-ABASS, Bolatito. African Cultural Concept of Death and the Idea of Advance Care Directives. *Indian J Palliat Care*, v. 22, n. 4, p. 369-372, 2016. Doi: 10.4103/0973-1075.191741.

¹⁵ WORLD POPULATION REVIEW. *Religion by Country 2021*. Disponível em: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/religion-by-country>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁶ "Agnosticism, (from Greek *agnōstos*, 'unknowable'), strictly speaking, the doctrine that humans cannot know of the existence of anything beyond the phenomena of their experience. The term has come to be equated in popular parlance with skepticism about religious questions in general and in particular with the rejection of traditional Christian beliefs under the impact of modern scientific thought." FLEW, Antony Garrard Newton. Agnosticism. In: *ENCYCLOPEDIA Britannica*. 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/agnosticism>. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹⁷ "Atheism, in general, the critique and denial of metaphysical beliefs in God or spiritual beings. As such, it is usually distinguished from theism, which affirms the reality of the divine and often seeks to demonstrate its existence. Atheism is also distinguished from agnosticism, which leaves open the question whether there is a god or not, professing to find the questions unanswered or unanswerable." NIELSEN, Kai. Atheism. In: *ENCYCLOPEDIA Britannica*. 29 dez. 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/atheism>. Acesso em: 25 fev. 2021.

minoritário – sem-religião ou agnósticos ou ateus – não implica, necessariamente, em maior ou menor aceitação da morte. Todavia, se considerarmos que 85% da população mundial se declara como teísta e que, portanto, acredita em alguma das concepções de “vida após a morte”, seria de se esperar que o falecimento de um ente querido e sobretudo a consciência e a proximidade com a sua própria finitude (enquanto corpo) fossem encarados de maneira menos danosa. No entanto, levantamentos demonstram que para a maior parte das pessoas que se declaram como religiosos, o morrer é visto de maneira gravosa e um motivo de grande preocupação (*death anxiety*).^{18,19}

Estas observações se mostram relevantes pois as discussões sobre a finitude do corpo – enquanto matéria – e o falecimento esbarram, muitas vezes, em concepções religiosas, tanto quando realizadas em contextos informais quanto nos ambientes políticos. Mesmo que o argumento não tenha um enunciado diretamente ligado a certo dogma, as doutrinas oriundas da fé costumam permear a fundamentação que sustenta a temática. Não se propõe que esta perspectiva seja rechaçada, mas sim que se busque conhecer melhor os determinantes para certas concepções e suas influências sobre os discursos, as objeções e as tomadas de decisões.

A par disto, a morte não é apenas discutida sob a ótica religiosa; são também recorrentes os ensaios filosóficos acerca da temática. Nestes, a principal indagação para a qual se busca uma resposta é se a morte é um evento benéfico ou maléfico ao homem e até que ponto o morrer seria do interesse pessoal do indivíduo. Para tanto, o investigador muitas vezes se valerá de comparações entre elementos objetivos ou subjetivos (comparatismo),²⁰ através das quais buscará demonstrar que determinados eventos são: (i) intrinsecamente bons ou intrinsecamente ruins, isto é, seu valor independe das circunstâncias do caso concreto; ou (ii) extrinsecamente

¹⁸ “Although it is widely assumed that religiosity plays an important role in individuals’ attitudes about death, research to date has failed to reveal consistent associations between religiosity and death attitudes.” DEZUTTER, Jessie *et al.* The Role of Religion in Death Attitudes: Distinguishing Between Religious Belief and Style of Processing Religious Contents. Katholieke Universiteit Leuven. DOI: 10.1080/07481180802494289. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19140293/>. Acesso em: 26 fev. 2021.

¹⁹ “Thanatocentric theories of religion generally predict an inverted-U relationship between death anxiety and religiosity, such that death anxiety is lowest among very non-religious (e.g., atheists) and very religious individuals, and highest among their less certain counterparts. Our systematic review and meta-analyses provide some evidence for such a pattern, but our conclusions require some qualification. [...] It is possible, for example, that religiosity increases with death anxiety until the individual in question believes, at which point her religiosity decreases her death anxiety (Jong *et al.*, 2013). It is also possible, however, as the worldview defence account of TMT holds, that baseline levels of death anxiety are high, but that strong religious or nonreligious commitments both decrease death anxiety (e.g., Landau, Greenberg, & Solomon, 2004). It is also possible that religiosity increases death anxiety – e.g., by raising the possibility of divine wrath and post-mortem punishment – at low levels, but decreases it at high levels, when individuals are more certain of their salvation (Homans, 1941).” JONG, Jonathan *et al.* The religious correlates of death anxiety: a systematic review and meta-analysis. *Religion, Brain & Behavior*, v. 8, n. 1, p. 4-20, 2008. DOI: 10.1080/2153599X.2016.1238844.

²⁰ LUPER, Steven. Death. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/death>. Acesso em: 26 fev. 2021.

bons ou extrinsecamente ruins, situação em que as contingências postas e os efeitos observados determinarão sua valoração.²¹ Do mesmo modo, um fato poderá, comparativamente, ser: (i) absolutamente bom ou absolutamente ruim, quando a priori ele não possui efeitos contrários ao intrinsecamente observado ou quando o resultado em determinada esfera do ser não trará eventos contraditórios em outra; ou (ii) parcialmente bom ou parcialmente ruim, ou seja, para aquele indivíduo, deverão existir valores bons (ou ruins) em antagonismo.²² Com base nestes enunciados, uma parte expressiva dos filósofos compartilha o entendimento de que morrer seria parcialmente e extrinsecamente ruim, a depender sobretudo da soma de dois critérios: o bem-estar experimentado pelo indivíduo durante sua existência e do tempo usufruído de vida. Quanto mais precárias as condições do viver e quanto mais tempo a pessoa passa sob tais condições, mais positiva a morte se mostraria. Portanto, morrer pode ser, para esta corrente, um evento tanto danoso quanto inofensivo e não haveria na morte um valor negativo intrínseco e absolutamente ruim. Assim, para qualquer juízo normativo, seria imprescindível se avaliar o dano (harm) que o falecimento causaria àquela pessoa específica se naquele momento.²³

Sócrates sustentava, há mais de dois mil anos, que a essência e a principal função da Filosofia era preparar o homem para a morte²⁴ e que morrer seria algo provavelmente bom.²⁵ Mas também afirmava que os deuses não facultaram aos homens a compreensão de todos os mistérios e que, sendo os primeiros tutores (protetores) dos últimos, aos seres humanos não lhes seria permitido o suicídio.

Why in the world do they say that it is not permitted to kill oneself, Socrates? I heard Philolaus, when he was living in our city, say the same thing you just said, and I have

²¹ Os eventos intrinsecamente bons (ou ruins) e os extrinsecamente bons (ou ruins) variam, em geral, de pessoa a pessoa. O amor, o prazer e a fé, por exemplo, são comumente citados como sentimentos intrinsecamente bons, ao passo que a raiva e a gula são tidas como intrinsecamente ruins. A prática de exercício físico, no entanto, a princípio considerada ruim, já que é desgastante ao indivíduo, ao cabo é interpretada como um evento extrinsecamente bom, já que se tem comprovação dos efeitos benéficos à saúde no longo prazo.

²² Uma situação prazerosa como assistir a um filme pode, a depender das situações fáticas, ser também prejudicial ao indivíduo. Por exemplo, um empregado que precisa entregar determinada tarefa e opta por ir se divertir no cinema, acaba por criar um fato apenas parcialmente bom a si.

²³ “*Those theorists who defend the harm theses typically draw upon some version of comparativism (e.g., Nagel 1970, Quinn 1984, Feldman 1991). According to comparativism, a person’s death may well harm that person. Death may also be harmless. To decide whether a person’s death is bad for that person, we must compare her actual welfare level to the welfare level she would have had if she had not died.*” LUPER, Steven. Death. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2019 Edition, Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/death>. Acesso em: 26 fev. 2021..

²⁴ WASSMER, Thomas. Between life and death: ethical and moral issues involved in recent medical advances. *Villanova Law Review*, v. 13, Iss. 4 [1968], Art. 8. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1803&context=vlr>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²⁵ “*Let us consider in another way also how good reason there is to hope that it is a good thing. For the state of death is one of two things: either it is virtually nothingness, so that the dead has no consciousness of anything, or it is, as people say, a change and migration of the soul from this to another place.*” PLATÃO. *The Apology*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005. p. 141, grifo nosso.

heard it from others, too, that one must not do this; but I never heard anyone say anything definite about it." "You must have courage," said he, "and perhaps you might hear something. But perhaps it will seem strange to you that this alone of all laws is without exception, and it never happens to mankind, as in other matters, that only at some times and for some persons it is better to die than to live; and it will perhaps seem strange to you that these human beings for whom it is better to die cannot without impiety do good to themselves, but must wait for some other benefactor." And Cebes, smiling gently, said, "Gawd knows it doos," speaking in his own dialect. "It would seem unreasonable, if put in this way," said Socrates, "but perhaps there is some reason in it. Now the doctrine that is taught in secret about this matter, that we men are in a kind of prison and must not set ourselves free or run away, seems to me to be weighty and not easy to understand. But this at least, Cebes, I do believe is sound, **that the gods are our guardians and that we men are one of the chattels of the gods.** Do you not believe this?"²⁶

Já para Epicuro e outros filósofos alinhados à corrente materialista de pensamento, o medo da morte, e não o morrer em si, seria causa de grande sofrimento individual e social, influenciando, em vários momentos e de maneira negativa, as decisões morais em geral.²⁷ Desta forma, o conhecimento deveria ter como foco a satisfação dos prazeres da vida e da felicidade e a morte, porquanto inexorável e certa, não deve prejudicar as ações do homem. Tais postulados foram e permanecem sendo criticados, já que haveria aí uma espécie de causação retroativa de acordo com alguns de seus intérpretes,²⁸ além de que não seria possível se demonstrar em que momento temporal efetivamente a morte prejudica o homem e sua tomada de decisões tampouco apontar de que forma e sobre quais esferas materiais da vida do indivíduo.

Hodiernamente, pensadores como Thomas Nagel também se puseram a discutir a questão. Para o autor, viver seria, por si, algo bom, posto que carrega de maneira intrínseca elementos axiologicamente compreendidos como positivos aos seres humanos. O valor do viver seria, em regra, proporcional a seu tempo – enquanto duração –, mas não restrito ao último. Isto é, o valor da vida, ainda que condicionado à existência do corpo, seria maior que a mera

²⁶ PLATÃO. *The Apology*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005. p. 215-217, grifo nosso.

²⁷ "Lucretius claims that the lives of all but wise Epicureans are so miserable that they would be much better off wishing for death to relieve them of their misery; perversely, however, they continue to wish for more of the same, all the while complaining about the shortness of lives that are themselves only sources of pain and disturbance. Thus, for most of us, he claims, death mercifully comes in the form of beneficent natural euthanasia, and the sooner the better. As we shall see, since Epicureans believe that they have good reason for thinking that death causes no harm to those leading the best kind of life, Lucretius's rather rhetorical and dark-humored sally helps to reinforce the standard school line that death brings no harm to anyone, wise or not." MITSIS, Phillip. *When Death Is There, We Are Not: Epicurus on Pleasure and Death*. In: BRADLEY, Ben Fred Feldman; JOHANSSON, Jens (ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of Death*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 161.

²⁸ "For instance, exactly when does death rob us of life or life's goods? It certainly cannot rob us of anything when we are dead, the Epicurean replies, since we are not there to be robbed. By the same token, to claim that our future death is currently harming us by robbing us of something while we are now alive would seem to assume some form of backward causation, otherwise how could a posthumous event do us any harm now?" MITSIS, *op. cit.*, p. 163.

organicidade. Nagel então se pergunta como o morrer deveria ser entendido e valorado pelo homem.

If death is the unequivocal and permanent end of our existence, the question arises whether it is a bad thing to die. There is conspicuous disagreement about the matter: some people think death is dreadful; others have no objection to death per se, though they hope their own will be neither premature nor painful. Those in the former category tend to think those in the latter are blind to the obvious, while the latter suppose the former to be prey to some sort of confusion. On the one hand it can be said that life is all we have and the loss of it is the greatest loss we can sustain. On the other hand it may be objected that death deprives this supposed loss of its subject, and that if we realize that death is not an unimaginable condition of the persisting person, but a mere blank, we will see that it can have no value whatever, positive or negative.²⁹

O transcurso do tempo e as condições prévias e futuras são, para o autor, características essenciais a serem verificadas. De tal sorte, morrer e viver deveriam ser avaliados em perspectiva e de maneira comparativa.³⁰ O filósofo conclui que a aversão humana à morte deriva, sobretudo, da incapacidade humana em compreender o fenômeno, ou seja, do medo do incompreensível, e da percepção de que deixar de viver significa a perda da capacidade de experimentar sensações e sentimentos agradáveis. Morrer, ao contrário do viver, não teria carga valorativa boa ou ruim de maneira intrínseca e isolada, sendo dependente e condicionada a fatores individuais.

Estes breves apontamentos acerca da variabilidade das compreensões filosóficas sobre a morte podem parecer vagos e inconclusivos. No entanto, questões como aborto, pena de morte e eutanásia, para citar apenas alguns, são assuntos que escapam dos ambientes legislativos, jurídicos e técnicos, tendo como parâmetro principal, muitas vezes, bases ideológicas em seus mais variados espectros, precariamente – e muitas vezes equivocadamente – cindidos entre esquerda e direita.

No mundo contemporâneo, nas sociedades plurais e complexas em que nós vivemos, pessoas esclarecidas e bem-intencionadas pensam de maneira diferente acerca de temas moralmente controvertidos. Não é difícil comprovar e ilustrar o argumento com situações envolvendo (a) eutanásia e suicídio assistido, isto é, a existência ou não de um direito à morte digna; (b) a questão da recusa de transfusão de sangue por pessoas adeptas da religião Testemunhas de Jeová; e (c) o debate sobre a descriminalização das drogas leves. Também aqui a pré-compreensão do intérprete, seu ponto de observação, sua ideologia e visão de mundo acabam por ser, consciente ou inconscientemente, fator determinante na escolha da decisão que se afigura mais acertada.³¹

²⁹ NAGEL, Thomas. *Death. Mortal Questions*. [Cambridge?]: Cambridge University Press, 1979. p. 1.

³⁰ Vide discussão realizada nos parágrafos anteriores (páginas 11 e 12).

³¹ A interpretação moderna do texto constitucional deve considerar todas estas questões e se afastar do puro formalismo. Corriqueiramente haverá, em uma sociedade plural, os chamados desacordos morais razoáveis. Cf: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 190.

Para tais temáticas, de cunho essencialmente moral, os indivíduos que compõem determinada sociedade – ou mesmo uma pequena comunidade – habitualmente possuem uma resposta muito mais assertiva do que quando questionados sobre outras práticas. Levantamento recente sobre o aborto³², por exemplo, mostrou que 41% dos brasileiros são contrários à realização do procedimento em qualquer circunstância, a despeito da previsão legal para os casos de risco de vida materno (aborto necessário – art. 128, I, CP), gravidez resultante de estupro (art. 128, II, CP) e ainda nas situações de feto anencéfalos (conforme decisão proferida na ADPF 54). É muito provável que um brasileiro responda “sim” ou “não”, de maneira muito mais rápida e convicta, quando perguntado se é favorável à instituição da pena de morte do que se questionado sobre questões relacionadas à autorização para implementação da rede de celulares de quinta geração (“5G”) em território brasileiro.

³² “41% DOS BRASILEIROS são contra qualquer tipo de aborto, diz Datafolha.” G1, Rio de Janeiro, 11 jan. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/01/11/41-dos-brasileiros-sao-contra-qualquer-tipo-de-aborto-diz-datafolha.ghtml>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

2 DEFINIÇÕES

Nas últimas décadas, sobretudo na segunda metade do século passado, os avanços terapêuticos proporcionados por equipamentos médicos e inovações farmacológicas fizeram com que situações até então irremediavelmente fatais pudessem ser satisfatoriamente tratadas pelas equipes assistenciais. Em vários cenários, o que se observou foi incremento de qualidade³³ e quantidade à saúde, isto é, houve aumento dos anos de vida sem prejuízo – e até com ganho em alguns casos – para a cognição, a autonomia e a independência da maior parte das pessoas.³⁴ A par disso, paulatinamente houve crescimento do número de pacientes submetidos a “tratamentos fúteis”, em que o benefício temporal, por vezes mínimo, se mostrava desproporcional à perda do bem-estar do enfermo ocasionada pela própria terapêutica.

Daí que a Medicina e a Bioética têm, nos últimos anos, tornado o debate acerca das formas de morrer uma de suas principais temáticas, na tentativa de tornar mais claro quando determinada terapêutica deve ser firmemente empregada e quando sua insistência se mostra sem propósito. É claro que a assistência à saúde é dinâmica e individual, ou seja, cada situação deve ser avaliada de maneira concreta e considerando todas as particularidades de cada pessoa. Por isso, o que se almeja, em última análise, é traçar os limites entre a futilidade – má-indicação – e a relevância no emprego das técnicas e demais aparatos médicos, mas sem se perder de vista as necessidades e os desejos de cada um.

Sabendo que existem variações conceituais entre as diversas organizações e serviços de saúde que estudam as possíveis formas de morrer, é oportuno, ainda que brevemente, apontarmos quais significados foram adotados para determinados termos médico-jurídicos. Assim, optamos, no presente trabalho, pelo uso das definições propostas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pela *Association for Death Education and Counseling – The*

³³ “Em resumo, a noção de qualidade de vida transita em um campo semântico polissêmico: de um lado, está relacionada a modo, condições e estilos de vida (Castellanos, 1997). Era citação do original. De outro, inclui as idéias de desenvolvimento sustentável e ecologia humana. E, por fim, relaciona-se ao campo da democracia, do desenvolvimento e dos direitos humanos e sociais. No que concerne à saúde, as noções se unem em uma resultante social da construção coletiva dos padrões de conforto e tolerância que determinada sociedade estabelece, como parâmetros, para si.” MINAYO, Maria Cecília de Souza; HARTZ, Zulmira Maria de Araújo; BUSS, Paulo Marchiori. Debate – Qualidade de vida e saúde: um debate necessário. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 5, n. 1, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232000000100002>. Acesso em: 15 ago. 2021.

³⁴ “*Perhaps the greatest human accomplishment of the past century was the remarkable increase in life expectancy. In a century the world changed markedly from having almost no countries with life expectancy more than 50 years to having many countries with a life expectancy of 80 years as life expectancy almost doubled in the long-lived part of the world.*” CRIMMINS, Eileen. Lifespan and Healthspan: Past, Present, and Promise. *The Gerontologist*, v. 55, n. 6, p. 901–911, Dec. 2015. DOI 10.1093/geront/gnv130. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4861644/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

*Thanatology Association (ADEC)*³⁵ e pela *European Association for Palliative Care (EAPC)*,³⁶ as quais se mostram, quase sempre, homogêneas entre si e têm servido de fundamento para a elaboração de outras.

2.1 DISTANÁSIA

A **distanásia** compreende as situações clínicas em que o emprego de determinada terapêutica é claramente não proveitoso ao paciente, sendo incapaz de evitar o curso inexoravelmente fatal de sua moléstia ou, quando capaz de postergar o desfecho, lhe proporciona queda acentuada em diversos aspectos de sua vida, tais como conforto e capacidade de interação com os membros de sua família e de sua comunidade.

[...] a distanásia é a morte decorrente de um abuso na utilização dos recursos médicos, mesmo quando flagrantemente infrutíferos para o paciente, de maneira desproporcional, impingindo-lhe maior sofrimento ao identificar, sem reverter, o processo de morrer já em curso.³⁷

Como ensina Léo Pessini,³⁸ praticar distanásia significa empregar um “tratamento inútil” nos cuidados com o doente. A palavra corresponde à junção do prefixo “dis” e do substantivo “thanatos”,³⁹ ambas de origem grega e cujo significado literal pode ser traduzido como “afastamento da morte”. Em parte da Europa, é conhecida como “obstinação terapêutica”⁴⁰ – *therapeutic obstinacy* – ou “obstinação não razoável”⁴¹ – *unreasonable obstinacy* – e nos Estados Unidos da América recebe a denominação de “tratamento fútil” –

³⁵ ASSOCIATION FOR DEATH EDUCATION AND COUNSELING – THE THANATOLOGY ASSOCIATION (ADEC). <https://www.adec.org/>.

³⁶ EUROPEAN ASSOCIATION FOR PALLIATIVE CARE (EAPC). <https://www.eapcnet.eu/>.

³⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Parecer nº 2285/2010 CRM-PR. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmpr/pareceres/2010/2285_2010.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

³⁸ PESSINI, Léo. Distanásia: até quando investir sem agredir? *Revista Bioética*, Brasília, v. 4, n. 1, 1996. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394. Acesso em: 18 ago. 2021.

³⁹ “Thánatos era um deus grego, irmão de Hipnos, deus do sono, em cujas asas as pessoas eram levadas. O que observamos em comum entre eles é o estado de inconsciência apresentado, tanto no sono, quanto na morte.” SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Conceito médico-forense de morte. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, p. 341-380. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67369>. Acesso em: 18 ago. 2021.

⁴⁰ ZURRIARÁIN, Roberto Germán. Between euthanasia and therapeutic obstinacy: palliative care. *Hospice and Palliative Medicine International Journal*, v. 4, n. 1, p. 9–12, 2020. Disponível em: <https://medcraveonline.com/HPMIJ/HPMIJ-04-00178.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

⁴¹ CASELLA, Claudia *et al.* Unreasonable obstinacy: Ethical, deontological and forensic medical problems. *Journal of Public Health Research*, v. 7, n. 3, p. 1460. Dec. 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6321943/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

medical futility.⁴² A questão é descrita da seguinte forma pelo Conselho Federal de Medicina (CFM):

Despreparados para a questão [da terminalidade humana], passamos a praticar uma medicina que subestima o conforto do enfermo com doença incurável em fase terminal, impondo-lhe uma longa e sofrida agonia. Adiamos a morte às custas de insensato e prolongado sofrimento para o doente e sua família. A terminalidade da vida é uma condição diagnosticada pelo médico diante de um enfermo com uma doença grave e incurável; portanto, entende-se que existe uma doença em fase terminal e não um doente terminal. Nesse caso, a prioridade passa a ser a pessoa doente e não mais o tratamento da doença.⁴³

Não há previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, para se interromper a terapêutica médica, por mais infrutífera que se possa entendê-la. Existe, de outra forma, posicionamento do CFM, através da Resolução nº 1.805, de 8 de novembro de 2006, que permite aos médicos não praticarem medidas que acarretem distanásia.⁴⁴ Pela normativa, a autarquia autoriza a suspensão de tratamento fútil quando satisfeitas, cumulativamente, as seguintes condições: i) a moléstia seja grave e incurável; ii) o estágio de evolução da patologia seja avançado (terminal); e iii) o enfermo ou o seu representante legal concorde com a interrupção ou não progressão do tratamento⁴⁵, conforme abaixo:

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 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 representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Apesar da autorização para a interrupção dos tratamentos infrutíferos, uma das principais críticas que se faz é que a própria distinção entre distanásia, eutanásia e suicídio assistido não é sempre de fácil apreensão. Como descreve David Orentlicher, o uso de parâmetros fundados na prática de condutas comissivas ou omissivas pelo agente é insuficiente,

⁴² BERNAT, James. Medical futility: definition, determination, and disputes in critical care. *Neurocritical Care*, v. 2, n. 2, p. 198-205, 2005. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1385%2FNCC%3A2%3A2%3A198>. Acesso em: 18 ago. 2021.

⁴³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Exposição de motivos da Resolução nº 1.805, de 9 de novembro de 2006*. Disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidade-da-vida.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁴⁴ A resolução foi judicialmente questionada pelo Ministério Público Federal através de Ação Civil Pública, em que se argumentou a incompetência do CFM em regulamentar conduta tipificada como crime (homicídio). O pedido do *parquet*, no entanto, foi julgado improcedente em sentença de 1º de dezembro de 2010. BRASIL. Ministério Público Federal. *Sentença*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

⁴⁵ O Código de Ética Médica (CEM) vigente, publicado através da Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, e modificado pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019, incorporou tal entendimento através do parágrafo único de seu artigo 41.

posto que suspender a ventilação mecânica de um paciente se revela uma postura mais ativa do que entregar a outro uma seringa com um hipnótico, por exemplo, para que cometa suicídio. Há uma excessiva atenção às denominações de atos que, em diversos momentos, se assemelha ou até se confundem. Assim, para o autor, o mais correto seria ampliar as práticas de eutanásia e suicídio assistido e não as reservar exclusivamente para doentes terminais, já que a diferenciação entre as condutas do terceiro não é satisfatória.⁴⁶

2.2 EUTANÁSIA

Em contraposição à distanásia, encontramos a **eutanásia**, palavra também de origem grega e que pode ser traduzida, de maneira livre, em boa – “eu” – morte – “thanatos”. Atribui-se a FRANCIS BACON a criação do termo, sendo originalmente imaginada como uma forma de trazer tranquilidade ao enfermo em face ao sofrimento de uma morte dolorosa.⁴⁷ Atualmente representa um dos temas mais sensíveis para a Bioética, capaz de suscitar calorosos debates, como se vê:

Euthanasia is an emotive topic that typically generates a polarized debate, with well-meaning, strongly held views on both sides. Some clinicians may see euthanasia as a potentially beneficial intervention, empathizing with and respecting the requests of distressed, dying patients—i.e. a ‘mercy killing’— while others see killing patients as the antithesis of good care that cannot be ‘safely’ legalized (risking acceptance of ‘death on demand’), and even if legalized, should never involve clinicians. As with any contentious ethical dilemma, the use of emotive language can easily cloud the arguments on both sides of the debate.⁴⁸

Pensada dentro de um contexto de terminalidade e irreversibilidade, o escopo da eutanásia foi se alargando com os anos e atualmente várias nações a têm como um procedimento legal, com regramento específico e passível de execução em situações para além daquelas

⁴⁶ O artigo de Orentlicher foi publicado no ano de 1998 e, assim como outros estudiosos do mesmo período, antecipou discussões que surgiram durante os anos seguintes e que permitiram a realização de eutanásia mesmo por pessoas sem patologias incuráveis. “Of particular value is Epstein's response to the important concern that society has no principled basis for granting terminally ill patients a right to assisted suicide or euthanasia without granting other persons such a right. If terminally ill patients can choose suicide because they are irreversibly ill and suffering greatly, why cannot other patients so choose if they are irreversibly ill and suffering greatly? Indeed, it is observed, the patient who is not terminally ill has more time in which to suffer and therefore arguably has a stronger basis for choosing suicide.” ORENTLICHER, David. *The Alleged Distinction between Euthanasia and the Withdrawal of Life-Sustaining Treatment: Conceptually Incoherent and Impossible to Maintain*. (1998). *Scholarly Works*. 1166. Disponível em: <https://scholars.law.unlv.edu/facpub/1166>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁴⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natália Regina. *Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: análise das recentes resoluções do CFM e do anteprojeto de Código Penal de 2012*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74249bfb36330626>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁴⁸ WATSON, Max *et al.* *Oxford Handbook of Palliative Care*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2019. p. 19.

envolvendo patologias incuráveis e em fase terminal. Juridicamente, possui várias acepções, mas habitualmente focada na morte do “moribundo”, tal como o sentido original.⁴⁹ Não obstante, em sentido mais amplo, consiste na morte decorrente de um pedido idôneo, livre e esclarecido de outrem, doente ou não. A EAP define eutanásia nos seguintes termos: “Euthanasia is defined as follows: a physician (or other person) intentionally killing a person by the administration of drugs, at that person’s voluntary and competent request.”⁵⁰

Por fim, oportuno apontar que formalidades envolvidas devem ser rigorosas, posto que se lida com situação extremamente sensível e, por vezes, conflituosa. Nos países em que a prática é legalizada, o ordenamento prevê determinados filtros que buscam tornar a tomada de decisões imparcial, ética e conforme o direito. Neste sentido, com a intenção de evitar possíveis equívocos e a eventual tomada de atitudes sem o adequado lastro legal, a legislação holandesa estipulou, de maneira exemplificativa, situações que não se enquadram nos conceitos de eutanásia. Através delas, busca-se evitar excessos decorrentes tanto da prática de distanásia quanto da realização de procedimentos contrários às decisões do paciente.

Not euthanasia

The following types of cases do not fall under the Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act:

the physician discontinues or does not start a medical procedure at the patient’s request;

the physician desists from performing a procedure that is medically pointless;

the physician tries to relieve a patient’s distress by administering increasingly strong medication with the aim to alleviate suffering, that as a side effect may shorten the patient’s life;

the physician administers drugs to render the patient unconscious at the end of life, with the aim to alleviate symptoms that can no longer be relieved in any other way (palliative sedation).⁵¹

2.3 SUICÍDIO ASSISTIDO

O suicídio assistido consiste em prestar auxílio a outrem para que este último se suicide. É uma forma de morrer com aceitação social e jurídica mais ampla que a eutanásia em outros

⁴⁹ “Como se observa, a maior parte dos autores, na linha do proposto por Francis Bacon, opta por restringir a utilização do termo eutanásia àquelas situações em que há uma enfermidade terminal, incurável e causadora de intenso sofrimento, ou, no máximo, também aos casos de invalidez irreversível. Alguns autores, contudo, a exemplo de Claus Roxin, fazem questão de destacar que o importante é a concepção de dignidade humana do próprio indivíduo interessado, e não de terceiros.” MARINHO, Renato Silvestre. *Vida e consentimento: o tratamento da eutanásia no Direito Penal*. 2017. Tese (Doutorado em: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 28 e 29.

⁵⁰ RADBRUCH, Lukas *et al.* Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care. *Palliative Medicine*, v. 30, n. 2, p. 104–116, 2016. p. 108. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0269216315616524>.

⁵¹ HOLANDA. *Euthanasia, assisted suicide and non-resuscitation on request*. Disponível em: <https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>. Acesso em: 15 fev. 2021.

países do mundo. A explicação mais plausível para o menor grau de reprovabilidade da conduta parece residir no papel ativo do sujeito (ofendido) quando comparado aos casos de eutanásia. O agente que assiste aquele que deseja se suicidar não executa o ato de matar em sua integralidade. De outro modo, fornece meios, informações ou outros instrumentos para que a própria pessoa possa, ao cabo, praticar o ato de consumação. Pode ser realizado por leigos ou através de assistência médica.

Assisted suicide is defined as follows: a person intentionally helping another person to terminate his or her life, at that person's voluntary and competent request. [...] PAS [Physician Assisted Suicide] is defined as follows: a physician intentionally helping a person to terminate his or her life by providing drugs for self-administration, at that person's voluntary and competent request.⁵²

De fato, em ambos os casos há uma percepção de que o papel de protagonista é do sujeito que se suicida e não do terceiro, ainda que este último execute todos os atos preparatórios. Essa distinção não se esgota no campo moral, mas apresenta consequências jurídicas relevantes. Como será discutido mais à frente, perante a legislação penal brasileira temos uma significativa diferença entre o suicídio assistido, tipificado através do art. 122 do CP – induzimento, instigação e auxílio ao suicídio ou à automutilação – e o homicídio – previsto no art. 121 do mesmo diploma. Para o primeiro, o *codex* estipula pena de dois a seis anos, ao passo que no último, quando realizado *a pedido*, dependendo das circunstâncias concretas do caso, a pena de seis a vinte anos pode ser reduzida de um sexto a um terço.

2.4 ORTOTANÁSIA

Podemos dizer, em termos simples, que a **ortotanásia** representa o antônimo da distanásia. Por meio dela, o indivíduo morre de forma “correta” e sem a adoção de condutas que acelerem ativamente o desfecho fatal como ocorre na eutanásia (quando praticada ativamente). É conceituada nos seguintes moldes:

Etimologicamente, ortotanásia significa morte correta - orto: certo; thanatos: morte. Traduz a morte desejável, na qual não ocorre o prolongamento da vida artificialmente, através de procedimentos que acarretam aumento do sofrimento, o que altera o processo natural do morrer.⁵³

⁵² RADBRUCH, Lukas *et al.* Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care. *Palliative Medicine*, v. 30, n. 2, p. 104–116, 2016. p. 108. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0269216315616524>.

⁵³ FELIX, Zirleide Carlos *et al.* Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, set. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900029. Acesso em: 15 mar. 2021.

