



FERNANDA PONCE CORREA DA COSTA

## EUTANÁSIA PRECOCE:

# Das questões relativas à (in)capacidade decisória do menor de idade no Direito Penal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),  
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-  
Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade.

JULHO/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**FERNANDA PONCE CORREA DA COSTA**

***EUTANÁSIA PRECOCE:***

***Das questões relativas à (in)capacidade decisória***

***do menor de idade no Direito Penal***

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade.

COIMBRA  
2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha mãe Regina, que sempre me deu o incentivo necessário para continuar quando tive vontade de desistir. Ao meu querido pai Mário João (*in memoriam*), amigo de todas as horas e meu maior exemplo na área acadêmica. Ao meu marido Igor que aceitou, enquanto eu concluía o mestrado, a distância entre dois continentes, sempre com palavras de incentivo e companheirismo. Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Costa Andrade, que não só me passou valiosas lições de direito penal, mas também me ensinou muito sobre a vida com sua humildade e sabedoria. Em especial, agradeço a Deus, que não só me deu forças para tolerar a saudade, como me mandou meu maior presente enquanto eu elaborava a presente dissertação: o Bento, meu filho.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a eutanásia precoce e infantil, ou seja, aquela praticada em bebês, crianças e adolescentes, de forma a abordar questões de ordem prática relativas à autonomia do menor de idade e a validade do consentimento oferecido. Esse estudo faz-se necessário em especial após a promulgação da legislação Belga (em fevereiro de 2014) que permite a eutanásia ativa sem limite mínimo de idade. Ao contrário da legislação holandesa, que já permitia a eutanásia infantil, mas com limitação mínima de idade (12 anos), os legisladores belgas optaram por não restringir o direito de escolha por questões puramente etárias. Assim, as legislações holandesa e belga trazem novas questões sobre uma antiga discussão: a autonomia para pedir o encerramento da vida deve alcançar a pessoa que qualquer idade? Como validar o pedido de uma pessoa incapaz legalmente? No desencontro dos desejos dos pais (responsáveis) e dos filhos menores, como e quem deve decidir? Para melhor resultado do estudo proposto serão analisadas as legislações de países que já admitem a eutanásia precoce, e ainda os tratados internacionais que preveem respeito à liberdade de autonomia do paciente para consentir ou não no tratamento médico, em especial no que tange aos menores de idade (incapazes legalmente, via de regra). Como a eutanásia ativa é amplamente proibida nos mais diversos países do mundo, serão tratadas, ainda, as prováveis imputações penais que possam vir a recair sobre aqueles que realizam o procedimento da boa morte, em especial quando o paciente é menor de idade.

**Palavras-chave:** eutanásia precoce; testamento vital; consentimento; menor de idade; incapacidade.

## **ABSTRACT**

This study aims to study early and infantile euthanasia, in other words, the medical procedure that is practiced in infants, children and adolescents aiming to anticipate death, in order to address issues of order of practice with the minor's autonomy and a validity of the consent offered. This study makes a special test with the promulgation of the Belgian legislation (in February 2014) that allows an active euthanasia without minimum age limit. Unlike Dutch legislation, which permitted child euthanasia, but with a minimum age limit (12 years), Belgian lawmakers chose not to restrict the right of choice for age reasons. Thus, as Dutch and Belgian legislatures and traditions bring new questions about an old discussion: should an autonomy to ask for the closure of life reach a person at any age? How to validate the request of a legally incapable person? When the desires of parents and children doesn't match, how and who decided that? For the best result of the study proposed, we will analyze legislations of countries that already admit to early euthanasia, and also the international treaties that foresee respect for the freedom of the patient's autonomy to consent to medical treatment, especially regarding children under Age (Legally incapable, as a rule). As an active euthanasia is widely prohibited in the most diverse countries of the world, we are also treated possible criminal charges against those who act to provoke the good death, in particular the victim being a minor.