Conforme explica Miguel Reale Júnior,⁵⁴ a ortotanásia se aproxima da forma passiva da eutanásia, em que não há uma conduta capaz de ativamente causar a morte do indivíduo. Na primeira, deixaria de ser oferecida terapêutica capaz de prolongar a vida de alguém, porém de maneira não satisfatória. A morte ocorreria de forma “boa”, sem a intervenção capaz de gerar distanásia. Por sua vez, na eutanásia passiva, haveria interrupção de meios utilizados no prolongamento artificial da vida, culminando, assim, com a morte do enfermo. Entendemos, no entanto, de maneira diversa. As críticas de David Orentlicher, acima pontuadas, reforçam a percepção de que as distinções de eutanásia passiva, ortotanásia e a não adoção de distanásia se escoram em preceitos essencialmente valorativos. Nas três situações a decisão deve ser tomada de forma autônoma e esclarecida pelo próprio enfermo, como forma de manifestação de suas liberdades individuais, e, portanto, a prática de conduta omissiva ou comissiva parece ter, ao fim, apenas aspecto formal e puramente naturalístico. A intenção final e o desfecho são, por certo, os mesmos em todos os casos.

Dentro do estudo da “boa morte”, a adoção de cuidados integrais e sob demanda se mostram imprescindíveis e as ponderações acerca da terminalidade e das doenças incuráveis assumem papel de mais alta importância. Nas ciências da saúde, é comum a instituição de condutas com conteúdo generalizador, através de protocolos e recomendações, baseados normalmente em estudos observacionais ou de intervenção. No entanto, a despeito da relevância estatística e do impacto positivo que tais intervenções possam ter quando pensamos em termos coletivos, a saúde humana e a resposta terapêutica apresentam intensa variabilidade entre os indivíduos.⁵⁵ É natural, portanto, que não se seja capaz de determinar taxativamente e em abstrato quando determinado tratamento deixa de ser útil e passa a ser mera futilidade ou obstinação, isto é, quando se prolonga de maneira desmesurada a vida e o sofrimento de alguém que deveria ser cuidado e amparo de outras formas. Aspectos relativos às condições biológicas e características do sujeito devem ser analisados em conjunto com outros componentes, tais como os afetos do enfermo, a estrutura e expectativas familiares daqueles que lhe cercam, a presença de rede social de apoio e, é claro, a própria resposta individual ao tratamento empregado. A abordagem técnica deve ser a mais coerente e fundamentada possível, com estrito

⁵⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento – ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 207-222, jul./ago. 2016. p. 3.

⁵⁵ Sabemos hoje, por exemplo, que o hábito do tabagismo é um fator de risco para o desenvolvimento de neoplasias malignas (câncer). Apesar disso, ainda que relevante e indiscutível em termos estatísticos, todos conhecem pessoas que fumaram por várias décadas e não apresentaram manifestações físicas relacionadas ao vício.

rigor à medicina baseada em evidências, mas não se deve deixar de olhar de maneira mais ampla todo o cenário apresentado.

Os estudos sobre a paliatividade se mostram centrais na individualização dos tratamentos, através da multidisciplinaridade na atenção e na aplicação das medidas mais adequadas a cada caso, evitando a adoção de procedimentos padronizados e, em alguns momentos, não satisfatórios.

The need for palliative care begins early in the course of a life-threatening illness. More patients are now receiving palliative care than six years ago, increasing from 16,000 services caring for 3 million patients to over 25,000 services caring for over 7 million patients. Still this is only about 12% of the need being met. Access to essential palliative medicines, including opioids, remains a major problem, especially in LMICs. Even with the widespread problems with opioid misuse in some countries, no one questions the importance of pain relief for those needing palliative care.⁵⁶

Não obstante a sua importância, a capacidade estrutural e de pessoal para atendimento em cuidados paliativos é ainda insuficiente.

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global Atlas of Palliative Care da Worldwide Hospice Palliative Care Alliance (WHPCA)*. Londres: [S. n.?] 2. ed. 2020. Disponível em: <http://www.thewhpc.org/resources/global-atlas-on-end-of-life-care>. Acesso em 20 et. 2021, p. 10.

3 A MORTE PARA A MEDICINA

A formação médica ocidental, inclusive a dos profissionais brasileiros, é erigida sobre quatro elementos harmônicos e independentes entre si: justiça, respeito à autonomia, beneficência e não-maleficência. Estes pilares, conhecidos como **princípios bioéticos**, formam a chamada teoria do “principalismo”, desenvolvida por Tom Beauchamp e James Childress durante a década de 1970.⁵⁷ Em breve síntese, os quatro princípios podem ser assim explicados:

In Western healthcare, arguably the most influential ethical framework is the ‘duty-based’ ethics approach of principlism, which describes four key principles (or ‘rules’) that must be considered and adhered to as far as is possible:

- autonomy: deliberated, self-determination (i.e. self-governing); patients have the right to be fully informed and make decisions regarding their care according to their own values
- beneficence: to do good
- non-maleficence: to not do harm
- justice: fairness in allocation of resources; treating patients justly and balancing the needs of individuals with those of society⁵⁸

A relevância do principalismo, nos momentos em que se discute o fim da vida e decisões como a eutanásia, reside no fato de que, a despeito de não haver subordinação entre os quatro princípios bioéticos na concepção de seus próprios idealizadores, existe claramente uma tendência a se tratar a **não-maleficência** como uma espécie de “regra-matriz” para todo o cuidado com a saúde. Em parte, porque o Juramento de Hipócrates⁵⁹ traz a seguinte afirmação, em forma de promessa: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém”, resumido no aforismo *primum non nocere*. No entanto, como se verá ao longo desta seção, as possíveis razões que fazem com que

⁵⁷ As possíveis fontes para os quatro princípios bioéticos são variadas e, possivelmente, não exclusivas. A definição de **bom** e de **justiça**, por exemplo, são, há muito, discutidas por diversas correntes filosóficas e com fundamentos nos mais variados valores. Ainda assim, uma possível aproximação da obra de Beauchamp e Childress pode ser vista como segue: “A obra ‘Principles of biomedical ethics’, de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, embasadora do principalismo, é o livro mais estudado no campo da bioética, tendo participado decisivamente do processo de consolidação e expansão mundial da disciplina. Seus quatro princípios, contudo, advêm de teorias diferentes: o princípio da autonomia foi retirado da teoria kantiana (Kant); a beneficência, da teoria utilitarista (Mill); a justiça, da teoria da justiça (Rawls); e a não maleficência, da teoria da moralidade comum (Clouser e Gert).” AZAMBUJA, Leticia Erig Osório; GARRAFA, Volnei. A teoria da moralidade comum na obra de Beauchamp e Childress. *Revista Bioética*, Brasília, v. 23, n. 3, set./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233100>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁵⁸ WATSON, Max *et al.* *Oxford Handbook of Palliative Care*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2019. p. 21.

⁵⁹ O juramento hipocrático é prestado por todos os formandos em medicina, de maneira solene, por ocasião da conclusão do curso. Para mais detalhes, visitar: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). *Quem Somos*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em: 10 ago. 2021.

médicos e outros profissionais da saúde não aceitem decisões de seus pacientes sobre a morte e sobre a condução do processo de morrer vão muito além da pura recusa em “não fazer o mal”.

3.1 O LUTO E O MORRER

Os comportamentos humanos diante de uma doença terminal e a proximidade da morte compõem uma temática de estudo relevante para a psicologia e a psiquiatria. Na linguagem leiga, a perda de um ente querido significa “estar de luto”. No entanto, o significado do **luto** é muito mais amplo e, na verdade, pode ser entendido como o processo de separação de alguém – do “eu” – em relação a qualquer pessoa, animal, objeto ou até situação com a qual estamos ligados. Em 1917, Sigmund Freud publicou a obra chamada “*Luto e Melancolia*”, escrito seminal dentro desta tônica, na qual o autor austríaco debate as questões da perda, da melancolia subsequente e da necessidade de resignificação das relações que se vão.^{60,61}

Se a perda é abrupta, a elaboração do luto se inicia também de maneira repentina, sobretudo quando o evento é traumático. Quando falamos no falecimento de uma criança em um acidente automobilístico, por exemplo, os processos de transformação das relações psíquicas costumam ser mais dolorosos e, por vezes, demoram para serem concluídos. Em situações de terminalidade da vida, quando os cuidados paliativos são ofertados de maneira adequada, idealmente se busca elaborar o luto de maneira gradual, proporcionando tranquilidade tanto ao enfermo quanto aos próximos a ele. Discutir eutanásia, portanto, envolve necessariamente entender o processo de luto, ainda mais se considerarmos que o morrer nestes casos é habitualmente previsível e decorrente da vontade do próprio sujeito.

De acordo com Lisboa, a preparação de um paciente para a sua morte é um processo delicado, porém imprescindível. É nesse momento que são feitas despedidas e reconciliações. A preparação não é apenas do sujeito, mas sim de todos aqueles que o acompanham: seus cônjuges, seus familiares e também a equipe multidisciplinar envolvida em seu cuidado. Esse momento de discussão franca e livre acerca de como

⁶⁰ “Segundo Freud (1917, p. 46), ‘o luto de modo geral é a reação à perda de um ente querido, a perda de alguma abstração que ocupou lugar de um ente querido, como o país, a liberdade ou o ideal de alguém’. Parece simples dizer isso, a gente aceita, porque isso é parte da hipótese psicanalítica de que o luto não é só um evento, o luto é um modo de subjetivação, é um modo de relação com o outro permanente.” DUNKERR, Christian Ingo Lenz. Teoria do luto em psicanálise. *Revista PsicoFAE: Pluralidades em Saúde Mental*, v. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistapsicofae.fae.edu/psico/article/view/226>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁶¹ “De fato, uma das principais lições desse texto é a de que não basta que o objeto desapareça para que dele nos separemos. É necessário um verdadeiro trabalho psíquico de perda, chamado por Freud ‘trabalho do luto’ - tarefa lenta e dolorosa através da qual o eu não só renuncia ao objeto, dele se desligando pulsionalmente, como se transforma, se refaz no jogo com o objeto.” RIVERA, Tania. Luto e melancolia, de Freud, Sigmund: entre dor e deleite. *Crítica. Novos estudos CEBRAP*, n. 94, p. 231-237, nov. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002012000300016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/SKPG96FFGB6qtfGzgHkTpKp/?lang=pt>. Acesso em: 10 ago. 2021.

será o futuro parece ser de grande valia para a elaboração do luto de parentes e do próprio sujeito, contribuindo para melhor aceitação da morte.⁶²

A compreensão destas situações pode auxiliar em uma melhor condução da situação por parte da equipe que assiste o enfermo. Neste horizonte, cumpre destacar também os escritos de Elizabeth Kubler-Ross, médica psiquiatra suíça que durante a segunda metade do século XIX se dedicou ao entendimento das **fases do morrer** e do **luto** – *stages of dying* e *grief*. Inicialmente pensado para as situações de doença terminal e descrevendo as atitudes destes enfermos perante uma morte iminente, o sistema fomentado pela médica tornou-se aplicável a diversos outros casos, tais como a perda de um membro, o falecimento de um familiar, o divórcio e afins. Ou seja, momentos de perda envolveriam, portanto, manifestações de luto expressas através de cinco estágios: negação (*denial*), raiva (*anger*), barganha (*bargaining*), depressão (*depression*) e aceitação (*acceptance*).⁶³ Outros possíveis padrões foram aventados posteriormente,⁶⁴ no entanto o modelo de Kubler-Ross permanece sendo o mais aceito pela comunidade científica ocidental:

*The most commonly taught system for understanding the process of dying was introduced by Dr. Elizabeth Kubler-Ross in her 1969 book, On Death and Dying. The book explored the experience of dying through interviews with terminally ill patients and described Five Stages of Dying: Denial, Anger, Bargaining, Depression, and Acceptance (DABDA). Kubler-Ross and others subsequently applied her model to the experience of loss in many contexts, including grief and other significant life changes, such as limb amputation or loss of a job. Though the stages are frequently interpreted strictly, with an expectation that patients pass through each in sequence, Kubler-Ross noted that this was not her contention and that individual patients could manifest each stage differently, if at all. The model, which was the result of a qualitative and experiential study, was purposely personal and subjective and should not be interpreted as natural law. Rather, the stages provide a heuristic for patterns of thought and behavior, common in the setting of terminal illness, which may otherwise seem atypical.*⁶⁵

A morte, enquanto evento biológico, não é só estudada sob a ótica da saúde mental. A questão é tratada em diversas disciplinas durante a formação de um profissional de saúde, em especial dos médicos. No entanto, o lidar com processo “do morrer” parece ser negligenciado

⁶² FERREIRA, Julia Messina Gonzaga; NASCIMENTO, Juliana Luporini; SÁ, Flávio César de. Profissionais de saúde: um ponto de vista sobre a morte e a distanásia. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Brasília, v. 42, n. 3, p. 87-96. 2018.

⁶³ AFONSO, Selene Beviláqua Chaves; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Uma releitura da obra de Elizabeth Kubler-Ross. *Ciência e Saúde Coletiva*. 2013, v. 18, n. 9, p. 2729-2732. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900028&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁶⁴ HARVARD MENTAL HEALTH LETTER. *Beyond the five stages of grief*. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3sxjaiG>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁶⁵ TYRELL, Patrick; HARBERGER, Seneca; SIDDQUI, Waquar. Stages of Dying. *StatPearls*. Treasure Island (FL): StatPearls. 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK507885/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

em grande parte dos cursos de formação destes profissionais. A maior parte deles tem conhecimento, ainda que superficial, sobre os cinco estágios do luto, assim como sobre questões envolvendo ética profissional em situações de morte e doenças terminais. A questão possui raízes distintas, especialmente decorrente dos métodos empregados durante a graduação dos profissionais e a ênfase em outras características.

Com o avanço da Medicina, ora cada vez mais biotecnológica, os médicos tendem a focar mais no diagnóstico, tratamento e prevenção de uma determinada doença, do que na cura propriamente dita. Logo, a cura prevalece sobre o cuidado e o médico acaba por assumir um papel de “curador da doença” ao invés de “cuidador do doente”. Assumindo tal função, o médico acaba não sabendo lidar com a morte e com o sofrimento humano durante a sua vida profissional, muitas vezes por não ter sido preparado previamente para o enfrentamento destes tabus ao longo de sua formação.⁶⁶

A despeito das promissoras reformas curriculares levadas a cabo nos últimos anos, com o necessário debate acerca da ética na assistência à saúde e, principalmente, acerca da importância da integração e humanização nos cuidados ao indivíduo dentro de um contexto mais vasto e para além do “remediar”, o efetivo exercício destas visões ainda se mostra incipiente na maioria dos casos.⁶⁷ A dificuldade do médico em lidar com a perda de um paciente sob seus cuidados parece ter como uma de suas origens próprio período da formação profissional, quando a questão não é tratada de maneira clara e coerente, mas sim como secundária ou até mesmo negligenciada. O conhecimento é predominantemente teórico, sendo que comunicar o falecimento de um indivíduo ao familiar ou ao responsável, por exemplo, é pouco comum durante os anos de graduação. Da mesma forma, dada a necessidade de cumprimento da extensa grade curricular, os estudantes da área da saúde trabalham a questões do diagnóstico e tratamento de patologias incuráveis por poucos dias e, assim, não conseguem acompanhar de maneira integral um paciente durante as fases do luto citadas anteriormente. Não há, na maioria das disciplinas, horizontalidade no acompanhamento e na assistência, isto é, o estudante ou mesmo o médico-residente que primeiro atende um paciente por vezes não é o mesmo que irá reavaliá-lo numa consulta de retorno.⁶⁸

⁶⁶ TAMADA, Jacqueline Kaori Tozaki *et al.* Relatos de médicos sobre a experiência do processo de morrer e a morte de seus pacientes. *Rev Med*, São Paulo, v. 96, n. 2, p. 81-7, abr./jun. 2017.

⁶⁷ “As atuais transformações vivenciadas nas sociedades laicas e plurais contemporâneas têm tornado a bioética e a humanização temas centrais na educação médica. [...] Neste processo, ganham ressonância as indagações relativas à necessidade de repensar a formação de sujeitos autônomos, capazes de se posicionar criticamente em relação à dominação e de exercer sua cidadania - o que é, por definição, uma questão ética -, cabendo importante papel à humanização em saúde ao se considerá-la.”. REGO, Sergio; GOMES, Andréia Patrícia; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. Bioética e humanização como temas transversais na formação médica. *Revista Brasileira de Educação Médica*, v. 32 n. 4, p. 482-491, dez. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-55022008000400011>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁶⁸ BATISTA, George Felipe de Moura; FREIRE, Gustavo da Cunha Lima. Análise do ensino da morte e do morrer na graduação médica brasileira. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 15, n. 3, p. 1-13, 2019.

Ainda, devemos destacar que os médicos e os demais profissionais da saúde são membros da sociedade. Ou seja, carregam consigo concepções culturais, religiosas e morais sobre o evento do morrer e que podem lhes influenciar na tomada das decisões necessárias no cotidiano assistencial. Não são pessoas alheias aos acontecimentos que os cercam e não são imunes aos julgamentos por seus pares e seus próximos.

Os profissionais da área da saúde andam frequentemente sob uma linha tênue diante dos desejos do paciente e das intervenções médicas necessárias aos que estão morrendo. Isto deve-se ao fato de que, durante toda a sua formação, prendem que devem fazer de tudo para salvar a vida de seus pacientes. Em alguns casos, a doença torna-se um desafio e, se um paciente morre, o médico sente-se fracassado. Transpor essa linha nem sempre é fácil, ‘os cuidados médicos no final da vida são muitas vezes inconsistentes com as escolhas do paciente’ e acarretam implicações legais, éticas e econômicas.⁶⁹

Daí que a discussão sobre a eutanásia e o suicídio assistido impõem ao observador atenção às concepções da sociedade acerca do tema, em especial determinados dogmas religiosos e de moralidade de se tirar ou não a vida de outrem. Mas o estudioso não deve esquecer de lançar também um olhar sobre a dificuldade dos próprios profissionais em lidar com a morte e com tais formas de morrer e a sua resistência em aceitar as próprias limitações de seu ofício.

Cabe especialmente à Bioética e ao Biodireito perquirirem sobre os momentos em que a ortotanásia ultrapassa o momento “certo” e transforma-se em distanásia, sendo o morrer “penoso”. É necessário que se aprofunde o estudo sobre tais elementos, ajudando a se definir melhor em que ponto do espectro entre a “morte no momento certo” e a “morte penosa” seria cabível a “morte boa”. Conversar sobre a eutanásia ou suicídio assistido não implica em se rejeitar a possibilidade de cuidados paliativos. Não se deve propor medidas insuficientes apenas com fins à eutanásia, da mesma forma que não se deveria obrigar o enfermo a aceitar viver com múltiplas drogas, terapias e outras medidas paliativas pois assim não se desvia da ortotanásia. O que é ortotanásico a um indivíduo pode se mostrar distanásico a outro. Não há, de forma apriorística e absoluta, como qualificar o que seria a melhor de condução do processo de morte. Ambas as opções devem ser conduzidas de maneira ética e ofertadas de maneira plena e efetiva. É importante lembrar sempre que o indivíduo é, ao cabo, o principal responsável e interessado em sua saúde e sua vida e que suas opções devem ser respeitadas.

⁶⁹ DADALTO, Luciana; GONSALVES, Nathalia Recchiutti. Wrongful prolongation of life: um novo dano para um novo paradigma de proteção da autonomia. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 271-282, jul./set. 2020.

3.2 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1.995, em que “dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes”. Através do documento, ainda que de maneira sucinta, a autarquia buscou disciplinar a matéria em termos ético-profissionais, isto é, como os profissionais médicos devem lidar com situações potencialmente graves e fatais, mas nas quais o doente esteja “incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (art. 1º). Dentre as justificativas e os motivos expostos na Resolução, dois pontos, além da própria necessidade de regulamentação, merecem ser destacados: (i) a relevância que a **autonomia do paciente** tem adquirido nas últimas décadas, com substituição progressiva de um sistema – relação médico-paciente – alicerçado essencialmente no **paternalismo**; e (ii) a possibilidade, decorrente dos avanços tecnológicos, do prolongamento da vida de maneira não benéfica.

Ao longo da normativa, existe uma evidente tentativa de valorização das escolhas individuais e já manifestadas anteriormente, daí a denominação de Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV). A disposição do art. 2º, § 3º, por exemplo, determina que a escolha pelo próprio enfermo sobre o melhor tratamento – ou mesmo a recusa a qualquer um – deverá ser resguardada e obedecida mesmo se contrária aos desejos de seus familiares ou de qualquer outra de natureza não técnica, conforme se tem: “§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.”

De tal sorte, podemos notar que a Resolução nº 1.995 adota uma postura de cunho mais liberal na condução dos desejos dos pacientes, com a busca pelo respeito e obediência às suas determinações enquanto os principais interessados em sua própria saúde e na continuidade ou não de suas vidas. Esta concepção da normativa brasileira demonstra influência e semelhanças com legislações estrangeiras que regulamentam a disciplina, em especial da estadunidense; neste último, são conhecidas como *living will*, termo semelhante a “testamento vital” e sinonímia de “diretivas antecipadas de vontade”⁷⁰ – *advance directives*.

⁷⁰ “Sobre as Diretivas, também conhecidas como Testamento Vital, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp) elaborou, à época, um parecer sobre a discussão, por meio da Consulta nº 18.688/12, que reconhece ao paciente o direito a uma morte digna, escolhendo como e onde morrer, recusar ou solicitar certos tratamentos, medicamentos e intervenções em caso de inconsciência do paciente.” CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). *Testamento vital*. 2017. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Noticias&id=4547>. Acesso: 6 jan. 2021.

O desenvolvimento da doutrina legal das *advance directives* se inicia em 1967, nos Estados Unidos da América, através *Euthanasia Society of America*⁷¹ e de Luis Kutner, advogado que atuava para a organização à época e que durante os anos seguintes se dedicou ao estudo.

It was Luis Kutner who first proposed the idea at a meeting of the Euthanasia Society of America in 1967. The term “living will” was coined by him in 1969. It is a “will” because it spells out a person’s directions, yet it is “living” because it takes effect before death, though the execution of this “will” usually hastens death. The Euthanasia Society took up this personal in 1969, in preference to advocating active euthanasia, to protect the rights of terminally ill.⁷²

Na década seguinte, em 1976, a discussão foi levada aos tribunais estadunidenses, no julgamento do caso envolvendo uma paciente chamada Karen Anne Quinlan.⁷³ A jovem de vinte e um anos permanecia em coma há alguns meses, após uma provável intoxicação medicamentosa seguida de prolongada parada cardiorrespiratória. Apesar de os médicos que a assistiam entenderem que, à luz do conhecimento técnico existente àquele momento, seu estado era irreversível, a interrupção de qualquer meio artificial que a mantinha viva era reservada para situações de doação de órgãos e tecidos para transplante. Fora deste cenário, não havia precedente médico conhecido e também não havia segurança médica e jurídica para conduzir o caso de outras formas. As discussões e definições sobre morte encefálica eram recentes e, portanto, declarar uma pessoa como morta com base na ausência de atividade cerebral ainda se mostrava como uma questão delicada e de grande complexidade.⁷⁴

Mesmo após a família de Karen Quinlan ter assinado uma declaração autorizando a equipe médica a desligar o ventilador mecânico, o qual mantinha a paciente com as funções cardiorrespiratórias preservadas, os profissionais se mostraram inseguros a respeito das implicações morais, legais e profissionais que o feito poderia gerar. O pai de Karen, como seu

⁷¹ SABATINO, Charles P. The Evolution of Health Care Advance – Planning Law and Policy. *The Milbank Quarterly*, v. 88, n. 2, 2010, p. 211–239. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2980344/pdf/milq0088-0211.pdf>. Acesso: 6 jan. 2021.

⁷² HONG, C. Y.; GOH, L. G.; LEE, H. P. The Advance Directive – A Review. *Singapore Medical Journal*, v. 37, 1996. p. 411.

⁷³ SUPREME COURT OF NEW JERSEY. *Matter of Karen Quinlan, An Alleged Incompetent*. 355 A. 2D 647 Argued Jan. 26, 1976. Decided March 31, 1976. (abridged). Disponível em: <https://practicalbioethics.org/case-studies-study-guide-matter-of-quinlan.html>. Acesso: 6 jan. 2021.

⁷⁴ “At the end of the last century, a new definition of death was introduced. In the past, the irreversible loss of heart and lung functions had signaled death. The new definition was based on the irreversible loss of brain functions. The transition from heart to brain grew out of several parallel developments that converged in 1968.” A despeito da definição anterior, elaborada por um Comitê da Faculdade de Medicina da Universidade de Harvard, o debate no meio médico demonstrou dúvida por grande parte dos profissionais durante os primeiros anos, em especial acerca da forma de se verificar com exatidão e de maneira inequívoca a “perda irreversível das funções cerebrais”. DE GEORGIA, Michael A. History of brain death as death: 1968 to the present. *Journal of Critical Care*, v. 29, n. 4, p. 673-678, 2014.

responsável, procurou então auxílio judicial. Cabe aqui apontar a declaração dada pela mãe da doente durante o julgamento, conforme segue:

Next day Quinlan 's wife Julia Ann took the stand and testified that if her daughter were able to make a choice, she would surely not want survival as a subhuman being. "Life was very important to her and very dear to her," said Mrs. Quinlan. **"But the way that she could live her life was also very important to her."** Mrs. Quinlan said that she and her daughter had seen what incurable cases of cancer could do to people and their families, and she insisted that Karen was against the artificial prolongation of life. **"Mommy, please don't ever let them keep me alive with any extraordinary means,"** Mrs. Quinlan quoted Karen as saying. She added: "I cannot say that those were her exact words...but to her life was very dear and she wanted to enjoy life. And that's why when I see her in this condition, I know in my heart as her mother it is not what Karen would want to be."⁷⁵

A discussão, no entanto, permaneceu sem solução favorável aos familiares – e à doente – nas instâncias judiciais inferiores do Estado de New Jersey, cabendo então à Suprema Corte Estadual decidir de maneira definitiva. Como apontado no início do Acórdão pelo *Chief Justice* HUGHES:

The matter is of transcendent importance involving questions related to the definition and existence of death, the prolongation of life through artificial means developed by medical technology, undreamed of in past generations of the practice of the healing arts; the impact of such durationally indeterminate and artificial life-prolongation on the rights of the incompetent, her family and society in general; the bearing of constitutional right and the scope of judicial responsibility, as to the appropriate response of an equity court of justice to the extraordinary prayer for relief of the plaintiff.⁷⁶

A decisão colegiada foi baseada sobretudo em um princípio tacitamente expresso na constituição estadunidense: *the right of privacy*. Como se tem do julgado, ainda que o direito não esteja explicitamente positivado no texto constitucional, diversas áreas da vida privada são por ele garantidas. De tal sorte, eventual intervenção estatal sobre determinados aspectos das decisões pessoais deve ser limitada e os interesses e responsabilidades judiciais restritos. Superada a questão técnico-jurídica de uma eventual ilicitude das ações dos profissionais e dos familiares – de “desligar os aparelhos” –, restou ao tribunal se debruçar sobre a matéria médica. Como posto anteriormente, os debates acerca da morte encefálica, ainda que profícuos, eram recentes e ainda pouco consolidados. Assim, a saída encontrada pela corte foi delegar, de certa forma, tal responsabilidade às equipes médicas, com a ressalva de que o assunto poderia ser

⁷⁵ THE LAW: A Life in the Balance. *Time*, 3 nov. 1975. Disponível em: <http://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,913631,00.html>. Acesso: 6 jan. 2021. Grifo nosso.

⁷⁶ SUPREME COURT OF NEW JERSEY. *Matter of Karen Quinlan, An Alleged Incompetent*. 355 A. 2D 647 Argued Jan. 26, 1976. Decided March 31, 1976. (abridged). Disponível em: <https://practicalbioethics.org/case-studies-study-guide-matter-of-quinlan.html>. Acesso: 6 jan. 2021.

reapreciado judicialmente em um segundo momento se verificadas eventuais violações a direitos humanos. Nas palavras do *Judge* Muir, responsável pelo julgamento da ação na instância original e compiladas pela Suprema Corte:

Doctors...to treat a patient, must deal with medical tradition and past case histories. They must be guided by what they do know. The extent of their training, their experience, consultation with other physicians, must guide their decision-making processes in providing care to their patient. The nature, extent and duration of care by societal standards is the responsibility of a physician. The morality and conscience of our society places this responsibility in the hands of the physician. What justification is there to remove it from the control of the medical profession and place it in the hands of the courts?....⁷⁷

Ao fim, o colegiado decidiu por conceder a guarda definitiva de Karen Quinlan a seu pai e permitir que se interrompessem as medidas que a mantinham artificialmente viva.

We repeat for the sake of emphasis and clarity that upon the concurrence of the guardian and family of Karen, should the responsible attending physicians conclude that there is no reasonable possibility of Karen's ever emerging from her present comatose condition to a cognitive, sapient state and that the life-support apparatus now being administered to Karen should be discontinued, they shall consult with the hospital "Ethics Committee" or like body of the institution in which Karen is then hospitalized. If that consultative body agrees that there is no reasonable possibility of Karen's ever emerging from her present comatose condition to a cognitive, sapient state, the present life support system may be withdrawn and said action shall be without any civil or criminal liability therefore on the part of any participant, whether guardian, physician, hospital or others.⁷⁸

A importância dos testamentos vitais para os norte-americanos foi aumentando progressivamente ao longo das décadas seguintes, culminando com a promulgação da HR4449 – *Patient Self Determination Act of 1990*, que busca orientar e dar as diretrizes gerais a serem observadas por cada um dos Estados. Levantamento recente mostra que hoje um terço dos adultos do país possuem tal documentação, com variações próprias de acordo com as legislações e requisitos próprios dispostos por cada ente federal.⁷⁹

Em 1997, os membros do Conselho da Europa assinaram a chamada “Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina”, cuja finalidade se vê em seu Artigo 1º: “[a]s Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a

⁷⁷ SUPREME COURT OF NEW JERSEY. *Matter of Karen Quinlan, An Alleged Incompetent*. 355 A. 2D 647 Argued Jan. 26, 1976. Decided March 31, 1976. (abridged). Disponível em: <https://practicalbioethics.org/case-studies-study-guide-matter-of-quinlan.html>. Acesso: 6 jan. 2021.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ CRIST, Carolyn. *Over one third of U.S. adults have advanced medical directives*. Healthcare & Pharma, 11 July, 2017. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-usa-advance-directives/over-one-third-of-u-s-adults-have-advanced-medical-directives-idUSKBN19W2NO>. Acesso: 15 fev. 2021.

pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.”⁸⁰ No entanto, passados mais de vinte anos do encontro, das 47 nações que assinaram a carta, apenas 28 a ratificaram e internalizaram em seu ordenamento jurídico. Atualmente, o que se vê é que as diretivas antecipadas ainda têm regulação heterogênea. Para citar apenas alguns exemplos, Espanha e Bélgica possuem legislação do ano de 2002, através das Lei nº 41⁸¹ e Lei nº 22⁸², respectivamente; o Reino Unido possui disposição normativa do ano de 2005⁸³, a Alemanha optou por alteração em seu Código Civil (*Bürgerlichen Gesetzbuch*) no ano de 2009 para inclusão da matéria⁸⁴ e Portugal promulgou no ano 2012 a Lei nº 25.⁸⁵

Tais alterações normativas demonstram, em maior ou menor grau, uma modificação de conceitos sociais, culturais e morais acerca da matéria, com reflexos nas decisões político-legislativas. Diversos elementos podem ser apontados como responsáveis por esta mudança de percepção, em especial uma maior valorização das decisões do indivíduo sobre aspectos de sua saúde e sua vida e uma preocupação em delimitar determinados espaços da própria individualidade não suscetível à interferência estatal, através dos serviços de saúde e de órgãos judiciais, mas também dos próprios familiares do enfermo.

3.3 EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As situações decorrentes da existência e aceitação de diretivas antecipadas de vontade soam semelhantes àquelas que permeiam a eutanásia e o suicídio assistido. E em alguns casos

⁸⁰ CONVENÇÃO para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-protecao-dos-direitos-do-homem-e-da-dignidade-do-ser-humano-face-22>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁸¹ ESPANHA. *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>. Acesso: 15 fev. 2021.

⁸² BÉLGICA. Law of 22 August 2002 on Patients' Rights. Disponível em: <https://www.health.belgium.be/en/health/taking-care-yourself/patient-related-themes/patients-rights>. Acesso: 15 fev. 2021.

⁸³ REINO UNIDO. *Mental Capacity Act 2005*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁸⁴ ALEMANHA. “Die gesetzliche Grundlage dafür hat der Deutsche Bundestag am 18. Juni 2009 mit dem Paragraphen (§) 1901a des Bürgerlichen Gesetzbuchs beschlossen und damit die Rahmenbedingungen für den Umgang mit einer Patientenverfügung geregelt.” Cf. BUNDESMINISTERIUM für Gesundheit. *Patientenrechte*. Disponível em: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/patientenverfuegung.html>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁸⁵ PORTUGAL. *Lei n.º 25, de 16 de julho de 2012*. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/179517/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2025/2012+de+16+de+julho>. Acesso em: 15 fev. 2021.

realmente o são. No entanto, em nosso território e em grande parte das nações ocidentais, os instrumentos apresentam diferenças relevantes e em variados aspectos, sobretudo nos campos da moral, das leis e da ética profissional. Assim, várias das nações europeias que possuem legislação acerca das *advance directives*, proíbem a eutanásia e o suicídio assistido. O mesmo se aplica à maior parte dos Estados norte-americanos, com legislações variadas entre cada um deles.

Quando se fala em um *living will*, temos “[...] 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.”, conforme art. 1º da Resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina. Neste caso, o que se tem, via de regra, é um indivíduo saudável e sem perspectiva de acometimento por patologia com curso fatal em curto período de tempo, o qual decide declarar previamente como sua situação clínica deve ser tratada perante um evento potencialmente fatal. O exemplo mais comum é o da pessoa que decide por não ser submetido a reanimação cardiopulmonar ou por não ser submetido a uma intubação orotraqueal e ventilação mecânica. A não realização de tais procedimentos quando há indicação médica precisa para tanto deve acarretar a morte daquele indivíduo, de tal sorte que a opção pela não-reanimação ou pela não-intubação representa, para aquele paciente, uma imposição de conduta diversa do usualmente praticado.

Neste mesmo sentido, ainda que o indivíduo saiba, através de um teste genético, por exemplo, que possui uma relevante possibilidade de desenvolver – ou que certamente desenvolverá – determinada patologia ao longo de sua vida e que esta doença tem potencial para acarretar a sua morte, o testamento vital tem como escopo proteger suas decisões no momento em que tal doença se manifeste e que ele esteja incapacitado de decidir acerca do tratamento. Não se trata, portanto, de acelerar **ativamente** o resultado final, qual seja, o falecimento. Pelo contrário, corresponde a uma delimitação da intervenção familiar, estatal e técnica sobre os cuidados de saúde a serem empregados, impedindo que se utilize determinados meios previamente discriminados pelo indivíduo.

Um *living will* pode conter disposições como “desejo ser reanimado em qualquer situação de parada cardiopulmonar” ou “desejo receber alimentação e hidratação através de sonda ou orifícios artificiais” ou qualquer outra determinação semelhante, porém tais procedimentos correspondem à prática médica ocidental corrente, em que a preservação da vida é o elemento basilar de todo o cuidado com a saúde. Cabe uma ressalva neste ponto. A adoção de determinações, que poderiam soar como óbvias e desnecessárias, podem ser cabíveis como forma de proteção do enfermo face a uma possível proibição de intervenção pelos familiares,

ou seja, quando aquele que subscreve um *living will* pretende impedir que seus familiares não permitam que a equipe de saúde adote os meios necessários para manutenção da vida do signatário.

Porém, de maneira geral, o que se vê quando um indivíduo elabora o testamento vital é o oposto. Em síntese e para estritos fins de comparação, já que seu escopo é mais amplo do que isso, as *advance directives* normalmente impõem a terceiros uma **omissão** frente a uma situação em que o habitualmente praticado pela equipe médica seria de intervenção. Temos, portanto, decisões de não-tratamento (*non-treatment decisions*).⁸⁶ Podem incluir determinações como as já citadas – proibição à ressuscitação cardiopulmonar ou à alimentação por sondagem –, mas também discorrer sobre eventos mais específicos, com o objetivo impedir o prolongamento desmedido da vida através de medidas artificiais – a chamada *distanásia*.

As decisões proferidas em um *living will*, pelo menos em grande parte das nações que o aceitam, diferem daquilo que se entende por eutanásia e suicídio assistido. Estes últimos institutos impõem ao indivíduo ou ao grupo que assiste o enfermo um ato de *agir*, conduzindo o paciente à morte – eutanásia – ou o auxiliando diretamente para que o faça por si – suicídio assistido. A questão, como se vê, é complexa e modificações têm sido gradativamente sendo feitas, com as legislações nacionais alterando o tratamento anteriormente conferido à questão. A tendência recente, ainda que restrita, parece ser de se permitir que uma diretiva antecipada de vontade contenha determinações sobre eutanásia. Ou seja, previamente e ainda capaz de decidir sobre sua condição de saúde e de expressar de maneira livre e autônoma suas vontades, o indivíduo opta por determinar que, se incapaz de se comunicar e acometido por patologia incurável, sua vida seja artificialmente abreviada. Esta é uma situação factível nos Países Baixos, onde a eutanásia é um procedimento legal e com critérios definidos pelo *Dutch Termination of Life on Request and Assisted Suicide* e que sua realização pode ser incluída como diretriz em um *living will*, conforme se vê:

Some people feel that they would wish euthanasia to be performed if they ever find themselves in a particular situation which they would now regard as unbearable and offering no prospect of improvement. Their best course of action is to discuss the situation they envisage with their family doctor and make a written directive covering those circumstances. Such advance directives define the precise circumstances in which the patients concerned would wish euthanasia to be performed. The document

⁸⁶ “NTD non-treatment decisions] are defined as follows: withholding or withdrawing medical treatment from a person either because of medical futility or at that person’s voluntary and competent request.” RADBRUCH, Lukas *et al.* Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care. *Palliative Medicine*, v. 30, n. 2, p. 104–116, 2016. p. 108. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0269216315616524>.

constitutes a request to the physician and must contain a clear and unambiguous expression of the patient's wishes.⁸⁷

Assim, buscando efetivamente maior valorização da autonomia individual em relação aos cuidados de saúde a serem empregados nas mais variadas situações clínicas que futuramente possam se apresentar, a permissão legal para a realização da eutanásia poderia, seguindo o modelo holandês, fazer parte das próprias diretivas antecipadas de vontade e não ser decidida somente quando da ciência e presença de diagnóstico de patologia com curso inexoravelmente fatal.

⁸⁷ HOLANDA. *Euthanasia, assisted suicide and non-resuscitation on request*. Disponível em: <https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>. Acesso em: 15 fev. 2021.

4 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tércio Sampaio explica que o **direito** pode apresentar inúmeras acepções, vulgares ou não, sendo várias capazes de lhe explicar e dar-lhe sentido, ainda que de maneira incompleta. Em sua avaliação, não haveria compreensão única derivada da palavra, dado ser fenômeno aproximável tanto a partir de um enfoque zetético – que coloca em dúvidas as próprias premissas sobre a qual se apoia o estudo – quanto através do método dogmático – o qual busca explicitar as opiniões e respostas possíveis à pergunta formulada. Fora isso, há na língua portuguesa uma particularidade semântica, decorrente da aproximação de *jus* com *derectum*, que leva a uma polissemia, ou seja, o signo “direito” já carrega em si diferentes significados, independentemente do método de estudo a ser aplicado. Para Ferraz Júnior:

A palavra direito, em português (e as correspondentes nas línguas românicas), guardou, porém, tanto o sentido do *jus* como aquilo que é consagrado pela Justiça (em termos de virtude moral), quanto o de *derectum* como um exame da retidão da balança, por meio do ato da Justiça (em termos do aparelho judicial). [...] Essas observações iniciais já nos dão conta de que compreender o que seja o direito não é tarefa fácil. Não só é um fenômeno de grande amplitude e muitas facetas, mas também a própria expressão direito (e seus correlatos) possui diferenças significativas que não podem ser desprezadas.⁸⁸

Para outros autores, em especial aqueles de matriz crítica, o **direito** é tido como um produto essencialmente decorrente e atrelado ao capitalismo.⁸⁹ Esta forma de produção adotada nos países europeus a partir do século XVIII e que logo se mostrou um modelo quase hegemônico mundo afora, baseado na exploração da mais valia pelos proprietários dos meios de produção, acarretou drásticas mudanças em diferentes aspectos sociais. Na política, viu-se a substituição dos antigos estamentos, outrora dominantes, pela classe burguesa e também a adoção de valores com fulcro no universalismo, na igualdade entre os homens e na autonomia individual. Da mesma forma, as normas estatais, não sendo mais emanadas de um governante – rei – antes tido como representante divino, passaram a exigir outros fundamentos que lhe confirmassem autoridade. O direito e sua construção pautada em uma pretensa igualdade de todos perante a lei veio ocupar esta posição, sendo capaz de atuar no bojo social, dando regramento

⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 42.

⁸⁹ “A forma política estatal se estabelece definitivamente apenas quando a sociabilidade geral se torna jurídica. O Estado de direito assim o é, fundamentalmente, porque opera em conjunto com as relações sociais permeadas pelo direito. No processo social da reprodução capitalista se instaura uma subjetividade que investe de juridicidade a relação entre burgueses e trabalhadores e, ao mesmo tempo, torna o Estado também permeado pela mesma juridicidade.” MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013. p. 45.

às relações entre os indivíduos, legitimando a forma de produção econômica então vigente e gerando previsibilidade e confiança aos cidadãos.

Independentemente de como se entende o **direito**, o que se vê é que o constitucionalismo moderno é fruto de uma longa evolução jurídica, mas decorre sobretudo das intensas mudanças e conflitos que tomaram corpo entre na primeira metade do século XX, principalmente no Velho Mundo.

4.1 BREVE COMENTÁRIO AO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Os eventos sociais ocorridos ao longo da segunda metade do século XIX, as crises econômicas do início do século XX e, por fim, a I Guerra Mundial, com a devastação de parte dos países europeus à época, são apontados como fontes da busca por igualdade para além da **formal**, ou seja, o sistema jurídico-político, que até então propagava e sustentava os valores liberais, não era suficiente para garantir efetiva igualdade **material** entre os homens. Constituições como a do México (1917)⁹⁰ e a de Weimar (1919)⁹¹ são lembradas como os primeiros documentos que buscaram positivar direitos sociais, ultrapassando o individualismo burguês até aquele momento vigente. São nelas em que o constituinte passou a imprimir maior relevância e força normativa ao texto constitucional e compreendê-lo como um **todo**, no qual os diversos agentes políticos se comunicam e, por vezes, se mostram em conflito. O texto deixa, portanto, de ser uma compilação de parcelas e determinações independentes promulgadas em um único caderno.

As preocupações constitucionais com os aspectos sociais – “constitucionalismo social” – e que culminaram com o desenvolvimento da dogmática acima trouxeram consigo o emprego do documento como elemento diretivo. As constituições passam a apresentar caráter programático, ou seja, buscam atuar na estrutura social e em seus diversos setores com vistas à

⁹⁰ “A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o ‘longo século XIX’; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada.” COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 190.

⁹¹ “Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazifascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo.” COMPARATO, *op. cit.*, p. 205.

sua efetiva modificação. A Carta Maior passa a ser lida como uma ferramenta de alteração da própria sociedade, de correção de falhas e como forma de apontar e guiar a nação a determinado rumo. E as diversas ordens constitucionais – econômica e financeira, social e política – passam a ser determinadas e guiadas por diretrizes dispostas pelo constituinte ao longo do documento, conforme explica CANOTILHO.⁹² O texto constitucional, a partir destas novas perspectivas, passa a ser lido, interpretado e aplicado como um todo coeso e que se complementa através de cada um de seus dispositivos.

Não obstante, a busca pela efetivação dos direitos sociais se mostrou inefetiva neste primeiro momento. As críticas aos regimes totalitários, sobretudo ao nacional-socialismo alemão, ao fascismo italiano e ao stalinismo soviético, deixam claro que a busca pelo fortalecimento dos valores populares (sociais), por vezes atrelados a concepções de superioridade racial, nacional ou classista como contraposição ao individualismo formal anterior são insuficientes e até mais nefastos.

O desenvolvimento e o exercício dos direitos sociais passam, então, a ser entendido de maneira distinta. Percebe-se que os avanços de todo um país passam, necessariamente, pela proteção de bens, direitos e garantias próprios do **indivíduo** enquanto ser dotado de autonomia e capacidade de se dirigir em busca de satisfazer a si e a seus próximos, mas com respeito aos demais membros daquela sociedade. De certa forma, há um resgate parcial de valores do liberalismo burguês, porém de maneira estruturada, em que os compromissos individuais andam junto aos sociais, e com o Estado assumindo papel mais ativo na proteção e no fomento destes diversos elementos.

Dentro desta perspectiva, o que se vê na Constituição Federal de 1988 é uma intensa pluralidade de desejos, expectativas e garantias e que, por vezes, soam antagônicos e inaplicáveis concomitantemente. Os Poderes da República e a sociedade como um todo têm sido chamados a decidir sobre quais valores devem ser preservados e estimulados e como equilibrar, de maneira harmônica, preceitos tão díspares. O direito acaba assumindo papel de protagonista neste cenário, especialmente ao denominar determinados interesses como essenciais e indisputáveis.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

4.2 O DIREITO À VIDA

O direito à vida e o direito à liberdade são dois direitos fundamentais e se encontram presentes no texto constitucional atual no *caput* do art. 5º, o qual inicia o Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais). São invioláveis, assim como os direitos à igualdade, à segurança e à propriedade, e não são passíveis de serem abolidos, por constituírem cláusula pétrea – art. 60, parágrafo 4º, IV, CF.⁹³ São ditos fundamentais pois representam o núcleo básico a todos os seres humanos perante a ordem constitucional brasileira vigente, possuindo um caráter subjetivo – enquanto garantias e proteções do indivíduo – e também dimensão objetiva – dado seu caráter diretivo e vinculante em relação, em especial, aos entes estatais. Tanto para Uadi Bulos quanto para Ingo Sarlet, a concepção da fundamentalidade destes direitos é essencial e permeiam todas as esferas da vida em sociedade, como se vê nos escritos dos autores:

Os direitos fundamentais cumprem as finalidades de defesa e de instrumentalização. Como direitos de defesa, permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados, proibindo os Poderes Públicos de invadirem a esfera privada dos indivíduos. No posto de direitos instrumentais, consagram princípios informadores de toda a ordem jurídica (legalidade, isonomia, devido processo legal etc.), fornecendo-lhes os mecanismos de tutela (mandado de segurança, habeas corpus, ação popular etc.)⁹⁴ Tendo em conta que se trata de direitos com assento constitucional, a própria noção de fundamentalidade dos assim designados direitos (e deveres) fundamentais guarda relação já com determinada hierarquia normativa no âmbito interno de cada Estado, especialmente no que diz com a limitação jurídica do poder e a supremacia das normas constitucionais no âmbito do ordenamento interno.⁹⁵

O direito à vida encontra-se positivado constitucionalmente a partir da Carta de 1934 e, a despeito de variações na redação legislativa, foi mantido nos documentos seguintes.⁹⁶ Nos documentos de 1824 e de 1891 havia somente o “direito à segurança individual” (art. 179, CF de 1824, e art. 72, CF de 1891). Historicamente apresenta-se como uma proteção aos arbítrios e à opressão pelo aparelho estatal, representado uma forma de liberdade negativa. Portanto, aos nacionais e aos estrangeiros residentes – de acordo com o texto atual – o constituinte procurou garantir o direito à existência física e à não interferência arbitrária. Protege-se à vida enquanto

⁹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

⁹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 526.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 586.

⁹⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito à vida*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 678 e seguintes.

direito ao nascimento e enquanto direito de subsistir.⁹⁷ Quando analisamos somente o *caput* do art. 5º, vemos que a vida não envolvia questões como justiça ou dignidade. Demais aspectos do viver serão tratados pelo legislador em outros dispositivos do texto e devem ser lidos em conjunto. Mas o que se vê na **inviolabilidade do direito à vida** é uma concepção essencialmente biológica e não-valorativa, condizente com uma forma de proteção negativa e que nos remete, neste sentido, aos valores essenciais do liberalismo clássico, pensamento político que pregava a existência de determinados direitos (*rights*) naturais.⁹⁸

O conceito de “vida”, para efeitos da proteção jusfundamental, é aquele de existência física. Cuida-se, portanto, de critério meramente biológico, sendo considerada vida humana toda aquela baseada no código genético humano. Em apertada síntese, é possível afirmar que o direito à vida consiste no direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano. Com isso, busca-se afastar toda e qualquer concepção de ordem moral, social, política, religiosa ou racial acerca da vida humana, especialmente aquelas que pretendem uma diferenciação entre uma vida digna e a vida indigna de ser vivida e, neste sentido, reconhecida e protegida pela ordem jurídica.⁹⁹

Os desdobramentos do direito à vida são amplos e variados, porém habitualmente delicados. Sua inviolabilidade não pode ser lida de forma unívoca, por mais que sua proteção seja da mais alta e respeitável importância. Apenas para se recordar um exemplo largamente conhecido, a inviolabilidade do direito à vida é garantida quando o constituinte originário proibiu a pena capital em território brasileiro, através do art. 5º, XLVII, CF. Não obstante, no mesmo dispositivo, determinou uma exceção à vedação, sendo a aplicação da pena de morte possível em caso de guerra declarada.

O Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a decidir sobre questões envolvendo o direito à vida em situações não previstas no texto constitucional. São célebres e paradigmáticas as discussões realizadas pela Corte em dois *hard cases*: nas situações de

⁹⁷ BULOS, *op. cit.*

⁹⁸ O liberalismo, enquanto doutrina de contraposição aos valores absolutistas vigentes até o século XVIII, buscou afastar e justificar a não interferência arbitrária do governante sobre a vida dos membros da sociedade. John Locke, um dos principais filósofos que fomentou e lançou as bases do movimento, tratou em seus escritos de demonstrar a existência de direitos naturais (*natural rights*) – ou também chamadas leis naturais (*natural laws*) por alguns doutrinadores – que impunham deveres aos membros da sociedade, sobretudo à vida, à liberdade e à propriedade alheia. Constituem manifestações de liberdades negativas, isto é, âmbitos de proteção do indivíduo contra a interferência de terceiros e do próprio governante e dos agentes estatais. Neste sentido, temos: “John Locke (1632–1704) is among the most influential political philosophers of the modern period. In the *Two Treatises of Government*, he defended the claim that men are by nature free and equal against claims that God had made all people naturally subject to a monarch. He argued that people have rights, such as the right to life, liberty, and property, that have a foundation independent of the laws of any particular society.”. LOCKE’S Political Philosophy. In: STANFORD Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/locke-political/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 637 e 638.)

manipulação científica de células-tronco – ADIn 3510 – e do aborto de anencéfalos – APPF 54. Apesar de ambas versarem sobre o início da vida humana e, consequentemente, sobre o aborto, questões envolvendo possíveis conflitos entre a manifestação e respeito à autonomia individual, à liberdade, ao consentimento em face à preservação da inviolabilidade do direito à vida ultrapassam os julgados, acabando por refletir a leitura vigente do texto constitucional sobre tais direitos em suas mais variadas formas.

Através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, o STF foi perguntado se o art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança),¹⁰⁰ o qual permite a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, não seria inconstitucional frente à inviolabilidade do direito à vida. Se considerado uma forma de vida, os embriões deveriam ser protegidos e quaisquer experimentos realizados com eles contrariaria os postulados do constituinte originário. No extenso julgamento, de Relatoria do Ministro Ayres Brito, os pontos fundamentais discutidos pelo tribunal foram: (i) qual o momento em que se inicia uma vida e (ii) a contraposição do direito à vida aos direitos à saúde, à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade. Sobre o primeiro, isto é, quando se poderia dizer que há efetivamente o início da vida, a Corte aduziu que a Constituição Federal de 1988 não o delimitou de maneira precisa, porém os direitos fundamentais e os direitos da pessoa humana são destinados ao “indivíduo-pessoa”. O embrião cultivado extra vivo, no entanto, distingue-se do embrião e do feto formados intrauterinamente. Isto pois nestes últimos existe um potencial efetivo de se tornar uma vida extrauterina – daí a proibição em geral do aborto. São, portanto, **nascituros**¹⁰¹, com efetivo potencial de vir a nascer e não como o embrião formado através da fertilização *in vitro*, ao qual falta tal condição (potencialidade de nascer vivo). Ainda, de acordo com a “teoria natalista”, adotada pelo STF no julgamento da ação, feto

¹⁰⁰ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

¹⁰¹ A figura do nascituro tem extensa construção doutrinária e apresenta consequências em diversos ramos jurídico, muito além dos direitos fundamentais e do Direito Penal. Para o Direito Civil, por exemplo, a importância mais evidente é a discussão acerca da personalidade do feto ainda não nascido, mas com direitos sucessórios dentre outros. “Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. [...] Subordinando a personalidade ao nascimento com vida, não cabe indagar de que maneira se processa a concepção: se por via de relações sexuais normais, se devido a inseminação artificial, ou se mediante processos técnicos de concepção extrauterina (fertilização *in vitro*). Ademais, deve-se distinguir os embriões excedentários da figura do nascituro, sendo certo que um e outro não se confundem. O nascituro é o embrião que, implantado no útero, é apto a desenvolver-se ou maturar-se até o nascimento, diferentemente do embrião excedentário, que não tem essa capacidade por si só.” Cf: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 186 – 188.

e embrião não se confundem, já que o último não se desenvolverá em vida efetiva sem a nidação ao endométrio uterino¹⁰² e a formação do sistema nervoso, ao passo que o primeiro já possui tais características estabelecidas em maior ou menor grau.

Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. [...] É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva.¹⁰³

Claus Roxin sustenta posição semelhante à adotada no julgamento da ADIn, a despeito de pontuar que visão distinta possui expressão por parte de alguns doutrinadores alemães e de outras localidades:

Por outro lado, parece-me igualmente inquestionável que o embrião seja somente uma forma prévia, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o homem nascido – ainda mais enquanto o embrião se encontrar fora do corpo da mãe. Uma corrente fundamentalista relativamente grande na Alemanha e também, por ex., na Ásia Oriental, nega esta posição, numa postura que, contudo, não é sustentável, face aos demais limites admitidos à proteção à vida. O impedimento intencional da nidação, através de pílulas ou espirais, é impune segundo o Direito Alemão (§ 218, I, 2 StGB), de modo que, antes da implantação no útero o embrião carece de qualquer tutela. Face ao Código Penal Brasileiro, que não toma posição expressa a respeito do momento inicial da proteção penal, é igualmente possível sustentar este posicionamento, o que é mesmo feito por um setor aparentemente minoritário da doutrina. E mesmo depois da implantação, o Direito Alemão autoriza o aborto em medida relativamente extensa, o que ainda será explicado.¹⁰⁴

Um segundo aspecto importante abordado pela Suprema Corte trata de como se conciliar o direito à vida, o direito à autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. É certo que o embrião é incapaz de expressar sua vontade. Tanto aquele formado

¹⁰² A nidação corresponde à implantação do ócito, estrutura resultante da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, na parede uterina. Representa o estágio inicial da gestação, Cf: NEME, Bussâmara. Ovulação, fecundação, migração e nidação ovular. In: _____. (org.). *Obstetrícia básica*. 3. ed. São Paulo: Sarvier, 2006.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 3.150 / DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do direito penal. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL EM HOMENAGEM A CLAUS ROXIN, 2012, Rio de Janeiro. Conferência realizada no dia 7 de março de 2012 no encerramento do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

intrauterinamente – através da relação sexual ou de inseminação artificial – ou extrauterinamente – através da fertilização *in vitro* –, é dotado de um material genético ímpar, decorrente da somatória (fusão) dos gametas masculino e feminino. É capaz de ser individualizado, porém não é autônomo.¹⁰⁵ Para a Corte, portanto, a decisão sobre seu destino cabe a seus responsáveis, ou seja, àqueles que forneceram o material genético para sua formação “*in vitro*”, respeitando todos os procedimentos adotados para as demais situações médicas. Se uma pessoa é esclarecida acerca dos riscos de um tratamento médico antes de iniciá-lo e decide de maneira autônoma com base nas informações que lhe são prestadas, o mesmo deve ser aplicado às pesquisas com o material embrionário. São tais pessoas as dotadas de capacidade de decidir de maneira livre sobre o destino daquele espécime, conforme discutido pelos ministros:

Isso porque, atualmente, as regras deontológicas que regem os experimentos com pessoas, universalmente adotadas, baseiam-se na doutrina do "consentimento livre e informado", em atenção aos princípios da liberdade e da autonomia humanas, o qual deve ser exteriorizado, prévia e expressamente, por todos aqueles que se submetem a cirurgias e procedimentos de risco ou experimentais, que sejam doadores de órgãos e de tecidos, ou que se sujeitam a pesquisas científicas. [...] É preciso, portanto, informar aos doadores de material genético, com precisão e lealdade, acerca do que ocorrerá com os embriões destinados às pesquisas, bem como as possíveis alternativas à sua destruição, inclusive a possibilidade de sua doação a casais inférteis.¹⁰⁶

Ao se debruçar sobre as particularidades e dificuldades em como conciliar a dignidade da pessoa humana com a manipulação de células-tronco embrionárias, o entendimento do tribunal no julgamento foi baseado na ausência de vida dos embriões, em especial aqueles cultivados “*in vitro*”. Acompanhando as definições lançadas a respeito do início da vida humana, a falta de ligação ao útero comporia uma não-gestação e uma não-vida, situação distinta àquela do embrião gerado na cavidade uterina e já implantada na parede do órgão e, sobretudo e em estágio posterior, ao feto já em formação. A preocupação da Corte, ao delimitar o início da vida em momento posterior – ou pelo menos concomitante à da nidificação –, além de autorizar a manipulação dos embriões, afastou a aplicação da proibição do aborto ao caso das pesquisas com estes espécimes. Não sendo considerado vivo, apenas dotado de tal **potencial**, o embrião não estaria protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e também não seria passível de aborto, em nenhuma de suas formas previstas no Código Penal.

¹⁰⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 3.150 / DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/203510>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Sucedem que - este *o fiat lux* da controvérsia – a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento, transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa.¹⁰⁷

Um segundo marco jurisprudencial de importância quanto se estuda as concepções da vida e suas proteções perante o ordenamento brasileiro contemporâneo transcorreu durante as discussões proferidas no julgamento da ADPF 54, formalizada ainda no ano de 2004. A ação, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, foi levada à apreciação de seu mérito pelo Pleno da Excelsa Corte somente no início do ano de 2012 e, em resumo, buscava-se decidir se a interrupção de uma gestação de um feto anencefálico constituiria uma situação de aborto e, portanto, de conduta tipificada como crime.

A anencefalia é uma condição clínica incompatível com a vida extrauterina e corresponde à ausência completa de formação do cérebro.^{108,109} Eventuais casos de recém-nascidos diagnosticados com a patologia e que permaneceram vivos por meses ou até anos após o nascimento são apontados como erro diagnóstico, em que outros defeitos de formação do tubo neural ocorreram. Tais situações se assemelham à anencefalia, porém diferem da última pois existe a formação, mesmo que incipiente, de parte das estruturas cerebrais.¹¹⁰ Dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) e trazidos ao longo da apreciação da ADPF mostraram que a anencefalia ocorria, na população mundial, à taxa de 0,1% dos nascimentos, ou seja, a

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 3.150 / DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁰⁸ “A anencefalia seria mais bem definida como falha no fechamento do tubo neural entre a terceira e a quarta semanas de gestação (entre 23º e 26º dia do embrião), resultando na ausência total ou parcial da calota craniana (crânio e couro cabeludo) e do cérebro. Com efeito, embora o termo ‘anencefalia’ (do grego *an*, ‘sem’, e *enkephalos*, ‘encéfalo’) seja comumente usado, trata-se de termo enganoso, pois o encéfalo – que por definição anatômica é a parte do sistema nervoso central localizado no crânio, constituído de cérebro (telencéfalo e diencéfalo), cerebelo e tronco encefálico (mesencéfalo, ponte e bulbo) – não está completamente ausente, haja vista que tronco encefálico, cerebelo, diencéfalo e partes do telencéfalo estão em geral presentes.” Cf: SANTANA, Marcus Vinícius Martins de Castro; CANÊDO, Fernanda Margonari Cabral; VECCHI, Ana Paula. Anencefalia conhecimento e opinião dos médicos ginecologistas-obstetras e pediatras de Goiânia. *Revista Bioética*, Brasília, v. 24, n. 2, 374-85, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422016242138>. Acesso em 20 mar. 2021.

¹⁰⁹ “*Anencephaly results from a failed closure of the rostral end of the neural tube and is characterized by a total or partial absence of the cranial vault and cerebral hemisphere. [...] Anencephaly, an incomplete formation of the brain and skull, is uniformly lethal.*” Cf: DETRAIT, Eric *et al.* Human neural tube defects: developmental biology, epidemiology, and genetics. *Neurotoxicol Teratol.* v. 27, n. 3, p. 515-524, 2005. Doi:10.1016/j.ntt.2004.12.007. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2727639/>. Acesso em 20 mar. 2021.

¹¹⁰ “O médico disse que o caso de Marcela de Jesus, amplamente noticiado na imprensa, que seria um caso de anencefalia com longa sobrevivência, é um caso clássico de falsa ideia de anencefalo. À base da imagem tomada em uma tomografia, ele mostrou que Marcela apresenta região do cerebelo, tronco cerebral e um pedacinho do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais. Então, isso não é diagnóstico de anencefalia, afirmou.” Cf: Especialista diz que anencefalia pode ser diagnosticada com 100% de segurança. *Jusbrasil*. Disponível em: <https://bitly.com/zw4oP>. Acesso em: 25 mar. 2021.

cada mil partos, um era de feto anencefálico. Tais taxas pareciam ser ainda mais elevadas em território brasileiro, com levantamentos apontando uma taxa de ocorrência na ordem de 0,6%.¹¹¹

Em seu voto, o Ministro Relator destacou que até o ano de 2005, antes do julgamento da arguição, portanto, mais de três mil autorizações foram concedidas pelos órgãos judiciários para permitir a interrupção da gestação de fetos anencéfalos. A prática não era excepcional, havendo progressivamente maior número de demandas com o mesmo pedido nos anos anteriores. O avanço dos métodos diagnósticos possibilitou que uma patologia até então de difícil diagnóstico durante o período gestacional, se tornasse mais facilmente detectável em período anterior ao nascimento. De tal sorte, a apreciação da matéria pelo STF se mostrava de grande importância, sendo imprescindível destacar, dentre as palavras do magistrado, (i) a distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto; e um segundo conflito semelhante àqueles também trazidos à baila no julgamento da ADIn 3150: o possível conflito entre dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida face às manifestações da autonomia e liberdade individuais.

O diagnóstico imaginológico da anencefalia, mormente através de exame ultrassonográfico realizado ainda nas primeiras semanas de gestação, traz a reboque intenso sofrimento aos genitores daquele feto. A condição, como discutido anteriormente, é incompatível com a vida por longos períodos após o clampeamento do cordão umbilical; cessada a união entre mãe e filho, o nascido acabará evoluindo para óbito em poucas horas ou dias na maior parte dos casos. Assim, um dos questionamentos respondidos na ADPF foi se o feto anencefálico seria uma pessoa humana viva, a qual deveria ter direitos preservados como qualquer outro nascituro, com potencial de vir a nascer vivo, ou se a ausência da completa formação cerebral ensejaria entendimento e proteção distintos. Assim pontua o relator:

Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em

¹¹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. 52 p. (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; Caderno n. 11). Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_mulheres_gestacao_anencefalos.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

potencial, mas de morte segura. [...] Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos.¹¹²

Buscando afastar-se da terminologia **aborto** e consequentemente das previsões legalmente postas para sua autorização, a Suprema Corte adota a denominação de **antecipação terapêutica do parto** para as situações envolvendo os fetos anencefálicos. Trata-se de uma construção jurisprudencial e que se utiliza de definições distintas daquelas habitualmente postas pela Medicina. Para a última, considera-se aborto a expulsão ou extração de conceito (embrião ou feto) com idade gestacional inferior a 20 ou 22 semanas ou com peso inferior a 500 gramas.¹¹³ Situações diversas são consideradas pelo Conselho Federal de Medicina como casos de morte fetal, sendo inclusive obrigatório o preenchimento de Declaração de Óbito pelos médicos que assistem à gestante.¹¹⁴ Apesar deste possível conflito terminológico, a importância da distinção realizada pelo tribunal no julgamento da ADPF reside no fato de permitir se afastar da extração artificial do feto anencefálico – antecipação terapêutica do parto – a imputação de prática de ato compatível com o crime de aborto, fato típico pela legislação pátria.