**Keywords:** early euthanasia; consent; minor; inability.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIDA E A EUTANÁSIA</b> .....	<b>10</b>
1. A necessidade da proteção rígida da vida humana .....	10
2. A eutanásia e suas variantes.....	15
2.1. Eutanásia Ativa.....	17
2.2. Eutanásia Passiva.....	19
2.3. Conclusão .....	23
3. Eutanásia: ética da solidariedade? A realidade das consequências da valoração da vida .....	24
4. Mistanásia: eutanásia social? .....	27
<b>CAPÍTULO II – DA EUTANÁSIA PRECOCE OU INFANTIL E SUAS QUESTÕES</b> .....	<b>30</b>
1. Eutanásia precoce e infantil .....	30
2. Os países onde a eutanásia precoce já é permitida: Holanda e Bélgica.....	33
3. A existência da eutanásia precoce em tribos indígenas brasileiras.....	38
4. O problema da (falta de) capacidade das crianças e adolescentes para decidir pela eutanásia.....	40
4.1. Declaração antecipada de vontade – um direito do menor? .....	44
<b>CAPÍTULO III – DO INSTITUTO DA EUTANÁSIA PRECOCE FRENTE AO DIREITO PENAL</b> .....	<b>50</b>
1. Introdução .....	50
2. Responsabilidade penal do médico ou de terceiros envolvidos no processo da “boa morte”.....	51
2.1. Homicídio (Artigos 131º e 132º do Código Penal Português).....	52
2.2. Homicídio Privilegiado - Artigo 133º do Código Penal Português .....	56
2.3. Homicídio a Pedido da Vítima – Artigo 134º do Código Penal Português ...	60
2.4. Incitamento ou ajuda ao suicídio – Artigo 135º do Código Penal português	65
3. Das causas de exclusão da responsabilidade penal – possibilidade de aplicação nos casos de eutanásia precoce? .....	68
3.1. Introdução.....	68
3.2. O consentimento como excludente de crime ou como atenuante .....	69
3.3. Inexigibilidade de conduta diversa .....	77
3.4. Estado de necessidade.....	80
3.5. Do risco permitido .....	82
3.6. Proibição de intervenções ou tratamentos médicos arbitrários.....	83
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>88</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>97</b>

## INTRODUÇÃO

*A fascinação que o médico jovem tem pelos instrumentos tecnológicos promove frequentemente uma atitude tal que ele se esquece do real significado da vida e da morte. Desconsidera que o paciente não pode ser visto como uma máquina avariada que requer reparos, e que deve ser considerado como um ser humano completo, num contexto biopsicoemocional e sociocultural, desde a sua concepção<sup>1</sup>.*

A morte é algo inerente à existência humana. Contudo, apesar de ser um fato, a morte é um tema de imensa rejeição pela maioria das pessoas.

A despeito do instintivo valor da vida, durante toda história da humanidade existiram povos que praticaram a eutanásia<sup>2</sup>, admitindo a morte da pessoa que se entendia não ter mais utilidade para a sociedade ou pela avançada idade, ou pelo acometimento de doenças.

Com o avanço da medicina e da tecnologia, o processo de morrer vem se modificando. A morte se torna a cada dia um evento médico (tutelado pela religião e pela lei), afastando-se, talvez de forma irreversível, da finitude natural.

Assim, em muitos casos, o cessar da vida passa a ser um processo tormentoso, que gera ansiedade não só na própria pessoa acometida pela doença grave, como também nas pessoas que a cercam.

---

<sup>1</sup> HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; TROSTER, Eduardo Juan. “Crianças e adolescentes gravemente enfermos”. In: CONSTANTINO, Clóvis Francisco; BARROS, João Coriolano Rego; HIRSCHHEIMER, Mário Roberto (coord.). *Cuidando de Crianças e adolescente sob o olhar da ética e da bioética*. São Paulo: Atheneu, 2009. p. 87.

<sup>2</sup> “Do ponto de vista etimológico, eutanásia quer dizer boa morte ou morte sem dor. Provém dos termos gregos *eu*, que pode ser traduzido por bem ou bom e *thanatos*, morte. Por eutanásia entende-se a acção ou omissão que provoca a morte de um ser humano embora com o intuito de lhe retirar o sofrimento”. BARBAS, Stela. “Morte e dignidade humana numa perspectiva jurídica”. In: NUNES, Rui; REGO, Guilhermina; DUARTE, Ivone. *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2. pp. 81-92.

A morte, em especial a provocada medicamentosamente, é um assunto tabu e de difícil receptividade tanto social quanto legal (por consequência). Mais delicado ainda é o campo da morte quando se trata de crianças e adolescentes.

No entanto, não é possível deixar de enfrentar que, assim como os adultos, as crianças e adolescentes também são acometidos por doenças graves e irreversíveis que podem vir a lhes causar imenso sofrimento.

Esse sofrimento, seja no adulto jovem ou idoso, seja no menor de idade, a depender de sua extensão, faz com que o paciente repense sua existência, bem como a possibilidade de encurtar sua vida (já condenada pela doença) como forma de acabar com a tormenta que lhe toma.