Na discussão mais ampla sobre o aborto, consoante salientam Telma Birchall e Lincoln Farias, incumbe identificar se existe algum motivo que autorize a interrupção da gravidez de um feto sadio. No debate sobre a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, o enfoque mostra-se diverso. Cabe perquirir se há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto.¹¹⁵

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹¹³ “É a expulsão do ovo antes de sua viabilidade. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), conceituação aprovada pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO, 1976), é abortamento a expulsão ou a extração de conceito pesando menos de 500g [500g equivalem, aproximadamente, a 20-22 semanas completas (145-154 dias completos)] (REZENDE E MONTENEGRO, 2007). Para Silva e Leite (2003), ‘é a expulsão ou extração do conceito antes da 20/22ª semana de gestação, apresentando peso menor ou igual a 500 gramas ou comprimento menor ou igual a 28cm’. Nos Estados Unidos, abortamento é a interrupção da gravidez por qualquer meio antes que o feto esteja suficientemente desenvolvido para sobreviver (CUNNINGHAM *et al.*, 1997). Naquele país, esta definição fica restrita à interrupção da gestação antes de 20 semanas, calculadas com base na data do primeiro dia da última menstruação normal. Os autores citados referem que outra definição comumente usada consiste no parto de um feto-neonato cujo peso seja inferior a 500g.” BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará (CREMEC). *Parecer CREMEC nº 06/2008*. Disponível em: <https://www.cremec.org.br/pareceres/2008/par0608.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹¹⁴ “Morte fetal – Em caso de morte fetal, os médicos que prestaram assistência à mãe ficam obrigados a fornecer a Declaração de Óbito quando a gestação tiver duração igual ou superior a 20 semanas ou o feto tiver peso corporal igual ou superior a 500 (quinhentos) gramas e/ou estatura igual ou superior a 25 cm.” BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). *Resolução CFM nº 1.779/2005*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2005/1779>. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

Uma outra questão abordada durante a apreciação da matéria também merece destaque e uma breve discussão. A aplicação do direito ao caso concreto pode fazer surgir uma aparente colisão entre direitos fundamentais, isto é, determinada situação fática poderia comportar a garantia ou o exercício de um direito que é contraditório com outro. A posição do STF, com fulcro nos **princípios da unidade constitucional**¹¹⁶ e da **concordância prática**¹¹⁷, tem sido homogênea no sentido de que não há conflito verdadeiro entre as normas do texto, somente aparente. Mesmo que se pudesse cogitar uma possível hierarquia valorativa entre princípios, não se pode falar da existência de hierarquia normativa entre os direitos e garantias fundamentais dispostos no texto. Assim, mesmo quando se discute questões em que possa haver uma possível violação do direito à vida, isso deve ser avaliado em conjunto com os demais direitos e garantias pertinentes àquele caso concreto.

Sobre esta complexa questão de hermenêutica jurídica, nota-se que as situações de tensão entre diferentes direitos e garantias fundamentais têm se tornado cada vez mais corriqueiras, decorrentes de sua positivação ao longo do Magno Texto, da **força normativa**¹¹⁸

¹¹⁶ “Direitos fundamentais interferem entre si, por vezes em casos extremos, como ocorre no choque entre liberdade religiosa e direito à vida ou na hipótese de recusa de certos tratamentos médicos, como transfusões de sangue, sustentada pelos fiéis de determinadas confissões. Nesses casos, como intuitivo, a solução das colisões entre normas não pode beneficiar-se, de maneira significativa, dos critérios tradicionais. Em primeiro lugar, e acima de tudo, porque inexistente hierarquia entre normas constitucionais. Embora se possa cogitar de certa hierarquia axiológica, tendo em vista determinados valores que seriam, em tese, mais elevados – como a dignidade da pessoa humana ou o direito à vida – a Constituição contém previsões de privação de liberdade (art. 5º, XLVI, a) e até de pena de morte (art. 5º, XLVII, a). [...] Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. Em algumas situações, precisará recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes: os direitos de uns têm de ser compatíveis com os direitos de outros. E em muitas situações, inexoravelmente, terá de fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas.” Cf: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 184.

¹¹⁷ “Nesse contexto, também aparece a concordância prática como a finalidade que deve direcionar a ponderação: o dever de realização máxima de valores que se imbricam. Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo.” Cf: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 187. E ainda: “A concordância prática ou princípio da harmonização deriva do princípio da unidade e recomenda ao intérprete que, ao se deparar com situações concretas de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução para otimizar a realização de todos, mas sem negar completamente um direito ou um princípio. Ex.: prisões processuais x princípio da presunção da inocência; ou ainda, liberdade de informação x proteção à vida privada. É um princípio aplicável ao caso concreto e é dinâmico.” Cf: BAHIA, Flavia. *Direito Constitucional*. 3. ed. Recife: Editora Armador, 2017. p. 82.

¹¹⁸ Para Konrad Hesse, a distinção realizada por Ferdinand Lassale entre Constituição *escrita*, de caráter formal, e *real*, oriunda das relações de poder no plano político, deveria ser mitigada. Hesse não nega a existência deste condicionamento, mas irá demonstrar que o texto constitucional possui autonomia em relação às disputas dos diversos agentes sociais e que, quando presentes determinados pressupostos, ela terá sua eficácia assegurada de maneira imediata. “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e

que passou a ser conferida aos dispositivos constitucionais no início da segunda metade do século passado e também como fruto da tolerância à expressão de valores sociais cada vez mais plurais e heterogêneos. Perante a doutrina e a jurisprudência pátrias são comuns e recorrentes, por exemplo, os debates acerca de como se compatibilizar situações que envolvem o exercício legítimo da liberdade de manifestação – art. 5º, XVI, CF – e a liberdade de locomoção – art. 5º, XV, CF. Não são incomuns situações em que o último direito é usado por agentes estatais como forma de coibir reuniões pacíficas de caráter político, assim como também ocorrem situações em que manifestações por populares em vias públicas acabam por dificultar ou mesmo impedir a livre locomoção dos demais. Neste mesmo sentido, em que se contrapõe direitos e garantias constitucionalmente previstos, temos no exercício da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa – art. 5º, IV e IX, CF – um potencial conflito com a garantia da intimidade e da honra – art. 5º, X, CF.

Em uma sociedade com níveis de desigualdade econômica alarmantes como a brasileira, cabe ainda sublinhar a previsão constitucional da inviolabilidade do direito de propriedade e seu eventual conflito com outros direitos individuais e sociais. Todos os brasileiros e estrangeiros alcançados pelo ordenamento nacional têm assegurados o direito de *dominium* sobre as coisas.¹¹⁹ É o direito real por excelência, historicamente oponível a todos, que faculta ao titular a possibilidade de usar, gozar e dispor de seu bem, conforme art. 1.228 do Código Civil (CC). Não obstante, se outrora constituía-se em uma manifestação absoluta de vontade e autonomia por parte do indivíduo, o proprietário viu no último século uma progressiva relativização de tais características. Tanto o texto constitucional – arts. 5º, *caput* e XXII, e 170, II – quanto o diploma civilista – art. 1.228, §§ 1º e 2º – trazem restrições ao exercício de tais prerrogativas, escorados na chamada função social da propriedade, também positivada pelo constituinte através do art. 170, III do documento. A inviolabilidade do *dominium* não deve ser protegida de maneira irrestrita, mas sim sempre observando que o direito à propriedade deve alcançar e beneficiar a todos. E há pelo menos três elementos que fundamentam esta mudança

sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.” e “A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa.”. Cf: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 199. p. 14 e 20.

¹¹⁹ “O direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais – ‘plena in re potesta’. Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.” Cf: GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 103.

de perspectiva: (i) a necessidade de proteção de determinadas comunidades e da sociedade como um todo, conferindo segurança aos biomas e aos patrimônios histórico e artístico locais e, como consequência, garantindo às gerações vindouras a possibilidade de usufruir deles; (ii) segurança e manutenção do próprio sistema capitalista,¹²⁰ ao se considerar que a propriedade incapaz de produzir riquezas, ou seja, que não gera lucro não atinge sua finalidade social; (iii) a função social também busca proteger os demais indivíduos isoladamente, conferindo-lhes direito de propriedade sobre bens urbanos e rurais através de institutos como a reforma agrária – art. 184, CF – e as desapropriações sancionatórias urbanas – art. 182, §4º, CF.

Cabe também assinalar que o conflito dos interesses pode não decorrer da prática de direitos e garantias distintos por pessoas ou coletividades distintas, mas sim da necessidade de se compatibilizar para um mesmo indivíduo interesses que soam antagônicos – o que será explorado de maneira detida adiante – ou quando do exercício de um mesmo direito por membros distintos da sociedade. A realização do aborto, por exemplo, um dos pontos de destaque durante o julgamento da ADPF 54, pode ser configurar em uma situação em que temos a colisão da inviolabilidade do direito à vida tanto da gestante quanto do feto em formação. O Código Penal, através do art. 128, I, prevê o chamado aborto necessário (ou terapêutico) como uma excludente de ilicitude especial, situação em que a sua realização é lícita e não há prática de conduta criminosa pelo agente.¹²¹ No caso, há evidente conflito entre o direito à vida da mulher e do nascituro, sendo ponderado pelo legislador, ao elaborar a Parte Especial do diploma, ser mais sensato e coerente a preservação da vida da gestante.

Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. Não seria nada razoável sacrificar a vida de ambos se, na realidade, um poderia ser destruído em favor do outro.¹²²

¹²⁰ “A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a.” Cf: BERCOVICI, Gilberto. Propriedade que descumpra função social não tem proteção constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 6 dez. 2015. Disponível em: <https://bityli.com/HihFP>. Acesso em: 5 abr. 2021.

¹²¹ “É uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que ‘não há crime’, como faz no art. 23 do mesmo diploma legal. Em outros termos, o Código Penal, quando diz que ‘não se pune o aborto’, está afirmando que o aborto é lícito naquelas duas hipóteses que excepciona no dispositivo em exame. Lembra, com propriedade, Damásio de Jesus que ‘haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse ‘não se pune o médico’, que não é o caso.” Cf: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte especial: crimes contra a pessoa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Tratado de Direito Penal, v. 2). p. 607.

¹²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos* (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 142.

A contraposição entre direitos e garantias fundamentais, como se vê, não é situação isolada. Os dois julgamentos enfrentados pelo STF deixam claro a relevância da matéria, especialmente por envolverem esferas distintas do exercício das liberdades privadas e públicas, tão caras ao constituinte e à sociedade. Na ADPF, esta questão foi lembrada e examinada em vários momentos, dos quais convém destacar:

O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. [...] A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.¹²³

Estes dois julgamentos e a ampla discussão envolvida em torno deles, nos mostra que o direito à vida, a despeito de sua inquestionável relevância, não pode ser tido como absoluto e indiscutível. A possibilidade de execução da pena de morte é o exemplo mais invocado para comprovar tal afirmação. Ademais, as extensas ponderações realizadas durante os julgamentos da ADIn 3510 e da ADPF 54 demonstram que a inviolabilidade do direito à vida não é irrestrita. A busca por sua preservação deve ser sempre o maior e mais eminente desiderato de qualquer sociedade. Seu exercício, no entanto, deve ser balizado com fulcro à realização da dignidade humana e em concurso com os demais direitos fundamentais, em especial a liberdade e autonomia individuais.

4.3 O DIREITO À LIBERDADE

O **direito à liberdade**, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, é polissêmico. Quando discutimos sobre o **direito à vida**, como na seção anterior, o principal norteador parece ser “quando alguém começa a viver”, isto é, se o nascituro ou se o embrião armazenado *in vitro* ou são indivíduos vivos. Por outro lado, quando estudamos a liberdade, percebemos que delimitar o seu ponto de início é, por certo, importante, mas a questão fulcral

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 25 mar. 2021.

se mostra descobrir “qual forma de liberdade”, ou seja, liberdade para quais atitudes ou para quais práticas.

De início, convém apontar que José Joaquim Gomes Canotilho entende como o principal traço distintivo das liberdades em relação aos direitos e garantias fundamentais está na possibilidade ou não de prática de seu conteúdo, facultando ao titular uma escolha, de maneira autônoma, entre possíveis comportamentos.¹²⁴ Apesar da relevância e das contribuições dos escritos do jurista português, a distinção não é habitualmente utilizada pela doutrina brasileira, que prefere dar à liberdade tanto contornos de direito quanto de garantia, não a estudando como elemento terceiro instituto apartado.

As origens do direito fundamental à liberdade remontam aos ideais do liberalismo clássico, positivados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,¹²⁵ que propagavam a concepção de que haveria um espaço, composto por elementos objetivos e subjetivos, própria do indivíduo e sobre a qual não caberia violação, tanto por terceiros privados quanto por entes públicos. A necessidade desta proteção era justificada pela necessidade da não interferência externa para que a pessoa pudesse, de maneira autônoma, se desenvolver e se aperfeiçoar de forma plena.¹²⁶

John Stuart Mill, do mesmo modo, compreendia a liberdade como um espaço particular de cada indivíduo perante o qual este era “soberano” de sua vida e suas ações e que esta delimitação tinha como objetivo primordial a proteção contra a ingerência alheia. E conclui que agir contra as vontades do dono desta liberdade, ainda que para proteger seu titular contra decisões potencialmente lesivas a si, não pode ser justificável em uma sociedade não autoritária.¹²⁷

¹²⁴ “As liberdades (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva. Neste sentido, as liberdades identificam-se com direitos a acções negativas; seriam *Abwehrrechte* (direitos de defesa). Resulta logo do enunciado constitucional que, distinguindo-se entre «direitos, liberdades e garantias», tem de haver algum traço específico, típico das posições subjectivas identificadas como liberdades. Esse traço específico é o da *alternativa de comportamentos*, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 539.

¹²⁵ Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 771 e seguintes.

¹²⁷ “The object of this Essay [On Liberty] is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own

Ao tratar dos valores indispensáveis às democracias, Hans Kelsen coloca em aparente oposição a **liberdade** e a **igualdade**. Ao contrário de formas estatais pretéritas, onde o poder era exercido de maneira absoluta e sem restrições pelo monarca, nas sociedades modernas os homens são entendidos como iguais entre si, dispondo, desta forma, dos mesmos direitos e garantias uns em relação aos outros. Assim, pergunta o austríaco como seria compatível em uma sociedade que se diz igualitária a necessidade de adoção de posições de comando por alguns membros em relação aos demais. Para responder a essa dúvida, Kelsen dirá que existe uma forma de relacionamento entre os homens que escapa às ordens naturais, isto é, além da liberdade natural que todos dispõem, a vida em comunidade implica a adoção de uma ordem social com forma dada, sobretudo, pela política. A “liberdade natural”, sinônimo de livre-arbítrio para o jurista, é concebida nas sociedades como uma forma específica de legalidade e pela qual os indivíduos são capazes de participar ativamente na tomada de decisões da coletividade, sem deixar de lado os seus próprios interesses e concepções.¹²⁸

Virgílio Afonso da Silva explica que os debates sobre as definições de liberdade não são recentes e que, hodiernamente, podem ser entendidos como um gênero em que várias manifestações de direitos e garantias buscam, essencialmente, conferir uma “esfera de autonomia aos indivíduos no âmbito da qual suas escolhas pessoais devem ocorrer sem ingerência externa, sobretudo estatal”¹²⁹. Quando tais proteções buscam impedir com que o Estado interfira nestas manifestações – uma abstenção, portanto – o instituto recebe o nome de **liberdades negativas**. Trata-se de uma garantia às imposições de terceiros e que buscam conferir capacidade de exercício da autonomia da vontade de cada um. Segundo o autor, sua contraposição é vista, principalmente, por meio da possibilidade de participação na tomada de decisões políticas e de outras interações democráticas, ocasião em que recebe a denominação de **liberdades positivas**.¹³⁰, conforme explica:

good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.” MILL, John Stuart. *On Liberty*. Canadá: Batoche Books, 2001. p. 13.

¹²⁸ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 165.

¹³⁰ “De acordo com o filósofo e historiador Isaiah Berlin, há dois conceitos de liberdade, o que denomina de liberdade negativa e liberdade positiva. De modo muito sucinto, para ele, liberdade negativa seria a ausência de interferência, de impedimentos, sobretudo quanto às possibilidades de escolha, ou daquilo que restringe; em suma, uma tentativa por libertar-se de qualquer interferência externa. Em seu oposto, existe o conceito de liberdade positiva; esta não se encontra atrelada a uma noção de libertação de alguma coisa, mas libertação para agir ou pensar.” Os conceitos de liberdades negativas e positivas são fundamentais às teorias liberais, sendo que nos primórdios desta doutrina política buscava-se, sobretudo, as suas garantias negativas, como forma de delimitação de determinados espaços sobre os quais a interferência estatal, antes praticamente onipotente, não pudesse agir. CARDOSO, Marco Aurélio. *Liberdade negativa: uma reflexão contemporânea*. Projetos – UFG. Disponível em:

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais.¹³¹

O art. 5º, citado logo no início, possui determinações constitucionais que garantem, na maior parte dos casos, a prática de liberdades negativas. O inciso XV do dispositivo protege a liberdade de deslocamento (ou liberdade ambulatorial), ou seja, de ir, vir e permanecer, ao passo que os incisos IV, V e IX tutela a liberdade de expressão e prevê balizas para seu exercício de maneira adequada (dentro do regime democrático). A liberdade profissional, por sua vez, encontra berço no inciso XIII e a liberdade de acesso à informação através do inciso XIV, todos do art. 5º. As liberdades religiosas, de crença e de consciência, tema dos mais caros ao constitucionalismo moderno, ainda mais quando lembramos da pluralidade de doutrinas de fé e valores e concepções íntimas na atualidade, estão positivadas através dos incisos VI, VII e VIII.¹³² E existem ainda espécies de liberdades, tal como a de imprensa,¹³³ que estão previstas em outras seções da Carta Maior.

Uma manifestação da liberdade, no entanto, enseja uma análise um pouco mais atenta: aquela prevista no *caput* do art. 5º e para a qual existem duas interpretações possíveis. Pode ser entendida apenas como uma indicação de que o texto constitucional consagra as liberdades como direitos fundamentais, com alcance que só será exposto oportunamente, ou então como uma **liberdade geral de ação** – leitura esta última que nos parece mais adequada.

O *caput* do art. 5º garante, de forma genérica, um direito de liberdade. Há duas formas antagônicas de se compreender essa garantia de uma liberdade sem nenhuma qualificação. A primeira, mais ampla, interpreta esse enunciado como o reconhecimento de uma liberdade geral de ação, que seria a expressão mais clara do reconhecimento da autonomia individual. A segunda forma, mais restrita, entende que a menção à liberdade, no *caput*, é apenas a introdução de um direito cujos contornos serão definidos por vários incisos do próprio art. 5º. Ou seja, as liberdades garantidas são sempre tematicamente delimitadas: liberdade de expressão, liberdade de crença e consciência, liberdade artística, liberdade de reunião, liberdade profissional, liberdade de locomoção, liberdade de associação, e outras mais. Segundo esse entendimento, não haveria uma liberdade geral para além dessas liberdades temáticas.¹³⁴

https://projetos.extras.ufg.br/conpeex/2006/porta_arquivos/posgraduacao/0545193-MarcoAur%C3%A9lioCardoso.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 404. (edição digital).

¹³² A liberdade de consciência, além da previsão no art. 5º, VIII, também é verificada no art. 143, parágrafo 1º, CF, que dispõe sobre o serviço militar obrigatório e os serviços alternativos.

¹³³ A liberdade de imprensa e a restrição à censura encontram assento por meio dos arts. 220 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

¹³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Ed. da USP, 2021. p. 166.

Liberdade (geral) de ação, conforme explica José Afonso da Silva, constitui a “liberdade-matriz”,¹³⁵ posto ser base para todas as formas de agir em uma sociedade. Porém, é no art. 5º, II, e não em seu *caput*, que o autor busca sua previsão. Trata-se de um princípio de longa extensão e que permite a todos fazer ou deixar de fazer o que entenderem ser melhor, desde que não haja determinação legal em sentido oposto. O direito à liberdade seria, portanto, estritamente regulado pela legalidade, no sentido de que somente a lei – em sentido amplo – pode impedir alguém de decidir e agir de maneira autônoma sobre seus interesses, sendo livre, portanto, qualquer prática não proibida.

A despeito das várias discussões sobre a existência ou não de uma só liberdade, a melhor interpretação do Texto Magno e capaz de compatibilizar as diversas determinações normativas nos parece ser no sentido de que o constituinte originário, seguindo a forma e tradição dos textos anteriores, conferiu proteção às diversas formas de liberdades, todas sob a égide da legalidade, porém também atribuiu valor especial à liberdade geral de ação, postulando sua inviolabilidade ao lado de outros direitos no *caput* do art. 5º.¹³⁶

Mas, se a maior parte dos direitos fundamentais é dotada de eficácia plena, a dúvida já exposta na seção anterior, quando discutimos o exercício do direito à vida e seus conflitos com outros direitos também fundamentais, permanece. Perante uma situação de conflito entre a liberdade geral de ação ou de uma de suas espécies e um segundo direito, muitas vezes não se vê uma conclusão definitiva sem a avaliação em concreto do caso. Impõe-se um juízo de ponderação para, dentre as várias soluções possíveis, se encontrar a mais adequada. Como explica Gilmar Ferreira Mendes, a prevalência de um princípio sobre o outro pode mudar, conforme cotejo das características do caso, não se chegando ao mesmo juízo formulado anteriormente em situação semelhante.¹³⁷ Daí a importância da hermenêutica constitucional e da leitura do texto magno – e de todo o ordenamento jurídico – como um documento único e coeso:

A colisão de princípios, da mesma forma que o conflito entre regras, refere-se a situação em que a aplicação de duas ou mais normas ao caso concreto engendra

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 237.

¹³⁶ “Tendo em conta que o atual texto constitucional aderiu, em termos gerais, ao que já vinha sendo parte integrante da tradição do constitucionalismo brasileiro, verifica-se que também para o caso do Brasil é possível afirmar a existência não apenas de um elenco de direitos de liberdade específicos (ou direitos especiais de liberdade), como é o caso das liberdades de expressão, liberdades de reunião e manifestação, entre outras, mas também de um direito geral de liberdade.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 767.

¹³⁷ A existência de antinomias entre mandamentos constitucionais é muito discutível e, em geral, se entende que não existem nesta esfera.

consequências contraditórias entre si. A solução para o conflito entre regras, porém não é a mesma para o caso de colisão entre princípios. Um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra 109 ou declarando-se que uma delas não é válida. Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer.¹³⁸

No entanto, existem ocasiões em que, decorrente de opções políticas e sociais, a escolha entre um direito fundamental é feita em abstrato. As situações em que a legislação pátria autoriza a prática do aborto são exemplos de ponderações, realizadas ainda no campo legislativo, anteriormente à promulgação do Código Penal, em que a liberdade sexual foi posta no mais alto degrau de importância. A vida, tomada por muitos doutrinadores como o maior e proeminente dos direitos,¹³⁹ é relativizada em prol do respeito à autonomia individual da mulher que engravida após estupro, conforme art. 128, II, CP.¹⁴⁰ Canotilho, constitucionalista português, dá interpretação neste mesmo sentido às violações da liberdade sexual e que resultam em gravidez. A prática do aborto ético,¹⁴¹ para o jurista, encontra lastro na harmonização dos direitos fundamentais vida e liberdade, em evidente situação de conflito nesta situação.

Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*. Se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., a alta probabilidade de o julgamento público de um indivíduo pôr em risco o seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada justificará, nesse caso, o adiamento da audiência de discussão e julgamento. O direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da ação penal. Do mesmo modo, a colisão entre o direito à vida, mais concretamente, o direito a nascer, e o direito à interrupção da gravidez por motivos criminógenos (a gravidez resulta de crime de violação), só pode decidir se quando se demonstre que, num caso concreto, o nascituro é «filho do crime», podendo o legislador solucionar o conflito, excluindo, nestes casos, a ilicitude ou a culpa no comportamento dos intervenientes na interrupção da gravidez. Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro.¹⁴²

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 81 (edição digital).

¹³⁹ Para Alexandre de Moraes, dentre outros, “[o] direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.” MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 74.

¹⁴⁰ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro.** [...] II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁴¹ “O aborto humanitário, também denominado ético ou sentimental, é autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro e a gestante consente na sua realização. Pelo nosso Código Penal não há limitação temporal para a estuprada-grávida decidir-se pelo abortamento.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de Direito Penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1, p. 609. (edição digital).

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 646.

Cumprir destacar, porém, que a **liberdade** para a realização do aborto ético não se traduz em *imposição* estatal para tanto. Dito de outra forma, há uma ponderação de valores realizada ainda no campo legislativo, de forma geral e abstrata e que faculta à gestante realizar ou não o aborto, conforme decisão particular sua. Se optar pela não realização do procedimento, poderá gestar normalmente.¹⁴³ Respeita-se, ao cabo, as escolhas individuais e liberdade geral de ação da mulher.

Não obstante a permissão legal para a prática do aborto, o que se vê, na prática, é um cenário não favorável às vítimas de violência sexual. Dados oficiais coletados na última década mostram que somente 19% das mulheres grávidas em decorrência do ilícito optam pela prática do aborto ético, número que se reduz nos casos de crianças e adolescentes.¹⁴⁴ Dito de outra forma, ter liberdade para o exercício da vontade não significa o seu efetivo emprego. Por vezes a previsão normativa de um direito não se manifesta de maneira imediata em uma medida concreta e efetiva. No caso, a liberdade para a prática do procedimento médico não corresponde, invariavelmente, à realização do ato, sendo que motivos variados podem ser apontados para tanto, tais como crenças e objeções de caráter pessoal. Mas o preconceito e a dificuldade no acesso ao tratamento parecem ser, de fato, os principais motivo para a diferença observada entre o número de gestações decorrentes de violência sexual e a realização do aborto.¹⁴⁵

Não há julgamento constitucional, em especial em sede de controle concentrado, sobre eutanásia ou o suicídio assistido até a presente data. O Supremo Tribunal Federal (STF) tangenciou estas questões nas extensas discussões realizadas durante as apreciações da ADPF nº 54 e da ADIn nº 3.510, já debatidas na seção anterior. Nestas ações, os conflitos entre a preservação da **vida** e o exercício da **autonomia** foram, por certo, um dos principais pontos de

¹⁴³ Tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.893, de 2019, de autoria dos Deputados Federais Chris Tonietto e Filipe Barros e que busca revogar o art. 128, sob justificativa, dentre outras, de que o direito à vida seria preponderante em relação a todos os demais direitos fundamentais em qualquer situação.

¹⁴⁴ “Conforme apontado na tabela 16, entre as vítimas adultas que ficaram grávidas como consequência do estupro, 19,3% realizaram aborto previsto em lei. Essa proporção se reduz quando a grávida é adolescente ou criança. Como a nota técnica do MS [Ministério da Saúde] prescreve que o aborto para menores só deve ser feito quando o menor e o seu responsável concordam; e tendo em vista a alta prevalência de casos de estupro envolvendo crianças e adolescentes, onde os próprios familiares são os autores, é possível que a diferença na taxa de aborto entre menores de idade e adultos reflita esses fatos.” BRASIL. IPEA. *Nota Técnica nº 11*. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/estupros-no-brasil-uma-radiografia-segundo-os-dados-da-saude>. Acesso em: 2 set. 2021.

¹⁴⁵ As notícias envolvendo os percalços vivenciados por uma criança de dez anos, grávida em decorrência de violência sexual, ilustram as corriqueiras adversidades encontradas por pessoas em tal situação. A realização do aborto só se deu após decisão do Poder Judiciário e, depois da recusa do hospital de referência mais próximo à sua residência, envolveu a viagem da menor até serviço de saúde de outro ente federado. Conforme: Menina de 10 anos estuprada pelo tio no Espírito Santo tem gravidez interrompida. *G1*, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/peernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>. Acesso em 2 set. 2021.

polêmica e da *ratio decidendi*. No entanto, em ambas as demandas a controvérsia envolvia situações atinentes com o **início da vida** e não com o seu **fim**.

Além disso, há intensa confusão entre as definições sobre a prática de homicídio e da eutanásia, dificultando uma discussão a contento da matéria. Isto posto, buscando conhecer melhor como a Corte Constitucional brasileira compreende as liberdades, enquanto um direito fundamental, o julgamento da ADPF nº 130 parece ser um dos casos mais apropriados. Além da possível colisão entre a liberdade de ação e outro direito fundamental, não são raros os momentos em que uma das espécies de liberdades constitucionalmente tutelada se choca com outra forma do mesmo gênero. E as decisões postas na ADPF, concluídas durante o ano de 2009, se mostra um dos exemplos recentes mais notórios desta querela, na qual se viu um extenso debate envolvendo, de um lado, a liberdade de imprensa e, de outro, a liberdade de expressão. Em síntese, se buscava responder se haveria incompatibilidade – não-recepção – da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, conhecida como “Lei de Imprensa” e os mandamentos constitucional do texto de 1988.

A Lei de Imprensa, promulgada no início do período de governo militar, tinha como objetivo ditar os limites para a manifestação da liberdade de pensamento e de comunicação através de meios jornalísticos. Um dos pontos mais questionáveis do referido diploma se encontrava disposto logo no início do documento, cujo art. 2º proibia a circulação de material “clandestino” ou que atentassem “contra a moral e os bons costumes”.^{146,147} O que se viu nos anos seguintes foi a adoção deste postulado genérico, e mais tarde do Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970, como forma de imposição de censura prévia às publicações em jornais, revistas e outros periódicos da época.

Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o “estado de sítio” (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que **quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja**. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis,

¹⁴⁶ Art. 2º É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e de jornais e outros periódicos, salvo se clandestinos (art. 11) ou quando atentem contra a moral e os bons costumes.

¹⁴⁷ Inevitável a lembrança da expressão prevista no § 2 do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuchs*) de 1935, que tipificava como crime toda conduta contrária às determinações legais, mas também qualquer ato que contrariasse as ideias básicas dadas pelo *são sentimento do povo*. No original: “*Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft. Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.*”

portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição [...]
148

Conforme voto vencedor do relator, o diploma em discussão não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que o exercício da liberdade de expressão em uma democracia deve ser pleno. E ainda que capaz de gerar dano decorrente da veiculação de notícia pela mídia, não comportaria avaliação prévia, devendo a eventual lesão ser apurada concretamente e em momento posterior. Sobretudo se considerarmos que a Lei de Imprensa, por meio dos arts. 12 e seguintes, previa penas privativas de liberdade aos jornalistas em diversas situações, inclusive quando da ofensa à “moral pública e os bons costumes”.¹⁴⁹

Como posto no início, as liberdades são expressões que buscam a proteção dos indivíduos face aos atropelos estatais ou de terceiros. Assim, não se pode concluir que seu exercício é ilimitado. Pelo contrário, suas balizas são postas pelos próprios limites das esferas particulares dos demais membros da sociedade. Desta forma, apesar da inegável relevância da liberdade de imprensa, sua prática deve ser realizada de maneira parcimoniosa. Não é cabível a censura prévia, mas os eventuais excessos praticados através das mídias jornalísticas, quando descuidados, comportam reparação de dano. Há, por certo, uma necessidade de preservação de outros direitos e liberdades, tais como a honra daqueles porventura atingidos. Esclarece o relator, nestes casos, sobre a necessidade de um juízo de proporcionalidade entre a lesão e a indenização, mas que esta averiguação deve ser realizada *in concreto* e não previamente como previsto no diploma em discussão.

E esse querer objetivo da Constituição reside no juízo de que a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa.¹⁵⁰

Assim, quando se analisa o alcance e o exercício da liberdade, o parâmetro a ser adotado são sempre as demais espécies de liberdades ou outros direitos e garantias fundamentais e não os interesses do próprio indivíduo que pratica determinada ação. Tampouco termos como “moralidade e bons costumes” se mostram coerentes. A estipulação de limites ao exercício de faculdades que são conferidas aos membros da sociedade só se mostra cabível quando há lesão,

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 130*. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 2 set. 2021.

¹⁴⁹ Art. 17. Ofender a moral pública e os bons costumes: Pena: Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op.cit.*

ou pelo menos risco considerável, a valores de terceiros. Isto é, eventuais restrições legais devem ter como escopo a individualidade alheia e não o interesse daqueles capazes de decidir de maneira livre e exprimir em plenitude sua capacidade. Nas situações de **não-interferência** com os interesses alheios, devem ser tomadas excepcionalmente, de forma pontual e de acordo com as circunstâncias fáticas de cada momento. A adoção de medidas com o intuito de limitar o exercício da autonomia individual dentro da esfera privada do próprio sujeito não se coaduna com uma sociedade moderna e livre e funciona, de outro modo, como uma forma de paternalismo, com a imposição estatal e da vontade da maioria, dita como mais adequada, sobre os rumos que cada sujeito opta por seguir.

4.4 A DIGNIDADE HUMANA

*It is not our aims that primarily reveal our nature but rather the principles that we would acknowledge to govern the background conditions under which these aims are to be formed and the manner in which they are to be pursued.*¹⁵¹

Os direitos e garantias fundamentais, como já indicado, foram dispostos pelo constituinte originário ao longo do Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* – do documento, em que temos os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos – art. 5º – e os direitos sociais – arts. 6º a 11 – e ainda disciplina acerca da nacionalidade – arts. 12 a 16 – e sobre os partidos políticos – art. 18. Porém, é no Título I do Texto Magno que se lançou os “Princípios Fundamentais” da nação brasileira, por meio dos quais se estabeleceu as normas definidoras da estrutura estatal e governamental, do regime político e da organização política e social.¹⁵² O texto constitucional e a própria sociedade, posto termos um diploma programático

¹⁵¹ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999. p. 491.

¹⁵² O debate acerca das diferenciações entre princípios e normas e direitos e garantias, ainda que da mais elevada importância, são extensos, usualmente inconclusivos e escapam aos objetivos deste trabalho. Deste modo, podemos dizer, de maneira sucinta, que: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional’.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 93 e 94; e “Toda norma, diz ele [Robert Alexy], é um princípio ou uma regra, e ambas as categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre elas apenas uma variação de grau. Os princípios, na sua visão – e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin –, ‘são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes’. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real).” MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 81.

e diretivo, são erigidos sobre tais princípios, daí sua indispensabilidade. É a partir deles que todo o ordenamento jurídico pátrio, inclusive as demais normativas constitucionais, deverá ser interpretado.

O art. 1º, III, traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a **dignidade da pessoa humana**, elemento de caráter abstrato e cujas interpretações e funções são amplas, vultosas e, por vezes, inadequadas.¹⁵³ A **dignidade** já estava presente na Roma Antiga, momento em que a *dignitas* representava uma característica vinculada ao *status* de determinadas pessoas ou instituições, que assumiam posição de destaque na estrutura política local. Posteriormente, em outros contextos históricos, o termo passou a invocar, essencialmente, as manifestações de poder do soberano ou de membros da estrutura estatal.¹⁵⁴ Mesmo na Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, de 1789, ela ainda não era empregada como sinônimo de base para os direitos humanos, uma de suas possíveis leituras atuais. Daí que para Luís Roberto Barroso as interpretações que buscam demonstrar que a *dignidade humana*, especialmente aquela sob a qual se ergueu o constitucionalismo nos anos subsequentes à II Guerra Mundial, representa uma evolução da *dignitas hominis* de outrora são equivocadas. Não se pode afirmar, portanto, que a dignidade humana significa simples evolução histórico-política do instituto anterior.¹⁵⁵ Suas origens, como aponta o autor, são outras, dentre as quais se pode destacar as doutrinas religiosas judaico-cristãs, para as quais a raça humana representava a própria imagem do Criador, e as concepções iluministas acerca da razão, da autonomia e da busca pelo conhecimento.

A dignidade humana, conforme esclarece Daniel Sarmento, se constitui, na verdade, de duas manifestações distintas e, em regra, complementares: a) a dignidade da espécie humana e b) a dignidade da pessoa humana.¹⁵⁶ Pela primeira, se entende que os seres humanos possuem uma posição hierarquicamente superior aos demais seres vivos, distinção essa com fulcro em valores racionais e religiosos. Por sua vez, na segunda espécie de dignidade, vemos a

¹⁵³ “No cenário brasileiro, a vagueza do princípio da dignidade da pessoa humana aliada ao modismo de recurso frequente e generalizado a princípios constitucionais impregnados de forte conteúdo moral na resolução judicial de casos concretos também inspira preocupação. Afinal, abundam os casos de invocação ‘frouxa’ da dignidade humana nas fundamentações das decisões judiciais.” SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 18.

¹⁵⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13.

¹⁵⁵ “De modo geral, a dignidade era equivalente à nobreza, implicando em tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios. Tendo essas premissas como base, não parece correto entender a ideia contemporânea de dignidade humana como um desenvolvimento histórico do conceito romano de *dignitas hominis*.” BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 14.

¹⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

comparação de pessoa a pessoa, em que cada ser humano é compreendido como igualmente digno e, deste modo, possuidor do mesmo valor intrínseco. O texto constitucional brasileiro de 1988, assim como demais documentos de outras nações, incorporam ambos os sentidos citados, sendo que a dignidade da pessoa humana disposta no art. 1º, III, da CF deve ser lida das duas formas.

Flávia Piovesan destaca a importância de Immanuel Kant para a compreensão teórica da dignidade humana, por meio da vinculação da racionalidade, característica não exclusiva da espécie humana, porém que nos homens alcança seu mais elevado desenvolvimento, com a necessidade de respeito às liberdades individuais. Enquanto ser vivo capaz de pensar, o homem não pode ser considerado meio para os objetivos dos demais, mas sim um fim em si mesmo. E a dignidade é, neste sentido, a medida do valor intrínseco de cada indivíduo. Piovesan explica a posição da seguinte forma:

Para Kant as pessoas, e em geral qualquer espécie racional, devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, por serem irracionais, por isso são chamadas ‘coisas’, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados ‘pessoas’, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que possuem um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, trate a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio do princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais. Para Kant, o imperativo categórico universal dispõe: ‘Aja apenas de forma a que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal’.¹⁵⁷

Não ser um **meio**, mas sim um **fim** em si mesmo, significa ser dotado de dignidade. Os objetos do mundo são, para Kant, coisas. São precificáveis, podendo ser utilizados como meios – instrumentos – para a satisfação dos desejos do homem. Por outro lado, é na racionalidade da espécie humana que o autor irá ancorar a existência da dignidade, valor próprio dos seres capazes de pensar e de manifestar vontade autônoma e livre.¹⁵⁸ Afastando-se de justificativas

¹⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e justiça internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34 e 35.

¹⁵⁸ “Existir como fim em si mesmo significa existir como fim (e não como um mero meio) em um Reino dos Fins, possuindo uma dignidade (e não apenas um preço). Existir como fim em si mesmo é, assim, existir como um valor absoluto [*absoluter Wert*]. Para garantir tal valor absoluto, Kant relaciona a condição de fim em si mesmo à própria natureza racional [*vernünftige Natur*] do ser humano – enquanto sua humanidade, entendida em um sentido não antropológico (empírico), mas de uma Metafísica dos Costumes (racional). Tal natureza racional existe como fim em si mesmo, na medida em que, porque o ser humano possui razão prática, considerada sua vontade livre, autônoma, ele deve ser respeitado como fim em si mesmo – e, portanto, enquanto valor absoluto e consequentemente dotado de dignidade”. STOBBE, Emanuel Lanzini. Um debate sobre o conceito kantiano de “fim em si mesmo”: Um conceito descritivo ou normativo? *Estudos Kantianos*, Marília, v. 5, n. 1, p. 407-

anteriores que buscavam mostrar a importância do indivíduo como fruto das criações divinas, o filósofo pontua a própria natureza racional dos seres humanos como um fim em si mesmo, daí o respeito que obrigatoriamente deve ser observado por parte de todos os demais indivíduos.

Para Christine Korsgaard, em sentido complementar a Kant, os seres vivos, em especial os humanos, são capazes de tomar para si a responsabilidade sobre seus pensamentos e sobre suas ações e, com isso, torná-los coerentes. Há no pensar e no agir dos homens a manifestação do “eu” – *self* – e da autoconsciência que cada um tem sobre si e sobre o impacto dos acontecimentos que lhe cercam, formando aquilo que a autora denomina de “unidade funcional”. Desta forma, quando consideramos que o pensar – e o agir, para Korsgaard – são **funcionais**, isto é, são motivados e livres, temos que as manifestações da autonomia individual devem ser respeitadas e só deverão ser pautadas pelas barreiras na dignidade – valor intrínseco – dos demais membros da comunidade. A autora esclarece seu ponto de vista da seguinte forma:

Respect for a human being as an end in himself or herself, Kant argues, demands that we avoid all use of force, coercion, and deception, that is, all devices that are intended to override or redirect the free and autonomous choices of other people. People should decide for themselves what ends and projects they are going to promote or pursue, governed only by their own reason, and we should not try to force or trick them into doing what we want them to do or what we think is best. Respect for humanity therefore demands respect for the legal rights that protect people’s freedom of choice and action.¹⁵⁹

Esta leitura da dignidade humana como medida do valor individual de cada pessoa também é compartilhada por Fábio Konder Comparato. Como contraponto ao valor extrínseco, característica própria das “coisas”, o homem não pode ser tratado como instrumento de troca ou para satisfação dos interesses de terceiros. Ter dignidade é, portanto, não ser precificável e não ser “coisa”, mas sim “pessoa”.

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo [KANT], que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.¹⁶⁰

428, jan./jun. 2017. p. 408. Disponível em: <https://doi.org/10.36311/2318-0501.2017.v5n1.28.p407>. Acesso em: 2 set. 2021.

¹⁵⁹ KORSGAARD, Christine. *Fellow Creatures – Our Obligations to the Other Animals*. New York: Oxford University Press, 2018. p. 156. (edição digital).

¹⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34.

O papel da **vontade livre e autônoma**, dentro desta perspectiva, se mostra ponto essencial. Se a dignidade é erigida a partir da racionalidade, isto é, o homem possui dignidade pois não é suscetível à instrumentalização e é capaz de pensar e de constituir sua própria moral,¹⁶¹ é por meio da autonomia que o indivíduo irá exercer sua capacidade de refletir e escolher sobre as várias opções possíveis, criando uma expectativa única e particular para si. Este “plano de vida”, como esclarece Carlos Santiago Nino, é fruto de três elementos distintos: a) o interesse na realização das necessidades e desejos particulares busca, no contexto de vida daquele indivíduo, alcançar a sua melhor forma, não havendo, deste modo, como se falar que determinados objetivos são, *a priori*, melhores do que outros; b) as decisões pessoais, dado seu caráter subjetivo, devem ser invioláveis, ou seja, não estarem sujeitas a escolhas políticas; e c) a intervenção estatal deve ser excepcional, sendo cabível unicamente quando houver ameaça ou lesão a direito de terceiros.

El principio liberal que está aquí en juego es el que puede denominarse "principio de autonomía de la persona" y que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos.¹⁶²

Para o constitucionalismo contemporâneo, a dignidade humana tem se mostrado elemento especialmente caro. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*), de 1949, documento nascido em momento singular da história moderna e que foi capaz de influenciar de maneira decisiva uma série de reformulações jurídico-políticas em todo o mundo ocidental, evidencia, logo em seu início, a importância do instituto na reconstrução do país e do espírito e dos valores de seu povo.¹⁶³

¹⁶¹ Carlos Santiago Nino, jusfilósofo argentino, se refere a esta espécie de moral como autorreferente, para designar uma forma de pensar que se contrapõe a valores intersubjetivos ou públicos, isto é, ações capazes de interferir em interesses alheios. Cf: NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989. p. 203 e seguintes.

¹⁶² *Ibid.*, p. 204 e 205, grifo do autor.

¹⁶³ “Igualmente emblemática e vinculada ao contexto histórico, além de sem precedentes no constitucionalismo pretérito (a exceção de algumas manifestações isoladas, mas situadas em outras partes da Constituição e com outra expressão literal) a afirmação, consignada já no primeiro artigo da LF [Lei Fundamental], da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, acompanhada do comprometimento do povo alemão com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana.”. SARLET, Ingo Wolfgang. A lei fundamental da Alemanha aos 70 anos: vale apenas comemorar. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale- apenas-comemorar>. Acesso em: 5 abr. 2021.

I. Os direitos fundamentais

Artigo 1

- (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
- (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
- (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.¹⁶⁴

Na Carta Brasileira de 1988, a dignidade humana também assume posição especial. Como colocado no início desta seção, constitui fundamento da sociedade brasileira, razão pela qual parte da doutrina a interpreta como elemento de sustentação dos direitos e garantias fundamentais, sendo os últimos elementos pelos quais a dignidade se torna concreta.¹⁶⁵ Para outros, além do inegável conteúdo ético, a inserção do termo pelo constituinte originário como dispositivo textual no documento a torna uma norma jurídica em sentido formal, sendo, deste modo, aplicável tanto em face às demais determinações constitucionais quando aos outros diplomas do ordenamento brasileiro. Tal como no modelo constitucional alemão – vide art. 1, (3), *retro* –, a dignidade humana é compreendida como instrumento vinculativo dos Poderes e de todo o sistema jurídico-político nacional.¹⁶⁶

Em escrito sobre o Direito Constitucional, Virgílio Afonso da Silva aponta que as discussões jurídicas sobre a eutanásia e outras formas de morrer são ainda pouco proeminentes e, quase sempre, realizados no âmbito do Direito Penal. O autor não nega que há, na proteção à vida, um interesse que ultrapassa o interesse do seu próprio titular, mas viver não é um algo que deva ser imposto em toda e qualquer situação. Isto pois tornar o direito à vida em um dever, especialmente em situações de grande sofrimento, contraria a dignidade humana e direitos

¹⁶⁴ No original: “I. Die Grundrechte Artikel 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.”.

¹⁶⁵ Neste sentido, veja-se, dentre outras, a obra de Daniel Sarmento. Para o autor, “[...] a dignidade da pessoa humana não é propriamente um direito fundamental, mas a fonte e fundamento de todos os direitos materialmente fundamentais. Os direitos materialmente fundamentais são concretizações da dignidade humana, o que torna possível o uso do critério da especialidade nos casos que envolvam ofensas a direitos fundamentais específicos e lesões à dignidade humana que decorram de tais afrontas.”. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 307.

¹⁶⁶ “Com efeito, a qualificação normativa da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, III, da Constituição não contém apenas (embora também) uma declaração de conteúdo ético, na medida em que representa uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material. Como tal, afigura-se inequivocamente carregada de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.” SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 391. (edição digital).

fundamentais como a liberdade e a capacidade de tomada de decisões de maneira autônoma. Virgílio coloca a questão da seguinte forma:

A Constituição, como já ficou claro, não tem uma resposta explícita para a questão. Da inegável existência de um direito à vida não decorre necessariamente um dever de viver mesmo contra que demande a sua vontade. Se a vida é um direito individual, é controverso se deve ser imposto mesmo contra a vontade do titular do direito em toda e qualquer circunstância. Parece haver uma diferença clara e necessária entre o induzimento ao suicídio, o homicídio e a eutanásia. É certo que há um interesse social na preservação da vida humana, interesse esse que fundamenta um dever estatal de protegê-la. Esse dever de proteção não pode ser minimizado e inclui a assistência e o aconselhamento a quem tem dúvidas sobre o valor da vida, passa pela punição ao induzimento ao suicídio e pode incluir o dever de tentar impedir atos suicidas irrefletidos. Esse último caso pode abarcar desde a tentativa de convencer uma pessoa a não agir de modo a abreviar sua vida até uma ação direta para impedi-la, à força e contra sua vontade, se necessário for, caso a ação seja motivada por violenta e efêmera emoção. A eutanásia, contudo, envolve valores distintos, sobretudo por implicar sofrimento intenso, muitas vezes dor no limite do suportável, decorrente ou não de doença terminal ou incurável. Esse contexto põe em questão a dignidade da vida. A imposição de um dever de viver uma vida sem perspectiva parece significar exatamente o oposto daquilo que a realização dos direitos à vida, à liberdade, à autonomia e à dignidade exige.¹⁶⁷

Para Miguel Reale Júnior, os escopos da dignidade humana são amplos, influenciando tanto aspectos públicos e externos da sociedade – como uma possível garantia às liberdades positivas –, quanto elementos subjetivos e próprios da vontade e da autodeterminação de cada um – afeitos às liberdades negativas, portanto.

O princípio da Dignidade Humana apresenta-se em diversas instâncias que vão do geral ao particular: valor fonte dos demais valores; valor fundamental da república; nota característica de todo homem como se em cada qual houvesse a humanidade; no plano da singularidade de cada um o princípio da dignidade tem como corolário a liberdade do desenvolvimento da própria personalidade; outro corolário reside no respeito ao princípio da autodeterminação. A dignidade da pessoa humana consiste, portanto, em um feixe concentrado de atributos reconhecidos como próprios do ser humano para garantia de sua higidez física, psíquica e moral. Bens integram o patrimônio de cada homem como se o constituísse a própria humanidade, com destaque para os valores da vida, da integridade física, da liberdade, da honra e do respeito à autonomia para decidir de seu próprio corpo, de sua doença e de sua morte.¹⁶⁸

Helena Regina Lobo da Costa explica que a dignidade humana, além de conteúdo deontológico, já que expressa caráter normativo concreto e não apenas declaratório, se

¹⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 160 e 161.

¹⁶⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento – ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, jul./ago. p. 7-222, 2016. cap. 2. p. 2.

apresenta, no sistema constitucional moderno, como um postulado normativo, posto que estrutura a leitura das demais normativas constitucionais.¹⁶⁹

Além disso, para a autora, a dignidade humana é fundamento jurídico para as escolhas políticas, tanto um como guia capaz de apontar o caminho a ser almejado pela sociedade nacional quanto como um limitador do emprego do poder estatal. Possui, de tal sorte, características tanto positivas quanto negativas. Assim coloca a questão:

A dignidade como fundamento jurídico não se resume, todavia, a traduzir e expressar escolhas políticas, desempenhando também importante função no que se refere aos direitos fundamentais. A dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos fundamentais e se expressa juridicamente, em grande medida, por meio dos direitos fundamentais [...]¹⁷⁰

E, como postulado normativo, isto é, metanorma que dá tom à leitura e interpretação de outras normas – regras ou princípios –, a dignidade humana é hábil tanto em alargar quanto em limitar a hermenêutica e a aplicação não só de direitos e garantias fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico que sobre ela se alicerça.

Quando consideramos o tema em estudo neste trabalho e a evidente colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade, a dignidade humana deveria servir como metanorma capaz de mostrar o melhor caminho a ser tomado. Ainda baseado na obra de Helena Regina Lobo da Costa, vemos a importância de tal entendimento para que, ao final, prevaleçam os interesses constitucionalmente previstos para cada membro da sociedade enquanto indivíduos dotados de vontade e valor intrínseco:

No que tange à colisão entre direitos fundamentais, o postulado normativo da dignidade humana serve como medida para a ponderação entre eles, indicando quais aspectos concretos devem prevalecer em cada caso, atuando sempre ao lado da concordância prática, que determina a maior aplicabilidade possível de cada direito, buscando o equilíbrio entre os direitos de modo a prevalecer, na forma mais integral possível, a imagem da pessoa consagrada constitucionalmente.¹⁷¹

A nós, parece ser inquestionável a relevância da **dignidade humana** para as sociedades contemporâneas. Tendo alcançado vulto como contraposição aos excessos da vontade da maioria e ao esbulho estatal de outrora, veio se mostrar um guia na busca pela preservação dos interesses de cada pessoa. No entanto, neste contexto, entendemos que o cuidado com a individualidade passa, necessariamente, pela aceitação e permissão para o completo

¹⁶⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A Dignidade Humana – Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 37.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 48.

desenvolvimento da autonomia de cada um. Nos momentos em que não existe efetiva lesão a valores de terceiros, a crítica e a censura à tomada de decisões feita a outros membros da comunidade parece ser descabida e, pior, incompatível com os valores constitucionalmente delimitados.

5 O DIREITO PENAL E A LEGALIDADE DA EUTANÁSIA E DO SUICÍDIO ASSISTIDO

A importância das questões legais envolvendo a prática da eutanásia e o suicídio assistido e as suas tutelas pelo Direito Penal não são exclusivamente brasileiras. De fato, o assunto tem, há algumas décadas, tomado vulto em outras nações e determinadas nações decidiram por tornar tais práticas permitidas e com regramento específico. No Brasil, de outro modo, o que se nota é que o debate desta temática pela comunidade jurídica pátria ainda é incipiente e, principalmente, restrito aos ambientes acadêmicos. De certa forma, o cenário político nacional não tem se mostrado favorável ao avanço de pautas denominadas – muitas vezes em tom jocoso – “progressistas”.

Cuidaremos agora de expor, ainda que em linhas gerais, qual o tratamento penal que a eutanásia e o suicídio assistido têm recebido atualmente, tanto em nível nacional quanto internacional.

5.1 SITUAÇÃO MUNDIAL

A criminalização da eutanásia e do suicídio assistido tem sido alvo de intenso debate em diversas nações ocidentais, sendo que algumas têm optado por descriminalizar um ou ambos. Na Holanda¹⁷² e na Bélgica¹⁷³, por exemplo, optou-se por não mais tipificar a eutanásia, deixando a conduta de ser crime. Os critérios para a permissão do ato variam de acordo com a legislação local, podendo estar envolvidos fatores como idade, presença ou não de enfermidade incurável a luz do conhecimento técnico atual e avaliação do caso clínico por médico distinto do que aquele que assiste o doente.

(HOLANDA)

Guidelines on Euthanasia

The Dutch parliament set the following guidelines: The physician must be convinced the patient's request is voluntary and well-considered. The physician must be convinced the patient is facing unrelenting and unbearable suffering. The patient does not have to be terminally ill. The patient must have a correct and clear understanding of his situation and prognosis. The physician must reach the conclusion, together with the patient, that there is no reasonable alternative that is acceptable to the patient. The decision to die must be the patient's own. The physician must consult at least one

¹⁷² HOLLAND'S Euthanasia Law. Patients Rights Council. Disponível em: http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/05/Dutch_law_04_12.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

¹⁷³ DAVIS, Nicola. Euthanasia and assisted dying rates are soaring. But where are they legal? *The Guardian*, Inglaterra, 15 de July 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2019/jul/15/euthanasia-and-assisted-dying-rates-are-soaring-but-where-are-they-legal>. Acesso em: 10 maio 2020.

other independent doctor who has examined the patient. The physician must carry out the termination of life in a medically appropriate manner.¹⁷⁴

(BÉLGICA)

Chapter II: Conditions and procedure

Section 3

§ 1. The physician who performs euthanasia commits no criminal offence when he/she ensures that: the patient has attained the age of majority or is an emancipated minor, and is legally competent and conscious at the moment of making the request; the request is voluntary, well-considered and repeated, and is not the result of any external pressure; the patient is in a medically futile condition of constant and unbearable physical or mental suffering that can not be alleviated, resulting from a serious and incurable disorder caused by illness or accident; and when he/she has respected the conditions and procedures as provided in this Act.

§2. Without prejudice to any additional conditions imposed by the physician on his/her own action, before carrying out euthanasia he/she must in each case: [...]

3) consult another physician about the serious and incurable character of the disorder and inform him/her about the reasons for this consultation. The physician consulted reviews the medical record, examines the patient and must be certain of the patient's constant and unbearable physical or mental suffering that cannot be alleviated. The physician consulted reports on his/her findings. The physician consulted must be independent of the patient as well as of the attending physician and must be competent to give an opinion about the disorder in question. The attending physician informs the patient about the results of this consultation.¹⁷⁵

As condições adotadas tanto pelo legislador belga quanto pelo holandês são semelhantes e indispensáveis à autorização do procedimento. É importante se destacar dois elementos obrigatórios em ambos os documentos, com fulcro de preservação da vida do paciente e impedir abusos ou excessos por médicos ou outros profissionais envolvidos: (i) o pedido deverá ser fruto da manifestação da vontade pelo paciente e de maneira **voluntária** (*voluntary*) e **ponderada** (*well-considered*), sendo que no caso belga ele deverá ser repetido; e (ii) a avaliação sobre as condições clínicas do paciente e sobre sua patologia deverá ser verificada e confirmada por médico sem qualquer relação prévia com o indivíduo, impedindo que decisões sejam tomadas com base em laços emocionais previamente formados.

The request

Naturally, the starting point is that a request must be consistent, voluntary and well-considered. The request can only be made by the individual in question and it must not have been influenced by others. The person's decisional competence in relation to their choice to end their life forms the basis for being able to grant a request for assisted suicide. The context in which that person lives is also important. The unbearable nature of the suffering and the lack of prospect of improvement, as assessed beforehand, play a decisive role.¹⁷⁶

¹⁷⁴ WORLD FEDERATION RIGHT TO DIE SOCIETIES. Dutch Euthanasia Law Guidelines. Disponível em: <https://wfrtds.org/dutch-euthanasia-law-guidelines/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁷⁵ THE BELGIAN Act on Euthanasia of May, 28th 2002. European Journal of Health Law 10: 329-335, 2003. Disponível em: <https://apmonline.org/wp-content/uploads/2019/01/belgium-act-on-euthanasia.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁷⁶ HOLANDA. Letter of 12 October 2016 from the Minister of Health, Welfare and Sport and the Minister of Security and Justice to the House of Representatives on the government position on 'completed life'. Disponível em: <https://www.government.nl/binaries/government/documents/letters/2016/10/12/the->

Outros países, como a Suíça¹⁷⁷, não criminalizam o suicídio assistido, mas possuem tipificação para a *eutanásia*. Em território suíço, é possível a prática do suicídio assistido há mais de setenta anos, desde que o ato não seja realizado por motivos egoístas (*selfish motives*), conforme art. 115 do Código Penal local.¹⁷⁸ Perante o ordenamento jurídico helvético, portanto, o indivíduo, habitualmente profissional da área da saúde, está legalmente autorizado a orientar e assistir outrem a cometer suicídio, porém não pode de maneira ativa praticar ato que cause diretamente o fim da vida daquela pessoa, sendo este último tipificado no mesmo diploma através do art. 114.¹⁷⁹

Switzerland has a longer experience of the legal practice of assisted suicide than any other country. Assisted suicide is not very strictly regulated in Switzerland compared to other places like, for example, Oregon, which enacted the Death with Dignity Act in 1997. Assisted suicide is defined as the intentional provision to a competent person of help to commit suicide by providing a lethal drug for self-administration. In contrast, euthanasia refers to the intentional killing of a competent person upon his/her voluntary request, usually performed by a physician. Euthanasia is forbidden in Switzerland, whereas assisted suicide is legal. Assisted suicide is mainly regulated through article 115 of the Swiss Penal Code of 1937, which stipulates that assisting a person to commit suicide is not punishable as long as it is not performed for selfish reasons (e.g., obtaining inheritance or making profits) and as long as the person seeking suicide has decisional capacity.¹⁸⁰

government-position-on-completed-life/government+position+on+%27completed+life%27.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

¹⁷⁷ BACKES, Débora. O que diz a legislação e como funciona a prática do suicídio assistido. *Galileu*, Berlim, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/11/o-que-diz-legislacao-e-como-funciona-pratica-do-suicidio-assistido.html>. Acesso em: 10 maio 2020.

¹⁷⁸ ***Inciting and assisting suicide***

Art. 115

Any person who for selfish motives incites or assists another to commit or attempt to commit suicide is, if that other person thereafter commits or attempts to commit suicide, liable to a custodial sentence not exceeding five years or to a monetary penalty.

¹⁷⁹ ***Homicide at the request of the victim***

Art. 114

Any person who for commendable motives, and in particular out of compassion for the victim, causes the death of a person at that person's own genuine and insistent request is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.

¹⁸⁰ SARAHA, Vilpert Saraha *et al.* Social, cultural and experiential patterning of attitudes and behaviour towards assisted suicide in Switzerland: evidence from a national population-based study. *Swiss Medical Weekly*. 2020; 150:w20275. Published 1 July 2020. DOI: <https://doi.org/10.4414/smw.2020.20275>. Publication Date: 1.7.2020.

Situação parecida é encontrada em alguns estados estadunidenses^{181,182} – Washington, Montana, Vermont e Califórnia, dentre outros –, em que o chamado *physician-assisted suicide* é legalizado, mas que permanece sendo alvo de intenso debate no meio acadêmico e na sociedade. As estimativas mostram que 73% dos adultos americanos entendem como correta todas as formas de permissão legal de abreviação de vida de pessoa acometida por enfermidade incurável e em estado terminal, desde a prática de eutanásia quanto a autorização para que médicos forneçam medicação letal a ser administrada pelo próprio enfermo.¹⁸³

No Oregon, o suicídio assistido não é conduta típica desde o ano de 1997, decorrente da promulgação do *Death with Dignity Act*.¹⁸⁴ Dados oficiais demonstram que desde o início da vigência do diploma até 2017 ocorreram 1.275 *physician-assisted suicides*, sendo que no último ano do levantamento esta forma de falecimento correspondeu a 0,4% de todas as mortes do Estado.¹⁸⁵ O processo, tal como nos modelos europeus utilizados para a eutanásia, envolve a declaração expressa do paciente, o oferecimento de outras alternativas médicas para conforto e controle da dor e a confirmação de patologia em estado terminal por um segundo profissional e que não tenha assistido o solicitante. Ao contrário das situações de eutanásia, no entanto, o próprio enfermo deve autoadministrar a medicação fornecida.

The process:

- The person must make an oral request for the medication. This usually happens when discussing end-of-life options with their doctor (referred to as the attending physician);
- Their doctor will then go through the requirements of the law; will determine the person's diagnosis and prognosis; and will also inform the person of feasible end-of-life options including comfort care, hospice care, and pain control;
- The person must then make a second oral request no less than 15 days after the first request and complete a written form which needs to be signed in the presence of two witnesses;
- A second doctor (known as the 'consulting doctor') must confirm that the person has a terminal illness with less than 6 months to live and has met the eligibility criteria;
- Both doctors must determine whether the person has capacity to make and communicate their own healthcare decisions;

¹⁸¹ LAM, Kristin. Maine legalizes medically assisted suicide, joining seven other states and District of Columbia. *USA Today*. Estados Unidos da América, 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.usatoday.com/story/news/nation/2019/06/12/maine-medically-assisted-suicide-legalization-eighth-state/1438468001/>. Acesso em: 10 maio 2020.

¹⁸² PHYSICIAN-Assisted Suicide Fast Facts. *CNN*, [Estados Unidos da América], 1 ago. 2019. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2014/11/26/us/physician-assisted-suicide-fast-facts/index.html>. Acesso em: 10 maio 2020.

¹⁸³ WOOD, Jade; MCCARTHY. Majority of Americans Remain Supportive of Euthanasia. *Gallup*, 12 June 2017. Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/211928/majority-americans-remain-supportive-euthanasia.aspx>. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹⁸⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado do Oregon. *Oregon Revised Statute: Oregon's Death with Dignity Act*. Disponível em: <https://bityli.com/1sZ5f>. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹⁸⁵ DIGNITY IN DYING. *Assisted Dying in Oregon – Twenty years of a safe and effective law*. Disponível em: https://cdn.dignityindying.org.uk/wp-content/uploads/DiD_ASSISTED-DYING-IN-OREGON_REPORT_AW_9_SINGLE-PAGES.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

- If either doctor is unable to determine whether the person has capacity to make the request, a mental health professional must evaluate the person and ensure that they are mentally competent to make healthcare decisions;
- The law requires that the terminally ill person self-administers the medication. A person can withdraw their request at any time in any manner.¹⁸⁶

O Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em recente decisão,¹⁸⁷ julgou inconstitucional o Parágrafo 217¹⁸⁸ do Código Penal (*Strafgesetzbuch*), acrescido ao diploma no ano de 2015 e que criminalizava a assistência comercial ao suicídio assistido e outro tipo de aconselhamento sobre formas de interrupção da vida. Pelo dispositivo, profissionais de saúde poderiam ser acusados de incorrerem em prática criminosa no caso de uma simples orientação de seus pacientes sobre a temática, por exemplo. Desde a inclusão do referido parágrafo, doentes com patologias terminais só podiam buscar auxílio de seus familiares caso decidissem pelo suicídio, já que não havia vedação para o fato praticado nestas circunstâncias. No entanto, é certo que recorrer a alguém próximo nem sempre se mostra simples, dada a situação envolver aspectos emocionais muitas vezes insuperáveis. Para o *BVerfG*, a Lei Fundamental atribuiu elevada importância à autonomia e também à vida humana. Caberia, portanto, um juízo de ponderação entre ambos. No entanto, a criminalização do suicídio assistido da forma posta no Parágrafo 217 tornaria impraticável o exercício, de fato, da liberdade constitucionalmente protegida, se mostrando claramente desproporcional.¹⁸⁹

‘O Parágrafo 217 não é compatível com a Lei Fundamental [Constituição]’, proferiu o presidente da segunda turma do Tribunal Constitucional Federal nesta quarta-feira. Como a dita cláusula não tem mais validade legal, a morte assistida passa a ser possível, como era antes de 2015, ou seja, dentro dos antigos limites. Os médicos podem, portanto, fornecer informações sobre suicídio assistido e proporcionar eutanásia passiva, ou seja, disponibilizar um medicamento mortal.¹⁹⁰

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁸⁷ BVERFG, Judgment of the Second Senate of 26 February 2020 - 2 BvR 2347/15 -, paras. 1-343. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715en.html. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹⁸⁸ § 217 *Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*

(1) *Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.*

§ 217: IdF d. Art. 1 Nr. 2 G v. 3.12.2015 I 2177 mWv 10.12.2015; nach Maßgabe der Entscheidungsformel mit GG unvereinbar und nichtig gem. BVerfGE v. 26.2.2020 I 525 - 2 BvR 2347/15 u.a.