A liberação da eutanásia já é debatida, e em regra refutada, há muitos anos. Porém, no campo jurídico a eutanásia precoce, ou seja, aquela praticada em menores de idade, é tema relativamente recente.

Apesar da alta complexidade do assunto no campo infanto-juvenil, enfrentando o pré-conceito em relação à eutanásia e considerando que a vontade própria e consciente tem peso deveras significativo para ser desconsiderado em detrimento de crenças e julgamentos de terceiros (religiosos ou não), a Holanda, seguida pela Bélgica poucos anos depois, passou a admitir a prática da boa morte em relação aos menores de idade em sua legislação.

Por certo que cada um dos países acima referidos adota legislação diferenciada e com requisitos e abrangência igualmente diferentes, conforme será analisado no decorrer desse trabalho.

A Holanda, ao inaugurar no espaço dos países de governos liberais<sup>3</sup> a prática da eutanásia para menores de idade, abre precedente legislativo e acirra a discussão sobre as questões inerentes ao ser humano em construção, que muito pouco sabe da vida e dos

---

<sup>3</sup> A discussão e as questões jurídicas que serão tratadas no presente estudo guardam íntima relação com a concepção de governo e legislações de países liberais. Discutir-se-á sobre a autonomia individual, sua aceitação, suas limitações e suas consequências. Só é possível tratar da autonomia individual, como desdobramento da dignidade da pessoa, em países que respeitam a individualidade, que não obrigam o indivíduo ao coletivo, como é o caso das historicamente conhecidas ditaduras como a chinesa, a norte coreana, a Cubana, a de alguns países africanos (como Zimbábue, Guiné etc.), dentre outras. O chamado da sociedade para a discussão do tema se dá em ambiente democrático, onde o legislador está atento as mudanças ideológicas e culturais do seu tempo e do seu povo.

valores fundamentais da existência, que juridicamente pode determinar nada ou muito pouco na esfera das liberdades individuais.

A Bélgica posteriormente amplia o rol de possibilidade da eutanásia precoce/infantil, não prevendo em sua legislação idade mínima para o ato, levantando o véu que turva a dolorosa visão do sofrimento infantil e da existência das doenças terminais em bebês, crianças e adolescentes.

A discussão sobre a abreviação da vida humana já não encontra campo fácil, apesar de fértil, quando se trata de adultos. Quando se trata de criança e adolescente com mais dificuldade se enfrentam as questões jurídicas e filosóficas sobre a vida.

Assim, o objetivo da presente pesquisa é analisar as legislações que autorizam o encurtamento clínico da vida infanto-juvenil, seus requisitos legais, tendo sempre em consideração a autonomia (ou falta dela) psicológica e legal para a tomada de decisões que envolvem a antecipação da morte pelo menor de idade. Em relação a alguns países que não autorizam a prática da eutanásia precoce/infantil (mais precisamente Portugal e o Brasil serão tratados nesse estudo), a análise se dará na utilização do direito penal como meio inibidor da prática de ações queridas e permitidas por quem é, no âmbito penal, entendido como vítima, analisando as figuras típicas em que se enquadrariam os autores da antecipação da morte, e circunstâncias que poderiam amenizar a situação jurídico-penal, ou até mesmo afastar sua incidência.

Para que se alcance à conclusão final, será traçado no decorrer desta dissertação o contexto mais amplo da eutanásia, aduzindo suas roupagens, sua ascendência e decadência na história recente da humanidade para, após esse embasamento inicial, adentrar ao assunto tema deste estudo. Pretendemos alcançar uma base ideológica sólida (mas não engessada, pois há a necessidade de que outros estudos sobre o tema ocorram e amadureçam o contexto legal do direito dos menores quando se trata da disposição sobre seus corpos, em especial no campo dos tratamentos médicos), construída com argumentos jurídico-filosóficos claros no que diz respeito à eutanásia precoce, para que possamos chegar a uma conclusão que venha a colaborar com as futuras discussões sobre o tema.

## CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIDA E A EUTANÁSIA

### 1. A necessidade da proteção rígida da vida humana<sup>4</sup>

#### “Não matarás”<sup>5</sup>.

A vida humana, ao contrário das demais vidas existentes no ecossistema, é protegida de forma rígida pelas mais variadas legislações do mundo.