¹⁸⁹ ALEMANHA. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹⁹⁰ Suprema Corte da Alemanha permite suicídio assistido. *Deutsche Welle*, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3YSMo>. Acesso em: 10 ago. 2021.

Na América Latina, a condução ativa do processo de morrer é, na quase totalidade dos países, legalmente proibida. Neste sentido, dada a proximidade topográfica, histórica e mesmo cultural com o Brasil, é relevante destacar as situações vigentes na Colômbia e no Uruguai, que possuem previsões distintas das demais nações do continente. Na primeira, a regulamentação da prática da eutanásia vinha sendo negligenciada pelo Poder Legislativo desde 1997, quando a Corte Constitucional, através da *Sentencia C-239/97*, determinou que o Estado não pode se opor às decisões tomadas por alguém que, face a uma situação de terminalidade, escolhe, de maneira livre e esclarecida, por conduzir de maneira ativa sua morte. Na decisão, como se vê abaixo, os membros da corte entenderam que a vida deve ser protegida, mas o viver não deve ter tomado como compulsório, ainda mais em momentos em que a dignidade do enfermo se encontra extremamente fragilizada.

*El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico.*¹⁹¹

Mesmo com o julgamento, com efeitos constitucionais, os parlamentares colombianos permaneceram por mais de quinze anos sem editar lei que regulamentasse a temática, apesar de tal previsão constar da “Exortacion” da sentença.¹⁹² Já em 2014, a Corte Constitucional foi novamente chamada a decidir sobre a **morte digna**. Através da *Sentencia T-970/14*, além da “Exortacion” ao *Congreso de la República*, como na decisão de 1997, os magistrados optaram por incluir “Orden al Ministerio de Salud”, para elaborar diretriz orientando todos os serviços de saúde sobre a questão e dando também alguns parâmetros a serem observados, como se tem:

DERECHO FUNDAMENTAL A MORIR DIGNAMENTE-Orden al Ministerio de Salud emitir una directriz a todos los prestadores del servicio de salud, para que conformen un grupo de expertos interdisciplinarios que cumplirán varias funciones cuando se esté en presencia de casos en los que se solicite el derecho a morir dignamente.

¹⁹¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-239/97*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>. Acesso em: 4 out. 2021.

¹⁹² A parte final da *Sentencia C-239/97* contém uma orientação ao Poder Legislativo para que regule a morte digna, como se vê: “A EXHORTACION AL CONGRESO SOBRE MUERTE DIGNA-Regulación. En aras de la seguridad jurídica, la Corte exhortará al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna.”

*Entre otras labores que determine el Ministerio, el comité deberá acompañar a la familia del paciente y al paciente en ayuda psicológica, médica y social, para que la decisión no genere efectos negativos en el núcleo familiar, ni en la situación misma del paciente. Esa atención no puede ser formal ni esporádica sino que tendrá que ser constante, durante las fases de decisión y ejecución del procedimiento orientado a hacer efectivo el derecho. Además, dicho comité deberá ser garante y vigilar que todo el procedimiento se desarrolle respetando los términos de esta sentencia y la imparcialidad de quienes intervienen en el proceso. Igualmente, en caso de detectar alguna irregularidad, deberá suspender el procedimiento y poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de una falta o de un delito, si a ello hubiere lugar.*¹⁹³

Por fim, aproximadamente vinte anos após a primeira sentença da Corte Constitucional, a prática da eutanásia recebeu sua regulamentação, por meio da *Resolución n° 1216*, de 2015, e da *Resolución n° 0971*, de 2021, ambas do *Ministerio de Salud y Protección Social*¹⁹⁴ e, desde a primeira, os dados oficiais mostram que foram realizados 123 casos de eutanásia pelos serviços de saúde colombianos.¹⁹⁵

A situação uruguaia é distinta da colombiana e, ainda assim, peculiar. De maneira pouco usual, há quase cem anos o Código Penal do Uruguai – Lei n° 9.414, de 29 de junho de 1934 – já previa a possibilidade de aplicação do perdão judicial nos casos do *homicidio piadoso* (eutanásia), mas não para os casos de *determinación o ayuda al suicidio* (suicídio assistido). *In verbis*:

37. (Del homicidio piadoso)

Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.

127. (Del perdón judicial)

Los Jueces pueden hacer uso desta facultad en los casos previstos en los artículos 36, 37, 39, 40 y 45 del Código.

315. (Determinación o ayuda al suicidio)

El que determinare al otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o de uso de estupefacientes.

¹⁹³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-970/14*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>. Acesso em: 4 out. 2021.

¹⁹⁴ COLÔMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución n° 0971, de 2021*. Disponível em: <https://consultorsalud.com/wp-content/uploads/2021/07/Resolucion-No.-971-de-2021.pdf>. Acesso em 4 out. 2021.

¹⁹⁵ “Oficialmente en 123 casos se ha prestado una asistencia médica a través de la eutanasia para morir en Colombia. Desde 2015, año en el que se reglamentó el procedimiento para ejercer el derecho a la muerte digna a través de la eutanasia y, hasta el 15 de marzo de 2021, se realizaron 123 procedimientos de eutanasia en toda Colombia.” In: DesLAB – Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Eutanasia en Colombia: 30 cifras para tomar el control y saber más sobre muerte digna*. Disponível em: <https://www.desclab.com/post/eutanasiacifras>. Acesso em: 8 out. 2021.

Apesar da previsão legal do perdão judicial, é certo que o *homicídio piadoso* é conduta excepcional. Não há sistematização de tais situações e tampouco possibilidade de adoção de maneira rotineira e com amplo acesso, de tal sorte que a prática destas medidas pelos serviços de saúde não é factível. Partindo daí, o que se viu nos últimos anos foi um intenso debate político envolvendo várias parcelas da sociedade, na busca pela elaboração e aprovação de legislação uruguaia que permita o exercício da eutanásia e do suicídio assistido de maneira não excepcional. O Colegio Médico e diversos representantes religiosos, sobretudo a Igreja Católica, se posicionaram de forma contrária ao projeto de lei do parlamentar Ope Pasquet.¹⁹⁶ Assim, nos parece que a aprovação de legislação, se efetivamente levada a cabo, não será simples.

5.2 SITUAÇÃO BRASILEIRA

A legislação nacional, sobretudo através do Código Penal, protege a vida humana. O diploma penalista, por meio dos arts. 121 e seguintes, tipifica os chamados crimes contra a vida, sendo que as formas dolosas destes ilícitos serão julgadas pelo Tribunal do Júri, por expressa determinação constitucional.¹⁹⁷ Como se sabe, o homicídio é o tipo penal que inicia a Parte Especial,¹⁹⁸ do que se pode deduzir sua importância para o legislador e, indiretamente, para a sociedade.¹⁹⁹

O parágrafo 1º do dispositivo prevê a figura do **homicídio privilegiado**, quando o ato se encontra fundado em “relevante valor social ou moral”. Haverá, nesta situação, diminuição da pena em 1/6 a 1/3, a ser aplicada pelo juiz na fase de dosimetria. Conforme explica Luiz Regis Prado, o **valor moral** decorre da moralidade média da sociedade, havendo conformidade da situação específica experimentada pelo agente e pelo ofendido e os “princípios éticos dominantes” da coletividade. Além disso, a forma privilegiada só é aplicável quando tais

¹⁹⁶ *Se encendió el debate sobre proyecto de ley para legalizar eutanasia y suicidio asistido*. EL PAÍS. Disponível em: <https://www.elpais.com.uy/informacion/sociedad/encendio-debate-proyecto-ley-legalizar-eutanasia-suicidio-asistido.html#>. Acesso em 8 out. 2021.

¹⁹⁷ Conforme art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal de 1988: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...] d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

¹⁹⁸ Homicídio simples.

Art. 121. Matar alguém.

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

¹⁹⁹ “A Parte Especial do Código Penal está dividida em títulos, capítulos e seções, ordenados sistematicamente, levando em consideração o bem juridicamente protegido. [...] Foi somente a partir do Código Penal de 1940 que a Parte Especial teve início com os chamados Crimes contra a Pessoa, ressaltando-se, dessa forma, sua importância.” Cf: GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 2, p. 42.

motivos forem **relevantes**, ou seja, se mostrem efetivamente proeminentes naquele caso concreto. Não se trata, portanto, de situação em que os valores envolvidos possuem elevada importância individual ou particular para o agente que cometeu o homicídio, mas sim de contextos em que “homem médio” também entenderia como moralmente sensíveis e consideráveis. Essa é a explicação de Luiz Regis Prado, por exemplo, em que se tem:

A Exposição de Motivos (item 39) explicita que por “motivo de relevante valor social ou moral” aquele que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (v.g., homicídio eutanásico) e a indignação contra um traidor da pátria.²⁰⁰

A jurisprudência nacional também apresenta conclusões semelhantes e considera valor moral a causa subjetiva que deu fundamento à conduta do agente, mas que, naquelas condições fáticas presentes, é passível de aprovação pela moralidade média social vigente. Não há, no entanto, decisão judicial com ampla discussão sobre as questões envolvendo a eutanásia ou suicídio assistido. O argumento sobre a relevância moral da conduta é, em geral, usado como argumento pela defesa do acusado, mas em contextos delituosos distintos. Veja-se, por exemplo, dois precedentes nos quais a moralidade foi discutida, ainda que superficialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Eis que se entende por relevante valor moral razão subjetiva que estimula o agente a praticar a infração penal, todavia, agravado pelo seu significado expressivo, é aprovado pela moralidade. Constatando que a decisão do Júri se ampara em elementos razoáveis de prova, deve a mesma ser mantida, por força da soberania dos veredictos populares.²⁰¹ A opção pela redução mínima em face do privilégio do §1º do artigo 121 do Código Penal se justifica se a motivação do crime está longe de conferir nobreza ao ato homicida, a ponto de dignificá-lo, torná-lo aprovável pela moralidade média e digno de apreço.²⁰²

A eutanásia, como ensina a doutrina pátria, é passível de tipificação, na atualidade, como uma forma de homicídio privilegiado. Ainda que não haja expressa declaração legislativa neste sentido, entende-se que aquele que tira a vida de outrem motivado pelo sofrimento deste último, tal como em situações de doenças incuráveis em estágio terminal, age de maneira tida como nobre, compreensível e aceita moralmente por uma parcela significativa da sociedade. Assim lecionam Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bittencourt, dentre outros.

²⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 249 do CP*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2, p. 85.

²⁰¹ STJ - AREsp: 1361375 PI 2018/0236551-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 19/05/2021

²⁰² STJ - REsp: 1924206 MG 2021/0054687-1, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Publicação: DJ 04/08/2021)

Será motivo de *relevante valor moral* aquele que, em si mesmo, é aprovado pela ordem moral, pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima. Admite-se, por exemplo, como impelido por motivo de relevante valor moral o denominado homicídio piedoso, ou, tecnicamente falando, a eutanásia. Aliás, por ora, é dessa forma que nosso Código Penal disciplina a famigerada eutanásia, embora sem utilizar essa terminologia.²⁰³ Dentre os motivos morais, é de se mencionar a eutanásia, que, em uma aproximação inicial, abarca “comportamentos que dão lugar à produção, antecipação ou não adiamento da morte de uma pessoa que sofre de uma lesão ou enfermidade incurável, geralmente mortal, que lhe causa graves sofrimentos e/ou afeta consideravelmente sua qualidade de vida”.²⁰⁴

O art. 122 do diploma penalista, alterado recentemente pela Lei nº 13.968, de 26 de dezembro de 2019, também qualifica como crime o ato de auxílio material ao suicídio. Não há previsão legal explícita no ordenamento brasileiro que autorize a prática da eutanásia ou do suicídio assistido. Pelo contrário, ambas constituem figuras típicas e sujeitas à sanção estatal.

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação
 Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:
 Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. [...]
 § 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte:
 Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

O Conselho Federal de Medicina não autoriza a prática de eutanásia, sendo o procedimento vedado ao médico por força do art. 41 do Código de Ética Médica, aprovado através da Resolução CFM nº 1931/2009.²⁰⁵ Na normativa há orientação aos profissionais para que ofereçam todos os cuidados paliativos possíveis, com controle da dor e do sofrimento, e que evitem a prática da distanásia, isto é, a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários nas situações clínicas irreversíveis e terminais, circunstância distinta à do homicídio assistido. A prática do deste último, por sua vez, é tida pelo órgão como infração ético-profissional, sujeita à sanção administrativa.

É vedado ao médico
 Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
 Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

²⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. parte especial: crimes contra a pessoa. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Tratado de Direito Penal, v. 2). p. 185 e 186.

²⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal*: parte especial – arts. 121 a 249 do CP. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2, p. 85, grifo do autor.

²⁰⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1931/2009*. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009. Acesso em: 10 maio 2020.

Atualmente tramita perante o Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236, de 2012, que busca instituir um novo Código Penal.²⁰⁶ Na proposta original, de autoria do Senador José Sarney (MDB/AP), a eutanásia passaria a ser tipificada como crime autônomo, através do art. 122 do anteprojeto anexo ao PLS.

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.

A despeito das mudanças legislativas que vêm sendo realizadas em diversos países em face dos novos valores morais e culturais da sociedade, o legislador brasileiro prefere, de forma oposta, dedicar um tipo penal específico à prática do homicídio assistido, ainda que com pena mais branda que o homicídio simples. Deixa, desta forma, de enfrentar adequadamente as questões relativas à liberdade e à dignidade pontuadas anteriormente.

De toda sorte, convém destacar as disposições contidas nos dois parágrafos do artigo 122 do anteprojeto. No parágrafo 1º, o legislador deixa, a cargo do juízo e conforme as circunstâncias do caso, a possibilidade tomada de **excludente de culpabilidade** para as situações em que o agente tenha praticado a ação em decorrência de “estreitos laços de afeição” ou de “parentesco” com a vítima. Trata-se, em contraste com o art. 121, § 1º, do Código Penal de 1940, de uma situação na qual deixaria de ser aplicada a devida sanção e não apenas ocorreria diminuição da pena. O referido parágrafo tem, na redação original, o seguinte teor: “§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.”

No entanto, excluir a culpabilidade de uma conduta não significa dizer o que o fato é atípico. Pelo contrário, significa que o agente praticou ação conforme o descrito no art. 122 – eutanásia –, e que tal conduta não é conforme o direito, mas que, por conta das circunstâncias do caso e das condições pessoais do agente, a censura penal não se mostra a melhor opção. Além das consequências dogmáticas e processuais decorrentes desta distinção, tais como as questões relativas ao rito especial dos crimes dolosos contra a vida, não há referência ao consentimento por parte do titular do bem jurídico, principal crítica do presente estudo à dogmática atual. Importante, portanto, frisarmos a já conhecida distinção, dentro da teoria do delito, de conduta antijurídica e de conduta culpável.

²⁰⁶ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 15 maio 2020.

Enquanto a ilicitude é um juízo de desvalor sobre um fato típico, a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo (poder do agente/resolução de vontade). O caráter específico de reprovação da culpabilidade reside em não dever ser ilícita por poder ser lícita. No exame da culpabilidade, devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.²⁰⁷

Por fim, no parágrafo 2º, a qual o legislador atribui o título de *exclusão de ilicitude*, há previsão da excludente para as situações em que se evita a prática de distanásia, situação distinta do homicídio assistido. Nota-se, assim, uma possível confusão legislativa em relação às formas de abreviação e de prolongamento da vida humana e que pode culminar com dificuldades na aplicação da normativa nos casos concretos. Nestes casos, em que o legislador trata, em nossa opinião, de condutas distanásicas e não de eutanásicas, o ordenamento jurídico brasileiro traria justificativa à ação do agente.²⁰⁸

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.

Em relação ao suicídio assistido, o anteprojeto mantém redação semelhante à do *codex* atual, sem as excludentes previstas para o crime de eutanásia e já pontuadas acima. O agora art. 123 – anteriormente 122 – apresenta a seguinte proposta legislativa:

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.

Trata-se, como dito, de um projeto de lei e que, apesar de já contar com quase dez anos de elaboração, ainda deverá ser submetido ao escrutínio parlamentar em comissões distintas de

²⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte geral* – arts. 1º a 120 do CP. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 986 e 987 (edição digital).

²⁰⁸ “Toda ação típica é ilícita, salvo quando *justificada*. Com acerto, se distingue que as causas justificantes têm implícita uma norma permissiva ou autorizadora de caráter independente que, ao interferir nas normas proibitivas ou preceptivas, faz com que a conduta proibida ou a não realização da conduta ordenada seja lícita ou conforme ao Direito. A norma permissiva da justificante exclui a ilicitude do fato, determinando que a conduta típica seja lícita, o que impede, inclusive, a aplicação de eventual medida de segurança, visto que esta exige a tipicidade e a ilicitude da conduta.” PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte geral* – arts. 1º a 120 do CP. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 939. (edição digital).

ambas as Casas Legislativas, podendo seu teor sofrer grandes alterações até eventual promulgação.

6 O CONSENTIMENTO E O DIREITO PENAL

As discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre em que consiste o **consentimento do ofendido** e qual a sua posição na teoria do delito não são recentes e, tampouco, pacíficas.²⁰⁹ Certo é que a legislação penal brasileira não possui previsão em sua parte geral para a figura e, quando não há sua discriminação entre as elementares do tipo²¹⁰, a maior parte dos juristas a entende com uma **causa excludente de ilicitude de caráter supralegal**. Assim, se não há clara descrição da necessidade de anuência do ofendido pelo legislador, mas a lesão é voluntariamente autorizada, a interpretação sistemática e consonante com os valores sociais vigentes é de que existe prática de fato típico, porém lícito em decorrência do contexto em que se realiza. No entanto, em determinadas situações, a conduta sequer será considerada típica, como nos casos em que o consentimento é elemento essencial do delito.²¹¹ Assim, para se tentar entender melhor quais as possíveis posições do **consentimento** dentro da dogmática penal atual, se faz necessário um breve estudo sobre a teoria do injusto.

6.1 ANTIJURIDICIDADE, SUAS EXCLUDENTES E O CONSENTIMENTO

Ao longo do século XIX, como provável consequência da ascensão dos valores científicos e do prezar pela racionalidade humana, lançaram-se as bases da chamada teoria do delito. Nas mais variadas áreas do conhecimento, explicações metafísicas sobre os acontecimentos do mundo são substituídas, paulatinamente, por interpretações fundadas em rigor científico e análise empírica dos eventos. Num primeiro momento, o conceito de crime –

²⁰⁹ “Não se trata de matéria de aceitação pacífica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entretanto, pode-se observar que a maioria tem perfilhado o entendimento de que se trata da excludente de ilicitude aceitável, embora não prevista expressamente em lei.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*: Arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 569. (edição digital).

²¹⁰ As elementares do crime constituem as características essenciais de cada delito, podendo ser de caráter objetivo ou subjetivo, e sem os quais não se pode atribuir a prática de determinada conduta típica a um agente. Correspondem aos signos que integram os dispositivos postos pelo legislador. “Os tipos penais descrevem as condutas ilícitas e estabelecem assim os seus elementos essenciais. Esses fatores que integram a descrição da conduta típica são as chamadas elementares do tipo, ou elementos essenciais constitutivos do delito. [...] Concluindo, as elementares são componentes do tipo penal, enquanto as circunstâncias são moduladoras da aplicação da pena, e são acidentais, isto é, podem ou não existir na configuração da conduta típica.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de Direito Penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1, p. 1830 e 1832 (edição digital).

²¹¹ Como ensina Rogério Greco, nas situações de falta de uma elementar à formação do tipo, a conduta será irrelevante para o Direito Penal. “Fala-se em atipicidade absoluta quando, por faltar uma elementar indispensável ao tipo, o fato praticado pelo agente torna-se um indiferente penal. Por exemplo, se alguém subtrai o próprio guarda-chuva, supondo-o de outrem, não pratica o delito de furto, uma vez que se encontra ausente a elementar coisa alheia móvel, a fim de caracterizar aquela infração.” GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1, p. 302. (edição digital).

chamado atualmente de **teoria clássica** (ou sistema de Liszt-Beling) – buscava avaliar o possível liame entre a ação humana, realizada através do movimento corpóreo, e os resultados produzidos no mundo fático, de maneira estritamente naturalística. Falava-se em delito quando entre ação e resultado fosse possível constatar o chamado nexos de causalidade, isto é, a modificação da realidade fora causada por intervenções objetivas daquele agente. Elementos subjetivos, sobretudo a vontade humana, eram analisados apenas posteriormente, distinguindo-se somente aí a eventual ação em culposa ou dolosa.

Em um segundo momento, emerge aquela que se convencionou chamar de **teoria neoclássica** (ou neokantista ou teleológica) do delito, buscando conferir maior respaldo social e legitimidade à ciência penal. O estudo do crime passa a ter suas finalidades dadas, habitualmente, pela moralidade média vigente àquele tempo e a ação humana, antes puramente causal e naturalista, adquire também caráter valorativo. A contrariedade às normas do direito – antijuridicidade –, que na teoria clássica possuía caráter essencialmente objetivo, bastando a apreciação formal da presença ou ausência de causas de justificação, adquire substrato material, impondo-se a necessidade de avaliação também dos componentes subjetivos da conduta. As determinações causas ainda são de grande relevância, porém sobre elas recaem elementos valorativos e não apenas de ordem natural como anteriormente.

Já na primeira metade do século passado, Hans Welzel elabora os fundamentos da **teoria finalista do delito**, a qual, a despeito de modificações e críticas, principalmente a partir dos anos de 1970, se mostra ainda hoje o pensamento dominante no mundo ocidental, tanto doutrinariamente quanto legalmente. A epistemologia do crime mostra, neste momento, bases essencialmente ontológicas,²¹² sem abandono por completo dos elementos axiológicos do neokantismo. Dolo e culpa, elementos vinculados à vontade – ao psiquismo do agente –, são completamente deslocados da análise da culpabilidade e passam a integrar a tipicidade. A ação humana, portanto, passa a compreender elementos de ordem objetiva e também aqueles de ordem subjetiva. Não há como se falar em injusto, para o finalismo, quando a conduta é praticada sem dolo e sem culpa, ainda que efetivamente exista nexos de causalidade entre ela e eventual dano a outrem.

Ainda que os elementos hoje conhecidos como **tipicidade**, **antijuricidade**, **culpabilidade** e **punibilidade** não estivessem estabelecidos de maneira clara, sobretudo

²¹² “Dessa concepção do homem como pessoa, capaz de agir, como ser livre e responsável, exsurge a necessária vinculação do Direito ao conceito finalista de ação: ‘As normas só podem mandar ou proibir uma conduta final’.” PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte geral* – arts. 1º a 120 do CP. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 175. (edição digital).

durante o período clássico, podemos dizer que estas escolas de pensamento se caracterizaram por fundamentarem suas conclusões nestas figuras, chamadas de **conceitos analíticos do delito**. Tais construções teóricas se prestam, sobretudo, como forma de sistematização e aplicação coerente da legislação penal, permitindo que o intérprete possa, no caso concreto, subsumir de maneira ordenada o fato à norma.²¹³

Entende-se que o Código Penal do Brasil adotou a teoria final da ação (finalismo).²¹⁴ Deste modo, perante o ordenamento nacional, considera-se crime toda conduta²¹⁵ humana injusta (comissiva ou omissa) – conduta típica –, que não possa ser justificada perante o ordenamento ou de acordo com a ordem social vigente – conduta antijurídica – e que, dada as condições particulares do agente, seja reprovável – conduta culpável. A punibilidade, para a extensa maioria dos autores, é consequência do crime e não o integra como elemento essencial.

Partindo destas breves considerações, o que se tem é que, para parte significativa da doutrina brasileira, quando a ação é dotada de tipicidade, temos indícios de que se trata também de fato contrário ao direito.²¹⁶ Tipicidade e ilicitude seriam elementos interdependentes e, ainda que presumivelmente injusta, a ação típica precisa também ser desautorizada, isto é, não devem existir causas que justifiquem a conduta do agente. Outras teorias acerca da relação entre tipo e ilicitude foram posteriormente desenvolvidas, tal como aquelas que entendem a tipicidade como *ratio essendi* da ilicitude,²¹⁷ mas a teoria da indiciariedade – teoria da *ratio cognoscendi* – ainda é a forma dominante de se compreender as relações entre tipo e antijuricidade.

²¹³ “Além dos conhecidos conceitos formal (crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena) e material (crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena), faz-se necessária a adoção de um conceito analítico de crime. Os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de Direito Penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1, p. 619. (edição digital).

²¹⁴ “Em 1937, durante o Estado Novo, Alcântara Machado apresentou um projeto de Código Criminal Brasileiro, que, submetido ao crivo de uma comissão revisora, acabou sendo sancionado, por decreto-lei de 1940, como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, ainda que parcialmente reformado. Dentre as leis que modificaram o Código Penal em vigor, merecem destaque a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, e a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que instituiu uma nova parte geral, com tópicos de nítida influência finalista.” PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 210 (edição digital).

²¹⁵ “No prisma jurídico, o conceito de conduta adquire diferentes pontos de vista. Na visão finalista, que adotamos, conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado a uma finalidade.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 438. (edição digital).

²¹⁶ Neste sentido, vejamos: “Isso quer dizer que quando o agente pratica um fato típico, provavelmente, esse fato também será antijurídico. A tipicidade de um comportamento, segundo Muñoz Conde, ‘não implica, pois, a sua antijuridicidade, senão apenas indício de que o comportamento pode ser antijurídico (função indiciária do tipo).’ O tipo, portanto, exercendo essa função indiciária, é considerado a *ratio ‘cognoscendi’* da antijuridicidade.” GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1, p. 294. (edição digital).

²¹⁷ Juarez Cirino, por exemplo, entende que há uma íntima relação de dependência entre ambos os elementos, sendo que toda ação típica é também contrária ao direito, exceto nos casos em que seja justificável.

O Código Penal traz, de forma expressa, quatro situações de exclusão da antijuridicidade: a) legítima defesa (art. 25); b) estado de necessidade (art. 24); e c) estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito (ambas previstas no art. 23, III) e, a despeito da inexistência expressa de adoção de outras causas (supralegais), a doutrina entende tal situação como natural e decorrente da fragmentariedade do Direito Penal.²¹⁸

Nélson Hungria colocava a questão das excludentes de antijuridicidade nos seguintes termos:

Esta [ilicitude ou injuricidade], só é excluída quando o fato incriminado in genere é, excepcionalmente, permitido ou ordenado por outra norma jurídica, penal ou extrapenal (posto que o direito penal não pode colidir com os outros ramos do direito). Em tais hipóteses, o fato deixa de ser crime, para ser objetivamente lícito. Fala-se, aqui, tradicionalmente, em “justificativas” (ou “causas de justificação”), mas a denominação mais própria é a de descriminantes, ou “causas objetivas de exclusão de crime” (Massari), ou “causas excludentes de ilicitude objetiva” (Angioni), ou “causas de inexistência de crime” (Cavallo). Os autores alemães preferem a locução “causas excludentes de ilicitude jurídica ou injuricidade” (Unrechtsausschliessungsgründe). Com a presença de tais causas, o fato surge lícito, intrinsecamente lícito (e não apenas “justificado” in concreto: pode ser justificado o que é injusto, e não o que é congenitamente justo): inexistente crime, como diz Angioni, quer concreta, quer abstratamente.²¹⁹

Por seu turno, Juarez Tavares explica que a adoção da **teoria social da ação** por parte significativa da doutrina e da jurisprudência, em nível nacional e internacional, impôs a necessidade de observação de fatores de ordem objetiva e subjetiva na avaliação do injusto e da justificação ou não de uma ação típica. Há que se analisar, portanto, o desvalor tanto do resultado quanto da ação. Assim descreve o autor:

Com a moderna vertente da teoria social da ação, que é no fundo um desdobramento da teoria finalista, se esclarece que a justificativa completa só ocorrerá quando preenchidos os elementos objetivos e subjetivos, porque enquanto os primeiros justificam o desvalor do resultado e assim o compensam ou eliminam, os últimos eliminam o desvalor da ação. Esta parece ser por ora a teoria dominante. [...] Em primeiro lugar, não se pode restaurar aqui uma teoria monista, que pretenda reduzir todas as circunstâncias e variedades das causas de justificação a um denominador

“Independentemente da posição sobre a estrutura bipartida ou tripartida do conceito de crime, a tipicidade parece constituir a própria *ratio essendi* da antijuridicidade – e não simples *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Por essa razão, a antijuridicidade da ação típica é determinada por um critério negativo: ausência de justificação.” SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012 p. 214.

²¹⁸ Luiz Regis Prado, ao discorrer sobre as excludentes, entende que três são as fontes possíveis para a justificação da conduta e que não há, no ordenamento pátrio, taxatividade acerca delas. Temos assim: “As fontes das causas de justificação são: a lei (estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito), a necessidade (estado de necessidade e legítima defesa) e a falta de interesse (consentimento do ofendido). O Código Penal brasileiro enumera, de modo expresso, ainda que não taxativo, as principais causas de justificação (art. 23, CP) e o excesso punível (intensivo ou extensivo), doloso ou culposos, que a todas se aplica (art. 23, parágrafo único, CP).” PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte geral* – arts. 1º a 120 do CP. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 942. (edição digital).

²¹⁹ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: arts. 11 a 27*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2. p. 267.

comum, o que é próprio de concepções totalizantes ou fundadas em preceitos éticos. Em segundo lugar, as causas de justificação devem ser vistas como permissões de dupla qualidade: de um lado, como derivadas de direitos fundamentais, aos quais se devem subordinar; de outro, como autorizações contingentes, motivadas por circunstâncias acidentais ou particulares de determinados setores da ordem jurídica.²²⁰

Hans-Heinrich Jescheck afirma que as excludentes de antijuridicidade se constituem em autorizações para que, sob determinadas condições, se aja de forma contrária ao direito, isto é, quando adequadamente presente, as causas de justificação permitem que o agente pratique legalmente ato proibido sem incorrer em prática delituosa. Além disso, Jescheck detalha que o tipo penal deve conter, idealmente, apenas os elementos essenciais da conduta ilícita, estando as excludentes de antijuridicidade dispostas em local diverso. Se presentes no próprio tipo penal e de maneira indispensável para a completa subsunção da conduta à normativa, há que se falar de excludente de tipicidade, dada sua especificidade ao caso.

La explicación para la exclusión de la antijuricidad de acciones típicas se deriva del hecho de que el Ordenamiento no sólo está constituido por prohibiciones, sino que también conoce autorizaciones que, bajo determinados presupuestos, levantan aquéllas. Las autorizaciones están revestidas de proposiciones permisivas que, como tipos de justificación, prevalecen frente a los tipos de injusto. Cuando concurre una causa de justificación la norma prohibitiva contenida en el tipo de injusto deja de ser eficaz como deber jurídico en el caso concreto. El tipo de injusto no puede acoger por sí mismo a los elementos del tipo de la causa de justificación, pues idóneamente sólo está determinado para dar cabida a un resumen de los elementos típicos del hecho punible.²²¹

Para o autor, a correta compreensão do instituto deve passar por duas etapas distintas, consecutivas e dependentes. Na primeira se averigua se a ação humana praticada é, efetivamente, um fato típico, ou seja, em que estão presentes os elementos essenciais àquele delito. Não sendo fato típico, a análise das excludentes se mostra prejudicada e, sobretudo, desnecessária. Porém, tendo se mostrado figura típica, o avaliador deverá então perquirir se as condições objetivas e subjetivas da situação são capazes de ser aprovadas juridicamente, não havendo, neste caso, crime.

Jescheck esclarece que há três formas distintas de compreender o consentimento do ofendido. Na primeira, a concordância do titular com a lesão do bem jurídico, na verdade, se constitui em um ilícito, já que busca a satisfação de interesses não idôneos. Como é, de fato, uma figura típica, o autor considera pouco importante – pelo menos para a análise que se propõe. Mas há duas situações que o assentir demonstra maior relevância. Quando há previsão

²²⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 323 e 328 a 329.

²²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Espanha: Imprinta, 2002. p. 346 e 347.

da vontade do ofendido na descrição formal do delito, isto é, no próprio tipo penal, estamos diante de um “acordo” (*Einverständnis*) das liberdades dos envolvidos. A observância e o respeito das autonomias individuais configuram, deste modo, **conduta atípica** e coerente às expectativas sociais. Por sua vez, a maior parte dos tipos penais não traz qualquer previsão acerca da concordância do ofendido para a configuração do ilícito. Em tais circunstâncias, Jescheck explica que a aquiescência do ofendido se configura em “consentimento” (*Einwilligung*) e que a concordância poderá funcionar como uma causa de justificação para a conduta, tornando-a conforme o direito, ainda que típica.

A distinção é pertinente pois existem situações em que a falta de “acordo” se destina à tutela de bens jurídicos cuja disposição está sob poder apenas de seu próprio titular, ao passo que em outros momentos se destinam à proteção de valores que ultrapassam a titularidade do ofendido, sendo que Jescheck assim as pontua:

La conformidad dei afectado por el delito puede tener un significado diverso para enjuiciamiento jurídico-penal.

a) Por un lado existen delitos que sólo pueden ser cometidos con la conformidad de la otra parte (delitos de encuentro, vid. infra § 64 V. 1), com o la usura (§ 291) o la producción con sentida de mutilaciones para librarse dei servicio militar (§ 109 I en su segunda alternativa). E nestos casos la conformidad pertenece a los elementos dei tipo de la acción punible. Sin embargo, este grupo de supuestos no es discutido y por lo tanto puede quedar fuera de nuestra atención.

b) Existen además disposiciones penales en las que, de conformidad con su tenor literal o el sentido de la descripción delictiva, la acción típica se dirige inmediata y exclusivamente en contra de la voluntad dei afectado por lo que aquélla, ante la aquiescência de éste, no suscita reparo de ninguna clase. Estos supuestos consisten en una contradicción de la voluntad dei ofendido que viene a ser una circunstancia fundamentadora dei injusto de la correspondiente figura de delito. En el caso de que el afectado esté de acuerdo, la acción punible se convierte en un suceso normal dentro dei marco de un orden social establecido. Penalmente esto significa que em estos casos ante la aprobación el hecho no se conforma como parte dei injusto típico y que de este modo tampoco existe uma acción típica. A este supuesto de la conformidad se le denomina “acuerdo” (“*Einverständnis*”).

c) Por el contrario, en otras disposiciones penales el menoscabo mismo dei bien jurídico tiene lugar incluso cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular. La acción descrita en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante, el titular dei bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar por motivos derivados dei marco de su libertad de disposición. La doctrina mayoritaria denomina a estos casos “consentimiento” (“*Einwilligung*”) y trata la conformidad como una causa de justificación, pues aqui no sólo se trata dei poder de disposición dei titular sino de un valor jurídicamente protegido independiente de ello.²²²

²²² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Espanha: Imprensa, 2002. p. 399 e 400.

Doutrinadores tradicionais, como Hans Welzel, já propunham duas formas distintas de se compreender o consentimento²²³ dentro da sistemática do delito. De maneira semelhante à descrição de Jescheck, temos para o primeiro dois cenários possíveis. Nos tipos penais em que há expressa declaração sobre a necessidade da manifestação de vontade do titular, o consentimento tem como faculdade tornar a ação figura atípica. Por outro lado, para os tipos penais em que o assentir não consta de suas elementares, Welzel propôs que o consentimento representaria uma possível excludente da antijuridicidade da ação, conforme as condições verificadas objetiva e subjetivamente.

El consentimiento puede tener en derecho penal distinta significación:

- a) Puede excluir el tipo, y ello ocurre en todos los casos en que un actuar contra la voluntad del afectado pertenece al tipo. [...]
- b) Puede excluir la antijuricidad. A diferencia de lo dicho en a, lo que presupone que el tipo se da. Pero aquí se plantea la cuestión del consentimiento como problema de justificación.²²⁴

Perante o ordenamento jurídico brasileiro, essa distinção pode ser vista, e.g., nas situações que envolvem a dignidade e a liberdade sexuais e as lesões corporais. Por força do art. 213 do Código Penal²²⁵ só se consideram ilícitas as conjunções carnavais e outros atos libidinosos que ocorrem sob constrangimento do ofendido. Nas situações em que há concordância dos sujeitos envolvidos, afasta-se por completo a tipicidade da conduta, não se chegando a falar em causas de justificação para o ato. O médico que realiza uma apendicectomia por certo comete uma forma de lesão corporal em seu paciente. Mas, salvo condições específicas, não será denunciado pela prática da figura disposta no art. 129 do diploma penalista.²²⁶

Como se sabe, perante a legislação pátria, o menor de quatorze anos é considerado pessoa incapaz de manifestar concordância plena e autônoma acerca dos assuntos que envolvem sua dignidade sexual. Da mesma forma o são todos aqueles sem o “necessário discernimento para a prática” de atos sexuais e ainda os indivíduos que estejam em situação que lhes impeça

²²³ A despeito da importância da distinção entre “acordo” e “consentimento”, conforme descrita por JESCHECK, quando não houver clara referência a ela, optou-se, por mera simplificação, pelo uso do termo “consentimento” de maneira ampla, abarcando ambos os significados.

²²⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Argentina: Roque Depalma Editor, 1956. p. 98 e 99.

²²⁵ **Estupro**

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

²²⁶ **Lesão corporal**

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

o oferecimento de resistência.²²⁷ Não há como se falar em atipicidade ou em excludentes de antijuridicidade nestas circunstâncias, pois se entende, *a priori*, que não há efetivo consentimento por parte dos integrantes destes grupos e toda manifestação de vontade deles é potencialmente parcial. Corroborando este entendimento, já pacífico na doutrina e jurisprudência, o parágrafo 5º do art. 217-A, incluído pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, determina que as penas para o ilícito “[...] aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”.

Daí que, partindo da descrição de Hans Welzel, temos duas possibilidades distintas para o consentimento dentro da dogmática penal brasileira atual. A primeira pode ser vista na diferença estipulada nos tipos penais do estupro – art. 213, CP – e do estupro de vulnerável – art. 217-A, CP –, em que no primeiro o consentimento é elementar do tipo e afasta a tipicidade da conduta quando a concordância é idônea, ao passo que no último sequer é permitido ao titular consentir com eventual prática. Mas a segunda forma de consentimento é aquele cujos limites são mais tênues e debatidos e ocorre nas situações em que a concordância não é elementar, mas também não é proibida,²²⁸ sendo que para tais ocasiões a ação e o assentimento devem ser avaliados caso a caso, de acordo com as características dos sujeitos envolvidos e o contexto fático em que se desdobram.²²⁹

²²⁷ **Estupro de vulnerável**

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

²²⁸ A conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos já era, há tempos, considerada conduta criminosa, a despeito da ausência da previsão legal antes de 2018. Assim, quando falamos em situações de proibição do consentimento, entendemos que a vedação pode ser expressa por meio de dispositivo legal, mas também através de robusta construção doutrinária ou jurisprudencial, como já era o caso usado como exemplo. Neste sentido, temos: “Não obstante, conforme inclusive consta no mesmo Parecer da Câmara dos Deputados, a alteração apresentada buscou tornar clara a irrelevância penal de a vítima menor de catorze anos anuir com o ato ou possuir experiência sexual anterior. Para isso, repetiu, em parte, a conclusão da Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça, a qual já determinava que o crime de estupro de vulnerável se configuraria ‘com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente’.” BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. *Lei nº 13.718/2018 – Crimes contra a Dignidade Sexual – Breves Apontamentos*. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_Lei_13718_2018_Mudancas_nos_Crimes_Sexuais_versao_final_2.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.

²²⁹ Como explica Juarez Tavares: “No Brasil, os códigos anteriores eram omissos sobre assunto, o mesmo acontecendo com o vigente. O projeto ALCÂNTARA MACHADO, porém, consignava no seu artigo 14, n.º I, que: ‘Não será também punível aquele que praticar ação ou omissão: I - com o consentimento de quem possa válidamente dispor do direito violado ou ameaçado.’ Esse dispositivo foi suprimido pela comissão revisora porque, na opinião de Nelson Hungria, ‘era evidentemente supérfluo’.” TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no Direito Penal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 12, n. 0, p. 258-270, 1969. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufr.v12i0.7163>. Acesso em: 10 maio 2020.

Se a concordância é social e moralmente aceita como algo usual e necessário, como nos momentos em que um médico opera seu paciente ou em que um profissional trabalha como tatuador desenhando sobre a pele de outrem, a conduta deixa de ser delituosa. Conforme ensina Cezar Roberto Bittencourt,²³⁰ as relações sociais são dinâmicas e, atualmente, as formas de convivência parecem se modificar ainda mais rápido do que outrora. Seria de se esperar, portanto, que a ciência criminal não se ativesse de maneira absolutamente restrita às normas positivadas. Por outro lado, considerando que o legislador nacional regulamentou as principais excludentes da antijuridicidade através do art. 23 e seguintes do Código Penal,²³¹ há pouco espaço para outras permissões além do próprio consentimento aqui em debate. Ainda assim, mesmo nas quatro excludentes normativamente previstas – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito –, pune-se o excesso do agente, mesmo que culposamente, conforme dicção do parágrafo único do mesmo dispositivo citado.

6.2 VIDA, CONSENTIMENTO E DISPONIBILIDADE DOS BENS JURÍDICOS

O conceito de **bem jurídico-penal** não é recente na ciência jurídica. Sua importância é singular perante o Direito Penal por evidenciar, acima de tudo, os limites ao alcance da criminalização e da sanção penal imposta pelo Estado. Constitui-se de objetos ou valores que, para certa sociedade e dentro de um determinado período temporal, são tidos como indispensáveis, individualmente ou comunitariamente, e sobre os quais a tutela penal pode recair. De tal sorte, é natural que se vejam variações desta limitação ao longo das nações. Os interesses dos membros da sociedade brasileira, por exemplo, têm muito em comum com os da sociedade estadunidense, tanto assim o é que o Direito Penal de ambas protege o insulto contra a vida, mas de formas e em graus distintos. Sob este prisma, a vida é um bem jurídico para ambas. Assim, quando se estipula crime “matar alguém”, entende-se que tal conduta constitui-se em grave perturbação social e lesão aos interesses tanto dos brasileiros quanto dos estadunidenses. Por outro lado, o aborto e a pena de morte são considerados fatos atípicos em boa parte os Estados que constituem a federação americana, ao passo que são classificados

²³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de Direito Penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1, p. 89. (edição digital).

²³¹ **Exclusão de ilicitude**

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

como delitos em quase todas as situações vivenciadas em nosso país. Há, portanto, uma significativa variação nos limites impostos ao legislador nestes dois casos, dada, principalmente, pelas diferenças dos valores morais e das situações fáticas para os brasileiros e para os estadunidenses.

Do mesmo modo, além destas questões envolvendo a valoração dos bens jurídicos entre pessoas de países distintos, as mudanças histórico-políticas pelas quais cada nação passa também é capaz de ser notada na moralidade do homem comum e, posteriormente, nas leis penais. O adultério, por exemplo, é um conduta socialmente questionável, pelos mais variados motivos, que envolvem desde concepções religiosas acerca da união matrimonial, mas também interesses econômicos e de reciprocidade e respeito mútuos. Até 2005, ou seja, pouco mais de quinze anos atrás, o comportamento era classificado como crime por força do art. 240 do Código Penal, que previa pena de detenção de quinze dias a seis meses para aquele que cometesse adultério.²³² Apesar de ser possivelmente visto como equivocado pelos pares, o adultério deixou de receber a tutela penal por se entender que este ramo do direito não deve intervir sobre situações que a censura social ou a reprimenda cível – ou ainda de outra esfera jurídica – seriam suficientes para a manutenção da paz social e da correição entre os homens.²³³

Em ambas as situações expostas – sobre os limites à lesão da vida e à proteção do matrimônio –, nos vemos diante de momentos em que as funções do bem jurídico parecem ter sido satisfeitas de maneira condizente com a dogmática contemporânea. Como explica Santiago Mir Puig, a proteção de determinados valores (ou interesses) só se justifica como forma de salvaguarda e de prestígio à participação do indivíduo de maneira plena na vida em sociedade. Não cabe ao Direito Penal uma tutela ampla de todas as situações experimentadas pelos indivíduos e, tampouco, ser empregado como forma de tratar todas as mazelas comunitárias, como explica, com clareza, Mir Puig:

El concepto de bien jurídico capaz de limitar al legislador no debe buscarse en la realidad naturalística ni en la valoración subjetivo-moral (no realizable mediante la coacción externa) sino en el terreno de lo social. Bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Pero para evitar una concepción poco respetuosa para con el individuo, que lo contemple sólo desde la perspectiva de su utilidad social, conviene

²³² O adultério deixou de ser tipificado quando da promulgação da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que revogou o art. 240 e alterou outros dispositivos do Código Penal.

²³³ “Apesar do adultério não mais ser considerado delito, figura como um dos motivos que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida (art. 1.573, I, CC). Demais disso, a fidelidade conjugal constitui um dever de ambos os cônjuges (art. 1.566, I, CC).” PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte geral* – arts. 1º a 120 do CP. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 1516. (edição digital).

requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.²³⁴

Como se pode ver, quando adequadamente empregadas, há uma estreita relação entre a tutela penal e a dignidade humana, constitucionalmente prevista. Deste modo, o Direito Penal só deve intervir para cuidar da pessoa quando seus valores individuais e a capacidade de expressar e praticar suas vontades de maneira autônoma e livre se encontrem em situação de ameaça por terceiros ou que já tenham sido lesadas. Partindo dessa posição, se lembrarmos que o bem jurídico é elemento de caráter essencialmente limitador às vontades legislativas e não o contrário, isto é, legitimador dos mais variados desejos daqueles que elaboram as leis e, como consequência, da própria sociedade, precisamos entender até que ponto o consentir com a lesão de um bem jurídico da própria titularidade ofendido e a proteção estatal reservada a este mesmo bem podem ser conciliadas.

Tal como Welzel e Jescheck, citados na seção anterior, Juarez Cirino dos Santos, esclarece que o consentir pode se manifestar como a) excludente de tipicidade ou b) excludente de antijuridicidade. E que, perante a dogmática atual, há duas formas de manifestação – exteriorização – do consentimento: o real e o presumido. Neste último, o agente, por conta das circunstâncias que lhe são apresentadas, acredita – no plano subjetivo – que o ofendido objetivamente há de concordar com a ação. A natureza desta aquiescência é discutível, já que se situa em ponto limítrofe entre o estado de necessidade e o consentimento real. O agente, geralmente, atua no interesse do ofendido, entendendo que a ação, ainda que não tenha sido expressamente autorizada, é proveitosa ao último e aguardar a sua manifestação de vontade pode ser prejudicial – daí a proximidade com o estado de necessidade. A presunção, para tais casos, é relativa,²³⁵ já que o conhecimento dos verdadeiros interesses do terceiro não funcionaria como causa de justificação para aquele que pratica o ato. O consentimento presumido é, de acordo com o autor, apontado como excludente de antijuridicidade de maneira consensual pela doutrina penalista.

[...] o consentimento presumido pode ser definido mediante duas hipóteses clarificadoras, como mostra HAFT: a) o consentimento não foi obtido, mas o titular do bem jurídico consentiria, se perguntado: por exemplo, cirurgia urgente em vítima inconsciente de acidente; não obstante, o consentimento não deve ser presumido, se a manifestação de vontade do paciente pode, sem prejuízo, ser esperada); b) o consentimento do titular do bem jurídico poderia ser obtido, mas é desnecessário ou

²³⁴ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Argentina: Euros Editores S.R.L., 2003. p. 123.

²³⁵ “A presunção absoluta (*iuris et de iure*) é aquela que não admite prova em contrário; já a presunção relativa (*iuris tantum*) a admite.” Cf: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 124.

mesmo absurdo: por exemplo, entrar na casa alheia para apagar incêndio; contudo, o consentimento não pode ser presumido se o autor conhece vontade contrária do portador do bem jurídico: o proprietário não aceitaria, por razões pessoais, a entrada do autor na casa, em nenhuma hipótese.²³⁶

Por outro lado, ensina que o consentimento real tem características que suscitam extensa discussão, sobretudo em relação a seu alcance. De início, cumpre destacar que, quando se fala desta forma de concordância com eventual lesão do bem jurídico, ela deve ser manifestada de forma clara, inequívoca e livre, isto é, sem possibilidade de interpretação diversa e sem qualquer vício na manifestação da vontade. A autonomia individual, para ser exercida de forma plena, deve ser fruto de uma compreensão completa acerca dos riscos envolvidos com tal anuência e deve perdurar durante todo o ato performado pelo terceiro. Após a concessão do consentimento, se o titular vier a desautorizar o terceiro, durante ou mesmo antes do início da eventual lesão – ou risco de lesão –, a prática imediatamente deixa de ser consentida.

De maneira minoritária, Cirino compreende que o consentimento real será uma **excludente de tipicidade** da conduta, tanto quando recair sobre bens jurídicos definidos como disponíveis, tais como a liberdade, sexualidade, propriedade, saúde e integridade física, mas também quando envolver a própria vida do titular. O consentir se mostra uma das possíveis formas de manifestação da autonomia da pessoa, constitucionalmente protegida, e não haveria motivo para se tutelar valores de caráter unicamente individual quando não são do interesse do próprio titular.

A opinião dominante, representada por JESCHECK/WEIGEND, MAURACH/ZIPF e outros, baseada em distinção de GEERDS, define o consentimento real de dois modos distintos: a) o consentimento real sob forma de concordância (Einverständnis) teria efeito excludente do tipo; b) o consentimento real sob forma de consentimento (Einwilligung), teria efeito excludente da antijuridicidade. A opinião minoritária, representada por ROXIN, atribui ao consentimento real exclusivo efeito excludente do tipo porque configura exercício de liberdade constitucional de ação do portador do bem jurídico: se o consentimento real do portador do bem jurídico significa exercício de liberdade de ação, então não pode significar ação típica, com suas funções de *ratio essendi* ou de *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, apesar de excluída pela justificação do consentimento do ofendido.²³⁷

Assim, seguindo estas premissas, entende que a vida também é um valor disponível, sendo possível sua renúncia por parte de seu titular.

O consentimento do titular do bem jurídico – ou consentimento do ofendido – constitui causa supralegal de exclusão da antijuridicidade ou da própria tipicidade porque consiste na renúncia à proteção penal de bens jurídicos disponíveis – ou seja, todos os bens jurídicos individuais, inclusive a vida, em determinadas condições.²³⁸

²³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 267.

²³⁷ *Ibid.* p. 260.

²³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 260.

Para a larga maioria dos autores brasileiros, a vida é considerada um bem jurídico *indisponível*, ou seja, cuja tutela estatal independe da manifestação de vontade por parte de seu titular, uma interpretação que se diz fundamentada no art. 5, *caput*, CF, e nos valores sociais vigentes. Conforme Luiz Regis Prado, dada a extrema importância da vida para a pessoa e para a coletividade, o consentimento do ofendido é uma manifestação irrelevante.

Isso significa, de conseguinte, que configura o delito de homicídio a morte dada a qualquer pessoa, ainda que moribunda prestes a morrer, ou de aspecto monstruoso. Em razão da indisponibilidade e da incontestável magnitude do bem jurídico protegido – a vida humana – é irrelevante, em princípio, o consentimento da vítima.²³⁹

No entanto, em momento distinto, ao defender a posição finalista, o autor pontua que a ação humana só pode ser avaliada quando se concebe o homem como uma pessoa responsável pelas suas vontades e pelas suas escolhas, agindo de maneira livre, responsável e digna.²⁴⁰

De maneira semelhante, Rogério Greco afirma que o consentimento só pode se destinar a bens jurídicos disponíveis. Além da necessidade de que o seu titular tenha capacidade para conceder tal autorização e que ela seja feita de maneira anterior ou, no máximo, simultânea à lesão, esta manifestação de liberdade pessoal não é irrestrita. Não são todos os bens jurídicos-penais titularizados pelo ofendido que podem ser dispostos por ele e, sendo a vida um valor não passível de disponibilização, por certo seria impossível dela dispor. Greco detalha nos seguintes termos as circunstâncias necessárias para a adequada manifestação do consentimento:

Para nós, o consentimento do ofendido somente surtirá o efeito desejado se estiverem presentes três requisitos fundamentais:

- que o ofendido tenha capacidade para consentir;
- que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível;
- que o consentimento tenha sido dado anteriormente ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente.²⁴¹

Temos em Juarez Tavares a mesma concepção sobre a impossibilidade de renúncia à vida, não cabendo a aplicação de eventual excludente de ilicitude e, tampouco, atipicidade para os casos de consentimento do titular. Para o autor, não há uma solução satisfatória que permita a divisão de forma clara entre bens disponíveis e bens indisponíveis. Se utilizarmos como

²³⁹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte geral* – arts. 1º a 120 do CP. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 80. (edição digital).

²⁴⁰ O autor assim coloca: “Não é possível falar-se em eficácia normativa *desconsiderando* as formas peculiares do agir humano, a concepção do homem como ser livre, digno e responsável. Assim, impõe-se ao Estado de Direito, verdadeiramente democrático, reconhecer, respeitar e fazer cumprir tais direitos. Da concepção do homem como um ser responsável, como *pessoa*, emerge o conceito finalista de ação enquanto estrutura lógico-objetiva, realidade ôntica – de ordem atemporal, anespacial e universal –, vinculante e limitativa da atividade legiferante e do arbítrio estatal.” PRADO, *op. cit.*, p. 186. (edição digital).

²⁴¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1, p. 509. (edição digital).

parâmetro a titularidade destes interesses, é de se supor que todos os valores pertencentes à coletividade são inalienáveis, já que são imprescindíveis à manutenção da ordem social. Mesmo nas situações limítrofes, em que há possível lesão tanto à coletividade quanto ao indivíduo isoladamente, o pensamento é semelhante. No entanto, em relação aos bens jurídicos individuais, o traço distintivo envolve, para Juarez Tavares, uma análise dos interesses privados e dos interesses coletivos envolvidos. Ainda que a titularidade de determinado valor seja de um único indivíduo, quando a sua renúncia é capaz de atuar em todo o tecido social, trata-se de uma proteção à qual não cabe renúncia. A vida, portanto, seria sempre indisponível, pois a sua tutela não teria como escopo apenas os desejos do sujeito, mas sim de toda a comunidade.

Quanto à vida, esta é evidentemente irrenunciável. O consentimento quanto ao homicídio poderá atenuar a culpabilidade, mas jamais refletir-se na caracterização do injusto. É que para o Direito Penal, como bem assevera MAURACH, é irrelevante a questão de ser a vida um bem do particular ou da comunidade, pois a proteção que a ela se dá é irrenunciável tanto frente às lesões, quanto frente ao perigo.²⁴²

Eugenio Raúl Zaffaroni, por sua vez, compreende que a tutela estatal nas situações em que há consentimento por parte do ofendido não se coadunam com os valores sociais vigentes na atualidade e contrariam as disposições constitucionais argentinas.²⁴³ Alicerça sua explicação em fundamentos que vão além da teoria da ação humana, sobretudo através da crítica ao emprego desenfreado e injustificado do Direito Penal. A pretensão em se proteger determinados bens, tais como a vida, tem objeto diverso àquele que se declara. Ao se utilizar a construção dogmática do bem jurídico-penal para conferir legitimidade às políticas criminais e ao caráter sancionador do Direito Penal, há um afastamento dos verdadeiros objetivos do instituto. Na realidade, para o argentino, sua função seria a de limitar a aplicação da punição estatal, em conformidade com o caráter fragmentário e subsidiário da legislação criminal. Assim, apesar de pensado como instrumento **limitador** e de proteção individual, o bem jurídico acabou se tornando um **legitimador** das vontades legislativas e permitindo a adoção de políticas que não encontram balizas e suporte idôneos.²⁴⁴

²⁴² TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no Direito Penal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 12, n. 0, p. 258-270, 1969. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v12i0.7163>. Acesso em: 10 maio 2020.

²⁴³ Assim dispõe o citado art. 19 do texto constitucional argentino: “Artículo 19 - Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

²⁴⁴ “La circunstancia de que el concepto limitativo del bien jurídico se haya pervertido hasta derivar en un concepto legitimante, que abre el camino para una ilimitada criminalización, sólo pone de manifiesto la insuficiencia del primero para limitar la criminalización primaria. Es natural que así sea porque, al no poder definir para qué sirve la pena, es imposible distinguir entre poder punitivo legítimo y no legítimo y, por lo tanto, tampoco es posible indicarle al poder político hasta dónde es legítimo criminalizar: simplemente, éste criminaliza hasta donde no hay poder jurídico con fuerza para contenerlo, o sea que el estado de policía siempre avanza hasta

Célebre a afirmação de Franz von Liszt ao dizer que o Código Penal é a Carta Magna do delinquente²⁴⁵ e, por certo, as conclusões sobre o bem jurídico-penal e seu papel perante o sistema criminal invocado por Zaffaroni nos remetem à afirmação do austríaco. O caráter limitativo e teleológico do instituto só começou a ser visto após as revoluções liberais do século XVIII e as futuras reformas sociais do centenário seguinte, com as obras de Feuerbach, Birnbaum e, por fim, em von Liszt. De maneira oposta, quando se fala da tutela penal que determinado bem da vida adquire ao ser identificado também como um “bem jurídico”, o que se consegue é, além da legitimação da atuação daquele que elabora as leis – situação de criminalização primária –, a possibilidade de adoção de medidas judiciais para a contenção e controle social dos indivíduos que não obedecem a tais disposições – criminalização secundária.

Assim, a princípio, todos os bens jurídicos seriam passíveis de disposição quando realizado ato em concordância com as vontades de seu titular. Como posto, o instituto teria a precípua função de limitação do poder estatal, de tal sorte que a autonomia individual deve prevalecer em detrimento à imposição da moralidade popular ou governamental.

*Cuando se pretende separar al bien jurídico de su titular, no se hace otra cosa que destruir o negar el concepto mismo de bien jurídico: si su esencia es la relación de disponibilidad, es imposible negar el valor eximente de la aquiescencia. El desconocimiento de la relevancia de ésta a los efectos de la prohibición es un nuevo esfuerzo por subordinar a la víctima. Cualquier intervención punitiva alcanza un grado intolerable de irracionalidad cuando pretende que el habitante use el bien jurídico sólo en determinada forma; esta pretensión es propia de un estado que no respeta la autonomía de la conciencia (la persona) ni el concepto personalista del derecho, sino de un derecho transpersonal que subordina al humano a metas trascendentes de su humanidad, es decir, idolátricas (la raza, la nación, la dictadura, el régimen, etc.). La pretendida tutela de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo y, por ende, es violatoria del art. 19 constitucional.*²⁴⁶

donde el estado de derecho se lo permite.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. Argentina: Ediar Sociedad Anónima, 2002. p. 487.

²⁴⁵ No original, a clássica afirmação de Von Liszt é assim colocada: “*Nach meiner Meinung ist, so paradox es klingen mag, das Strafgesetzbuch die magna charta des Verbrechers. Es schützt nicht die Rechtsordnung, nicht die Gesamtheit, sondern den gegen diese sich auflehrenden Einzelnen. Es verbietet ihm das Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen und nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen bestraft zu werden. Der Doppelsatz: nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege — ist das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt, gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehrheit, gegenüber dem ‘Leviathan’. Ich habe seit Jahren das Strafrecht gekennzeichnet als ‘die rechtlich begrenzte Strafgewalt des Staates’. Ich kann jetzt auch sagen: das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik. Und es wird und soll das bleiben, was es heute ist*” LISZT, Franz Eduard Ritter Von. *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band 2, 1892 bis 1904, Berlin, New York: De Gruyter, 2011. cap. 17. p. 80. <https://doi.org/10.1515/9783110901085>.

²⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002. p. 499.

No entanto, ao discorrer sobre a eutanásia e o suicídio assistido, Zaffaroni propõe entendimento diverso. Explica que há um equívoco no emprego corrente da linguagem, confundindo **disponibilidade** com **destruição**. A vida, por exemplo, é disposta a todo instante por seu titular, já que o próprio viver corresponde a seu uso em conformidade com os desejos e vontades de seu portador. Há, deste modo, seu aproveitamento de maneira autônoma e que não pode ser impedida ou sancionada pelo Estado. Porém, quando alguém se propõe a tirar a vida de outrem ou lhe ajudar a que o faça, não estamos diante de disposição do bem, mas sim de sua destruição, pouco importando o consentimento do ofendido. Assim, o jurista entende que só seria correta a prática do suicídio quando realizada sem qualquer auxílio de terceiros, sendo a eutanásia e o suicídio assistido incompatíveis com a ordem jurídica vigente.

Este malentendido deriva de la identificación de disposición con destrucción. La destrucción es un límite -poco usual- de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho la forma ordinaria de disponibilidad es el uso o aprovechamiento del objeto de la relación. En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. Los casos a que usualmente se apela para negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad son el suicidio y la destrucción del estado. Cabe observar que son dos supuestos en que el sujeto pierde de una vez y para siempre todos los bienes jurídicos y no sólo la vida o el estado: en el primer caso desaparece el sujeto; en el segundo, la protección jurídica. De allí que en el caso del suicidio pueda exigirse el recaudo de que, por lo general, sólo sea legítima la práctica directa por el propio sujeto.²⁴⁷

Para o autor, como um proprietário da vida, o seu titular poderia usar e fruir do seu bem, mas não poderia dispô-lo, já que, após o falecimento, o próprio sujeito de direito desaparecia. Dito desta forma e no contexto construído pelo jurista, a explanação parece contraditória em alguns pontos. Isto pois enquanto alguns autores argumentam que a vida é bem indisponível e, portanto, sua lesão ultrapassaria os limites capazes de serem determinados pelo simples consentimento do ofendido, há pensamento oposto, afirmando que tal restrição não existiria, por serem todos os bens passíveis de disposição. Os bens jurídicos individuais seriam unicamente do interesse pessoal e não devem servir para satisfação da coletividade. Outrossim, quando há clara e inequívoca manifestação de autodeterminação por parte de seus titulares, não haveria razão para se falar sobre eventual proteção e sanção estatais.

A despeito do robusto debate sobre os fundamentos do bem jurídico-penal e dos possíveis equívocos em seu emprego, o que se vê, ao fim, é que a tese de Zaffaroni busca conferir respaldo restrito à eutanásia e por meio da justificação do ato e não através da atipicidade da conduta. De acordo com o autor, a prática de tais ações pode se dar em contextos que permitem a aplicação da excludente da antijuridicidade, já que a vontade (*determinación*)

²⁴⁷ *Ibid.* p. 489 e 490.

do ofendido se revelaria, na verdade, uma forma de exercício regular do direito à integridade física, como se pode ver:

*La privación de una vida a requerimiento de quien padece una enfermedad irreversible con sufrimientos que no pueden ser evitados por otros medios plantea un interrogante relativo a la extensión del derecho a la integridad física y, por tanto, a la determinación de una causa de justificación para la eutanasia [c]". Se sostiene que en los casos más claros, en que el paciente requiere que se ponga fin a su vida en su propio interés, sería permisible proceder con la eutanasia (voluntaria) sea en su forma activa o pasiva, cuando medie el requerimiento expreso del enfermo.*²⁴⁸

Apesar da indisponibilidade de determinados bens jurídicos, em especial a vida, ser quase unânime na doutrina, a dogmática penal tem sido gradativamente influenciada por novas formas de se pensar a ação humana, sobretudo quando tal avaliação é feita tendo por base os valores morais das sociedades contemporâneas e o papel do Direito Penal neste contexto. As teorias desenvolvidas nas últimas décadas, sobretudo as de Claus Roxin, têm feito com que alguns paradigmas já solidificados sejam reavaliados e, em determinados casos, substituídos.²⁴⁹ De acordo com Rodrigo Fragoso, a tese do jurista alemão, ainda que minoritária, traz uma leitura interessante sobre o consentimento e seu papel dentro da teoria do delito, mostrando que Roxin entende que:

[...] o consentimento do ofendido, no entanto, exclui sempre a tipicidade porque constituiria *legítimo exercício do direito de liberdade de ação* do indivíduo. Se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento dos indivíduos – afirma o ilustre catedrático da Universidade de Munique – não pode existir lesão alguma do bem jurídico quando uma ação se baseia numa disposição do próprio portador do bem jurídico.²⁵⁰

Em estudo sobre a ortotanásia, Miguel Reale Júnior explica que, para o jurista alemão, o consentimento não se manifesta como causa excludente de antijuridicidade, já que não haveria, nestas situações, um efetivo conflito de interesses como nas demais excludentes. Não existiria, deste modo, oposição entre o interesse social de proteção de determinado bem

²⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002. p. 641, grifo do autor.

²⁴⁹ Como se sabe, Claus Roxin é ligado à corrente funcionalista, também chamada de corrente normativista, em sua vertente teleológica ou moderada. Em contraponto às teorias finalistas, o funcionalismo busca conferir maior legitimidade ao Direito Penal por meio da adoção de conceitos e objetivos de política-criminal na teoria do delito. Conforme Luiz Regis Prado: “O Direito Penal é mais a forma em que as finalidades político-criminais se transformam em módulos de vigência jurídica. Dentro dessa perspectiva, atribuem-se funções político-criminais a cada categoria do delito: atribui-se à ação uma função limitativa; preventivo-geral e garantista ao tipo; solução de conflitos sociais e de unidade da ordem jurídica à ilicitude e realizadora da política criminal da finalidade da pena à culpabilidade.”. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 179 e 180. (edição digital).

²⁵⁰ FRAGOSO, Rodrigo. *O consentimento do ofendido*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/arquivo64.pdf>. Acesso em: 15 maio 2020.

jurídico-penal, como a vida, e a manifestação de autonomia e de autodeterminação do titular daquele bem.²⁵¹

Resumindo, o direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. Em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto. Noutras palavras, não existe a obrigação constitucional de viver, haja vista que, por exemplo, o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio. Ninguém pode ser processado criminalmente por tentar suicídio. Nessa ordem de idéias, a Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a cirurgia ou tratamento.²⁵²

Roxin dá ao bem jurídico contornos semelhantes àqueles de Zaffaroni, ao dizer que o Direito Penal possui uma função social específica e, tal como outros ramos da ordem jurídico, é esta finalidade que legitima a intervenção legal. No caso do Direito Penal, “consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura”²⁵³, de modo que nos Estados Democráticos de Direito estes são seus limites. Sua atuação se dá por meio de seu conjunto de leis e de instituições, em que se busca a proteção de objetos, materiais ou incorpóreos, necessários ao desenvolvimento pleno da personalidade e da individualidade de cada um. Assim, para o autor:

Sobre a base das reflexões anteriores, podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.²⁵⁴

Mesmo quando consideramos que o bem jurídico pode ser criado pelo legislador, é obrigatório que exista na tutela uma efetiva necessidade de proteção do indivíduo. Valores puramente ideológicos ou a simples lesão à moralidade não são, como pontua Roxin, suficientes para legitimar a intervenção penal. Do mesmo modo, são equivocadas as normativas que proíbem condutas com fundamentos tautológicos – veda-se o consumo de drogas pois isso atentaria contra as regras sociais sobre consumo de entorpecentes, por exemplo – ou então sem

²⁵¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento – ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, jul./ago, 2016.

²⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul. TJRS – ApCiv 70054988266 – 1.ª Câmara. Civ. – j. 20.11.2013 – v.u. – rel. Des. Irineu Mariani – Área do Direito: Constitucional; Civil. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70054988266&ano=2013&codigo=2051055. Acesso em: 10 ago. 2021.

²⁵³ ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 16.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 17.

efetivo lastro com a realidade ou baseadas em termos imprecisos e vagos. Porém, dentre as ressalvas pontuadas pelo autor, a mais hábil em demonstrar uma provável incoerência na abordagem atual do Direito Penal sobre as escolhas individuais acerca das formas de morrer, em especial a eutanásia e o suicídio assistido, é aquela em que Roxin critica o excessivo e injustificável paternalismo estatal em relação às escolhas de pessoas completamente capazes de decidir de forma livre e esclarecida sobre suas condições:

A consciente autolesão, em sexto lugar, como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo. Um paternalismo estatal, enquanto este deva ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais que não compreendem corretamente o risco para si). Isso é assim. A participação no suicídio não deve ser punível, como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com a morte tomou sua decisão em um estado de total responsabilidade; isto é uma questão de grande importância na moderna discussão sobre a eutanásia.²⁵⁵

Ao fim, convém assinalar a discussão de Juarez Cirino acerca da prática da eutanásia.²⁵⁶ Como exposto anteriormente, o autor, *a contrario sensu*, assevera que não há bens jurídicos indisponíveis, de tal sorte que a vida seria passível de renúncia por seu titular, tanto de forma expressa – manifestação da **vontade real** – quanto de forma tácita – quando, em condições de inconsciência, a **vontade presumida** se infere por meio de indicadores anteriores. Entendemos que, neste último caso, a conduta, mesmo quando comissiva e quando a situação do doente é irreversível e incurável, poderia ser interpretada como não-distanásia, havendo uma área de intersecção entre esta prática e a eutanásia, em que se evita a adoção de medidas pouco úteis ao sujeito.

De outro modo, inferir que alguém deseja acelerar ativamente o caminhar para a morte sem a presença de dados clínicos desfavoráveis e sem a manifestação expressa e inequívoca de vontade por parte do sujeito é, no mínimo, questionável. Ora, o suicídio tentado não é consumado pela equipe médica simplesmente porque o indivíduo se encontra inconsciente e deixou patente seu desejo de morrer. Os exemplos utilizados por Cirino para ilustrar estas circunstâncias envolvem condições como o desejo de não permanecer em situação de coma prolongado ou de paralisia, decisões estas próprias de um testamento vital. Daí que, em tais

²⁵⁵ ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 23.

²⁵⁶ Para Juarez Cirino, “[a] decisão sobre eutanásia, como homicídio por desejo da vítima – um fato de pequena frequência estatística –, depende de uma questão crucial: quem determina quem? O estudo da eutanásia começa pelo exame da posição da vítima, caracterizada pela vontade real ou presumida de morrer, e termina pelo exame do comportamento do autor, fundado na exclusiva vontade da vítima, mediante ação (ou ajuda ativa) ou omissão de ação (ou ajuda passiva).” SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 269.

momentos, entendemos que a vontade não é presumível, mas sim já foi manifestada anteriormente, mesmo que verbalmente.

Cirino ainda lembra que a relação entre médico e paciente é pautada pelos deveres de manutenção da vida, da redução do sofrimento, da oferta da melhor terapêutica e do respeito à autonomia individual. E que, perante a *lex medica*, a prática de eutanásia, por necessitar da intervenção ativa do profissional, é inaceitável, já que contraria as primeiras obrigações citadas. De tal sorte, em termos éticos-profissionais, somente a adoção de eventuais medidas passivas, sobretudo quando presentes condições clínicas desfavoráveis ou de terminalidade, são permitidas.

Nas sociedades contemporâneas, como se viu, o bem jurídico se presta, primordialmente, a atuar como um limitador ao exercício do poder de sanção estatal. No mesmo sentido, os direitos e garantias fundamentais se concretizam como formas de proteção individuais em face aos desejos e ímpetos da maioria, dificultando o avanço sobre esferas essencialmente privadas e indispensáveis aos seres humanos. Dignidade humana e autonomia vêm, de maneira complementar, conferir substrato e justificativa à existência de tais salvaguardas. O homem deve ser respeitado pois é capaz de pensar de forma livre e coerente, de guiar seus comportamentos, de ter autoconsciente sobre si e sobre a realidade que o cerca e de traçar planos para si na busca pelos seus objetivos e pela sua realização como pessoa. As discussões sobre a renúncia da vida e a escolha da forma de morrer são, por certo, temas dos mais delicados para a ciência jurídica, tanto sob a ótica penal quanto constitucional.

As propostas de mudança legislativas atualmente em discussão, em especial do Código Penal, parecem, pelo menos naquilo se buscou analisar durante este estudo, se distanciar de preceitos constitucionais consagrados e mostram, de certa forma, uma interpretação equivocada dos valores postos pelo constituinte no documento jurídico-político mais importante da nação. A tipificação da eutanásia como delito autônomo é, dentre outros, indicativo deste fenômeno e merece atenção especial por parte dos juristas, dos médicos e da sociedade como um todo.

O Direito Penal, enquanto parte do ordenamento jurídico, não pode ser construído e praticado de forma desconectada da Constituição Federal, em especial dos fundamentos e dos direitos e garantias ali previstos. Pelo contrário, a aplicação da sanção penal deve sempre ser a última escolha nas sociedades modernas, seu emprego o mais parcimonioso possível e, sobretudo, sempre que o Estado entende que há necessidade da intervenção penal, deve se perguntar se tal atitude é coerente com as previsões constitucionais.

A dignidade humana, enquanto metanorma, não exerce sua influência apenas sobre os demais dispositivos do Texto Magno, mas também o faz sobre o *codex* penalista e, portanto,

sobre os tipos penais e os bens jurídicos ali, em tese, protegidos. Assim, é a partir dela que a limitação estatal deve ser estruturada, de forma a se evitar excessos e a possível adoção de medidas que escapam do verdadeiro âmbito de proteção das normas penais.

Este trabalho não busca por um ponto final à questão, mas sim fomentar o debate, o qual tem sido negligenciado, com fulcro, na maior parte dos casos, numa pretensa indisponibilidade de determinados interesses. No entanto, no contexto ético normativo e de política criminal das sociedades contemporâneas, entendemos que justificar a impossibilidade da prática da eutanásia e do suicídio assistido com base nos argumentos levantados anteriormente, que se aproximam de preceitos de direito natural e de dogmas religiosos, não parece ser a saída mais sensata.

7 CONCLUSÕES

Os seres humanos têm, mesmo nas sociedades menos favorecidas em termos econômicos, vivido por mais tempo e com mais conforto e autossuficiência. Ainda assim, existem limites biológicos que se impõem perante todas as populações, inclusive naquelas com maior acesso a serviços de atenção à saúde, de tal modo que o perecimento do ser vivo, enquanto matéria, continua sendo inexorável.

A morte e as escolhas sobre as condições envolvendo o processo de morrer, algo anteriormente pouco debatido, vêm sendo uma temática recorrente em vários ambientes, sobretudo para a bioética, a política, a medicina e o direito.

Nos últimos cinquenta anos, práticas como elaboração de testamento vital, eutanásia e suicídio assistido começaram, paulatinamente, a ser discutidas, permitidas e regulamentadas em algumas nações ao redor do globo, com vistas à valorização das decisões individuais e o pleno exercício da autonomia de cada pessoa.

No entanto, os debates sobre tais questões ainda são polêmicos e inconclusivos, com opiniões antagônicas e, por vezes, radicais e sem adequada fundamentação teórica. O Brasil não escapa a essa regra, sendo, por exemplo, a autorização administrativa dada aos médicos para a adoção de medidas que busquem minimizar a prática de distanásia alvo de intensa controvérsia durante os últimos anos.

A Constituição Federal de 1988 consagrou diversos direitos fundamentais, dentre os quais destacamos a vida e a liberdade. E elevou à condição de fundamento da nação a dignidade humana, como um dos princípios a ser observado em todas as decisões políticas.

O Direito Penal, decorrente de suas características singulares, é sabidamente um ramo jurídico que deve atuar intervindo somente quando demais esferas forem insuficientes e cujo emprego deve ser pautar pelo estritamente necessário à preservação de determinados interesses individuais ou coletivos, os quais a doutrina denomina de bens jurídicos. A função deste instituto, portanto, é limitadora, ao impedir que se empreguem as normas e as sanções penais de maneira desmedida e não criteriosa.

Neste contexto, a posição majoritária atual de que determinados valores individuais, sobretudo a vida, são indisponíveis carece de um exame mais atento. Isto pois consentimento e dignidade humana têm uma íntima relação de dependência, na qual o exercício da autonomia individual passa pelo respeito ao valor intrínseco de cada ser humano.

Por outro lado, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236, de 2012, que busca instituir um novo Código Penal, ao invés de trazer uma leitura mais contemporânea sobre o assunto,

optou por incluir eutanásia como um tipo penal independente e mantém também como prática criminosa o suicídio assistido.

A termo, concluímos que as condições políticas e da moralidade atualmente experimentadas pela sociedade brasileira se mostram pouco propícias ao aprofundamento das discussões sobre as escolhas acerca das formas de morrer. Entendemos, no entanto, que o debate é necessário e que oportunamente terá que ser enfrentado de maneira conjunta e diligente pelos mais variados setores nacionais, em busca de uma solução capaz de dar efetivo cumprimento aos princípios constitucionais e os direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

41% dos brasileiros são contra qualquer tipo de aborto, diz Datafolha. G1, Rio de Janeiro, 11 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/01/11/41-dos-brasileiros-sao-contra-qualquer-tipo-de-aborto-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 25 fev. 2021.

AFONSO, Selene Beviláqua Chaves; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Uma releitura da obra de Elizabeth Kubler-Ross. *Ciência e Saúde Coletiva*. 2013, v. 18, n. 9, p. 2729-2732. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900028&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 mar. 2021.

ALEMANHA. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html. Acesso em: 10 ago. 2021.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZAMBUJA, Leticia Erig Osório; GARRAFA, Volnei. A teoria da moralidade comum na obra de Beauchamp e Childress. *Revista Bioética*, Brasília, v. 23, n. 3, set./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233100>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BACKES, Débora. O que diz a legislação e como funciona a prática do suicídio assistido. *Galileu*, Berlim, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/11/o-que-diz-legislacao-e-como-funciona-pratica-do-suicidio-assistido.html>. Acesso em: 10 maio 2020.

BAHIA, Flavia. *Direito Constitucional*. 3. ed. Recife: Editora Armador, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BATISTA, George Felipe de Moura; FREIRE, Gustavo da Cunha Lima. Análise do ensino da morte e do morrer na graduação médica brasileira. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 15, n. 3, p. 1-13, 2019.

BBC. *Life after death*. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/bitesize/guides/zddbqp3>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BÉLGICA. Law of 22 August 2002 on Patients' Rights. Disponível em: <https://www.health.belgium.be/en/health/taking-care-yourself/patient-related-themes/patients-rights>. Acesso: 15 fev. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. Propriedade que descumpre função social não tem proteção constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 6 dez. 2015. Disponível em: <https://bityli.com/HihFP>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BERNAT, James. Medical futility: definition, determination, and disputes in critical care. *Neurocritical Care*, v. 2, n. 2, p. 198-205, 2005. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1385%2FNCC%3A2%3A2%3A198>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte especial: crimes contra a pessoa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Tratado de Direito Penal, v. 2).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Tratado de Direito Penal, v. 1).

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). *Resolução CFM nº 1.779/2005*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2005/1779>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Parecer nº 2285/2010 CRM-PR. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmpr/pareceres/2010/2285_2010.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1931/2009*. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.480/97 e Resolução nº 2.173/2017*. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf> e http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_908_ResolucaoA1480ACFM.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. Parecer CREMEC nº 06/2008. Disponível em: <https://www.cremec.org.br/pareceres/2008/par0608.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. IPEA. *Nota Técnica nº 11*. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/estupros-no-brasil-uma-radiografia-segundo-os-dados-da-saude>. Acesso em: 2 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. 52 p. (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; Caderno n. 11). Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_mulheres_gestacao_anencefalos.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Sentença*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 3.150 / DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 130*. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 2 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul. TJRS – ApCiv 70054988266 – 1.^a Câ. Civ. – j. 20.11.2013 – v.u. – rel. Des. Irineu Mariani – Área do Direito: Constitucional; Civil. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70054988266&ano=2013&codigo=2051055. Acesso em: 10 ago. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

BUNDESMINISTERIUM für Gesundheit. *Patientenrechte*. Disponível em: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/patientenverfuegung.html>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BVERFG, Judgment of the Second Senate of 26 February 2020 - 2 BvR 2347/15 -, paras. 1-343. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715en.html. Acesso em: 10 ago. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-239/97. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>. Acesso em: 4 out. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2,

CARDOSO, Marco Aurélio. Liberdade negativa: uma reflexão contemporânea. *Projetos – UFG*. Disponível em: https://projetos.extras.ufg.br/conpeex/2006/porta_arquivos/posgraduacao/0545193-MarcoAur%C3%A9lioCardoso.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natália Regina. *Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia*: análise das recentes resoluções do CFM e do anteprojeto de Código Penal de 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74249bfb36330626>. Acesso em: 22 ago. 2021.

CASELLA, Claudia *et al.* Unreasonable obstinacy: Ethical, deontological and forensic medical problems. *Journal of Public Health Research*, v. 7, n. 3, p. 1460. Dec. 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6321943/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Exposição de motivos da Resolução nº 1.805, de 9 de novembro de 2006*. Disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidade-da-vida.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). *Testamento vital*. 2017. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Noticias&id=4547>. Acesso: 6 jan. 2021.

CONVENÇÃO para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-proteccao-dos-direitos-do-homem-e-da-dignidade-do-ser-humano-face-22>. Acesso em: 15 fev. 2021.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A Dignidade Humana – Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CRIMMINS, Eileen. Lifespan and Healthspan: Past, Present, and Promise. *The Gerontologist*, v. 55, n. 6, p. 901–911, Dec. 2015. DOI 10.1093/geront/gnv130. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4861644/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

CRIST, Carolyn. *Over one third of U.S. adults have advanced medical directives*. Healthcare & Pharma, 11 July, 2017. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-usa-advance-directives/over-one-third-of-u-s-adults-have-advanced-medical-directives-idUSKBN19W2NO>. Acesso: 15 fev. 2021.

DADALTO, Luciana; GONSALVES, Nathalia Recchiutti. Wrongful prolongation of life: um novo dano para um novo paradigma de proteção da autonomia. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 271-282, jul./set. 2020.

DAVIS, Nicola. Euthanasia and assisted dying rates are soaring. But where are they legal? *The Guardian*, Inglaterra, 15 de July 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2019/jul/15/euthanasia-and-assisted-dying-rates-are-soaring-but-where-are-they-legal>. Acesso em: 10 maio 2020.

DE GEORGIA, Michael A. History of brain death as death: 1968 to the present. *Journal of Critical Care*, v. 29, n. 4, p. 673-678, 2014.

DEATON, Angus. *The Great Escape – 2. From Prehistory to 1945*. Princeton: Princeton University Press, 2013. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9781400847969-004/html>. Acesso em: 10 mar. 2021.

DETRAIT, Eric *et al.* Human neural tube defects: developmental biology, epidemiology, and genetics. *Neurotoxicol Teratol*. v. 27, n. 3, p. 515-524, 2005. DOI:10.1016/j.ntt.2004.12.007.

Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2727639/>. Acesso em 20 Mar. 2021.

DEZUTTER, Jessie *et al.* The Role of Religion in Death Attitudes: Distinguishing Between Religious Belief and Style of Processing Religious Contents. Katholieke Universiteit Leuven. DOI: 10.1080/07481180802494289. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19140293/>. Acesso em: 26 fev. 2021.

DIGNITY IN DYING. *Assisted Dying in Oregon – Twenty years of a safe and effective law*. Disponível em: https://cdn.dignityindying.org.uk/wp-content/uploads/DiD_ASSISTED-DYING-IN-OREGON_REPORT_AW_9_SINGLE-PAGES.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

DUNKERR, Christian Ingo Lenz. Teoria do luto em psicanálise. *Revista PsicoFAE: Pluralidades em Saúde Mental*, v. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistapsicofae.fae.edu/psico/article/view/226>. Acesso em: 10 ago. 2021.

EKORE, Rabi Ilemona; LANRE-ABASS, Bolatito. African Cultural Concept of Death and the Idea of Advance Care Directives. *Indian J Palliat Care*, v. 22, n. 4, p. 369-372, 2016. Doi: 10.4103/0973-1075.191741.

Em 2019, expectativa de vida era de 76,6 anos. *Agência IBGE Notícias*, [Rio de Janeiro?], 26 nov. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos>. Acesso em: 10 mar. 2021.

ESPANHA. *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>. Acesso: 15 fev. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado do Oregon. *Oregon Revised Statute*: Oregon's Death with Dignity Act. Disponível em: <https://bityli.com/1sZ5f>. Acesso em: 10 ago. 2021.

FELIX, Zirleide Carlos *et al.* Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, set. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900029. Acesso em: 15 mar. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Julia Messina Gonzaga; NASCIMENTO, Juliana Luperini; SÁ, Flávio César de. Profissionais de saúde: um ponto de vista sobre a morte e a distanásia. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Brasília, v. 42, n. 3, p. 87-96. 2018.

FLEW, Antony Garrard Newton. Agnosticism. In: *Encyclopedia Britannica*. 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/agnosticism>. Acesso em: 25 fev. 2021.

FRAGOSO, Rodrigo. *O consentimento do ofendido*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/arquivo64.pdf>. Acesso em: 15 maio 2020.

GOGLIANO, Daisy. Pacientes terminais: morte encefálica. *Revista Bioética*, Brasília, v. 1, n. 2, Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493. Acesso em: 25 fev. 2021.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 2.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1.

HARVARD MENTAL HEALTH LETTER. *Beyond the five stages of grief*. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3sxjaiG>. Acesso em: 15 mar. 2021.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 199.

HOLANDA. *Euthanasia, assisted suicide and non-resuscitation on request*. Disponível em: <https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>. Acesso em: 15 fev. 2021.

HOLANDA. *Letter of 12 October 2016 from the Minister of Health, Welfare and Sport and the Minister of Security and Justice to the House of Representatives on the government position on 'completed life'*. Disponível em: <https://www.government.nl/binaries/government/documents/letters/2016/10/12/the-government-position-on-completed-life/government+position+on+%27completed+life%27.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

HOLLAND'S Euthanasia Law. Patients Rights Council. Disponível em: http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/05/Dutch_law_04_12.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

HONG, C. Y.; GOH, L. G.; LEE, H. P. The Advance Directive – A Review. *Singapore Medical Journal*, v. 37, 1996. p. 411.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: arts. 11 a 27*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Espanha: Imprensa, 2002.

JONG, Jonathan *et al.* The religious correlates of death anxiety: a systematic review and meta-analysis. *Religion, Brain & Behavior*, v. 8, n. 1, p. 4-20, 2008. DOI: 10.1080/2153599X.2016.1238844.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KORSGAARD, Christine. *Fellow Creatures – Our Obligations to the Other Animals*. New York: Oxford University Press, 2018. Edição digital.

LAM, Kristin. Maine legalizes medically assisted suicide, joining seven other states and District of Columbia. *USA Today*. Estados Unidos da América, 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.usatoday.com/story/news/nation/2019/06/12/maine-medically-assisted-suicide-legalization-eighth-state/1438468001/>. Acesso em: 10 maio 2020.

LISZT, Franz Eduard Ritter Von. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band 2, 1892 bis 1904, Berlin, New York: De Gruyter, 2011. cap. 17. DOI: <https://doi.org/10.1515/9783110901085>.

LOCKE'S Political Philosophy. In: STANFORD Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/locke-political/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

LUPER, Steven. Death. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2019 Edition, Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/death>. Acesso em: 26 fev. 2021.

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

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Menina de 10 anos estuprada pelo tio no Espírito Santo tem gravidez interrompida. *G1*, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/peernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>. Acesso em 2 set. 2021.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Canadá: Batoche Books, 2001.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; HARTZ, Zulmira Maria de Araújo; BUSS, Paulo Marchiori. Debate – Qualidade de vida e saúde: um debate necessário. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 5, n. 1, 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232000000100002>.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Argentina: Euros Editores S.R.L., 2003.

MITSIS, Phillip. *When Death Is There, We Are Not: Epicurus on Pleasure and Death*. In: BRADLEY, Ben Fred Feldman; JOHANSSON, Jens (ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of Death*. New York: Oxford University Press, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NAGEL, Thomas. Death. *Mortal Questions*. [Cambridge?]: Cambridge University Press, 1979.

NEME, Bussâmara. Ovulação, fecundação, migração e nidação ovular. In: _____. (org.). *Obstetrícia básica*. 3. ed. São Paulo: Sarvier, 2006.

NIELSEN, Kai. Atheism. In: *ENCYCLOPEDIA Britannica*. 29 dez. 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/atheism>. Acesso em: 25 fev. 2021.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: um ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Edição digital.

ORENTLICHER, David. The Alleged Distinction between Euthanasia and the Withdrawal of Life-Sustaining Treatment: Conceptually Incoherent and Impossible to Maintain. (1998). *Scholarly Works*. 1166. Disponível em: <https://scholars.law.unlv.edu/facpub/1166>. Acesso em: 22 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global Atlas of Palliative Care da Worldwide Hospice Palliative Care Alliance (WHPCA)*. Londres: [S. n.?] 2. ed. 2020. Disponível em: <http://www.thewhpc.org/resources/global-atlas-on-end-of-life-care>. Acesso em 20 et. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

PESSINI, Léo. Distanásia: até quando investir sem agredir? *Revista Bioética*, Brasília, v. 4, n. 1, 1996. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394. Acesso em: 18 ago. 2021.

PHYSICIAN-Assisted Suicide Fast Facts. *CNN*, [Estados Unidos da América], 1 ago. 2019. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2014/11/26/us/physician-assisted-suicide-fast-facts/index.html>. Acesso em: 10 maio 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e justiça internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PLATÃO. *The Apology*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 2005.

PORTUGAL. *Lei n.º 25, de 16 de julho de 2012*. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/179517/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2025/2012+de+16+de+julho>. Acesso em: 15 fev. 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 249 do CP*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

RADBRUCH, Lukas *et al.* Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care. *Palliative Medicine*, v. 30, n. 2, p. 104–116, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1177/0269216315616524>.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento – ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 207-222, jul./ago. 2016.

REGO, Sergio; GOMES, Andréia Patrícia; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. Bioética e humanização como temas transversais na formação médica. *Revista Brasileira de Educação Médica*, v. 32 n. 4, p. 482-491, dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-55022008000400011>.

REINO UNIDO. *Mental Capacity Act 2005*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents>. Acesso em: 15 fev. 2021.

RIVERA, Tania. Luto e melancolia, de Freud, Sigmund: entre dor e deleite. Crítica. *Novos estudos CEBRAP*, n. 94, p. 231-237, nov. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002012000300016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/SKPG96FFGB6qtfGzgHkTpkP/?lang=pt>. Acesso em: 10 ago. 2021.

ROSER, Max; ORTIZ-OSPINA, Esteban; RITCHIE, Hannah. OUR WORLD IN DATA. *Life Expectancy*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/life-expectancy>. Acesso em: 10 mar. 2021.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do direito penal. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL EM HOMENAGEM A CLAUS ROXIN, 2012, Rio de Janeiro. Conferência realizada no dia 7 de março de 2012 no encerramento do. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>. Acesso em? 20 mar. 2021.

ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SABATINO, Charles P. The Evolution of Health Care Advance – Planning Law and Policy. *The Milbank Quarterly*, v. 88, n. 2, 2010, p. 211-239. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2980344/pdf/milq0088-0211.pdf>. Acesso: 6 jan. 2021.

SANTANA, Marcus Vinícius Martins de Castro; CANÊDO, Fernanda Margonari Cabral; VECCHI, Ana Paula. Anencefalia conhecimento e opinião dos médicos ginecologistas-obstetras e pediatras de Goiânia. *Revista Bioética*, Brasília, v. 24, n. 2, 374-85, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1983-80422016242138>.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Conceito médico-forense de morte. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, p. 341-380. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67369>. Acesso em: 18 ago. 2021.

SARAH, Vilpert Saraha *et al.* Social, cultural and experiential patterning of attitudes and behaviour towards assisted suicide in Switzerland: evidence from a national population-based study. *Swiss Medical Weekly*. 2020; 150:w20275. Published 1 July 2020. DOI: <https://doi.org/10.4414/smw.2020.20275>.

SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. Edição digital.

SARLET, Ingo Wolfgang. A lei fundamental da Alemanha aos 70 anos: vale apenas comemorar. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar>. Acesso em: 5 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Hungry Minds, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

STOBBE, Emanuel Lanzini. Um debate sobre o conceito kantiano de “fim em si mesmo”: Um conceito descritivo ou normativo? *Estudos Kantianos*, Marília, v. 5, n. 1, p. 407-428, jan./jun. 2017. DOI: <https://doi.org/10.36311/2318-0501.2017.v5n1.28.p407>.

SUPREMA corte da Alemanha permite suicídio assistido. *Deutsche Welle*, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3YSMo>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SUPREME COURT OF NEW JERSEY. *Matter of Karen Quinlan, An Alleged Incompetent*. 355 A. 2D 647 Argued Jan. 26, 1976. Decided March 31, 1976. (abridged). Disponível em: <https://practicalbioethics.org/case-studies-study-guide-matter-of-quinlan.html>. Acesso: 6 jan. 2021.

TAMADA, Jacqueline Kaori Tozaki *et al.* Relatos de médicos sobre a experiência do processo de morrer e a morte de seus pacientes. *Rev Med*, São Paulo, v. 96, n. 2, p. 81-7, abr./jun. 2017.

TAVARES, André Ramos. *Direito à vida*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no Direito Penal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 12, n. 0, p. 258-270, 1969. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v12i0.7163>.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

THE BELGIAN Act on Euthanasia of May, 28th 2002. *European Journal of Health Law* 10: 329-335, 2003. Disponível em: <https://apmonline.org/wp-content/uploads/2019/01/belgium-act-on-euthanasia.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

THE LAW: A Life in the Balance. *Time*, 3 nov. 1975. Disponível em: <http://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,913631,00.html>. Acesso: 6 jan. 2021.

TYRELL, Patrick; HARBERGER, Seneca; SIDDIQUI, Waquar. Stages of Dying. *StatPearls. Treasure Island (FL): StatPearls*. 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK507885/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Uniform Determination Of Death Act*. Disponível em: <https://bit.ly/32udxGT>. Acesso em: 25 fev. 2021.

WASSMER, Thomas. Between life and death: ethical and moral issues involved in recent medical advances. *Villanova Law Review*, v. 13, Iss. 4 [1968], Art. 8. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1803&context=vlr>. Acesso em: 10 fev. 2021.

WATSON, Max *et al.* *Oxford Handbook of Palliative Care*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2019.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Argentina: Roque Depalma Editor, 1956.

WOOD, Jade; MCCARTHY. Majority of Americans Remain Supportive of Euthanasia. *Gallup*, 12 June 2017. Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/211928/majority-americans-remain-supportive-euthanasia.aspx>. Acesso em: 10 ago. 2021.

WORLD FEDERATION RIGHT TO DIE SOCIETIES. Dutch Euthanasia Law Guidelines. Disponível em: <https://wfrtds.org/dutch-euthanasia-law-guidelines/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *International Guidelines for the Determination of Death – Phase I*. May 30-31, 2012. Montreal. Forum Report. Disponível em: <https://www.who.int/patientsafety/montreal-forum-report.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Smallpox vaccines. 31 maio 2016. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/smallpox-vaccines>. Acesso em: 10 mar. 2021.

WORLD POPULATION REVIEW. *Religion by Country 2021*. Disponível em: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/religion-by-country>. Acesso em: 15 fev. 2021.

WORLDMETER. *Life Expectancy of the World Population*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/demographics/life-expectancy/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.

ZURRIARÁIN, Roberto Germán. Between euthanasia and therapeutic obstinacy: palliative care. *Hospice and Palliative Medicine International Journal*, v. 4, n. 1, p. 9–12, 2020. Disponível em: <https://medcraveonline.com/HPMIJ/HPMIJ-04-00178.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.