Embora não se trate de um bem jurídico intocável, uma vez que há exceções nos ordenamentos jurídicos onde é possível tirar a vida humana de forma legal, convencionou-se socialmente que a proteção da vida deveria ser uma das principais funções do direito. Isto porque a vida humana guarda valores em si que ultrapassam a própria existência do ser. Ela é valorada em alto grau e coletivamente como forma de se garantir a continuidade civilizacional, e é por isso que matar um ser humano tem uma resposta jurídico-penal diferente de matar um passarinho ou qualquer outro ser vivente, por exemplo.

O primeiro ramo do direito que protege a vida, tornando-a expressamente um direito fundamental<sup>6</sup>, portanto um bem jurídico digno de tutela, é o constitucional, de onde todos os outros se derivarão, obedecendo aos seus preceitos mais caros.

Para garantir a vida (em especial a qualitativa), o direito constitucional prevê diversos outros direitos fundamentais, em especial a dignidade humana<sup>7</sup> (direito à alimentação; à moradia; à saúde; ao tratamento isonômico<sup>8</sup>; à educação; à vedação da tortura<sup>9</sup>, dentro outros) e a liberdade (onde se enquadra também a autodeterminação – direito de se impor perante o Estado nos casos de interferências abusivas na esfera íntima da pessoa<sup>10</sup>), que são tão importantes que se tornam princípios vetores de outros direitos.

---

<sup>4</sup> A intenção neste ponto não é discorrer longamente sobre bens jurídicos, tampouco aprofundar nas disposições constitucionais e na figura da prevenção no direito penal. Busca-se iniciar a discussão da eutanásia, explicando resumidamente a proteção jurídica da vida nos campos que serão aqui tratados.

<sup>5</sup> Quinto mandamento das Leis de Deus.

<sup>6</sup> Ensina-nos CANOTILHO que “o direito à vida é material e valorativamente o *bem* (localiza-se em termos ontológicos no ter e ser vida, e não apenas no plano ético-deontológico do valor ou no plano jurídico axiológico dos princípios) mais importante do catálogo de direitos fundamentais e da ordem jurídico-constitucional no seu conjunto”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*: Anotada. 4ª ed. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 447.

<sup>7</sup> Artigo 1º, Constituição da República Portuguesa.

<sup>8</sup> Artigo 13º, Constituição da República Portuguesa.

<sup>9</sup> Artigo 25º, número 2, Constituição da República Portuguesa.

<sup>10</sup> Artigo 3º, número 2, Constituição da República Portuguesa.

Posteriormente, vem o direito penal com a função de proteger o bem jurídico vida (garantida em sentido amplo pelas Constituições, e protegido mais especificamente pelas legislações ordinárias que trazem instrumentos legais para combater as afrontas às liberdades e a dignidade humana, seja pelo indivíduo seja pelo próprio Estado), punindo aqueles que contra ela atentarem (seja na forma dolosa ou culposa), e demonstrando a todos que, nos casos de atentado a vida consumado ou tentado, haverá punição nos termos da lei.<sup>11</sup> O direito penal exerce assim a prevenção especial negativa (punição – consequência concreta da ação - do autor de um crime contra a vida afastando-a da sociedade com a prisão), a prevenção geral negativa que pelas altas penas que dispõe nos crimes contra a vida, em especial os qualificados, e pela certeza da punição desses fatos, acaba por desestimular condutas homicidas, e, ainda, a prevenção geral positiva, trazendo a credibilidade das normas na defesa de bens considerados essências à vida em sociedade.

A contradição que podemos apontar no que tange a proteção da vida pelo direito penal, a despeito do desejo de quem é detentor desse bem jurídico, é a desconsideração sobre a autonomia da pessoa sobre seu próprio corpo. Ou seja, o direito penal, idealizado para proteger bens jurídicos da atuação não consentida de terceiros, acaba por interferir na esfera íntima da pessoa que deseja (consente) o resultado. Trata-se de uma exceção ao respeito que tem o direito pela disposição que a pessoa tem sobre seu próprio corpo, uma proteção do bem jurídico em face do seu próprio detentor, limitando seu direito de consentir quando o bem jurídico tratado for a vida.

No que diz respeito a essa proteção da legislação sobre a vida, independente do desejo do viver da pessoa, de acordo com o Professor COSTA ANDRADE é preciso que se leve em consideração, para efeitos de entendimento dessa indisponibilidade de determinados bens, que se faz necessária a análise da diferença entre a autolesão e a heterolesão. Para COSTA ANDRADE, “a autolesão é uma acção cuja trajectória significativa se circunscreve ao interior do sistema pessoal”<sup>12</sup>, portanto, será possível “concluir-se pela irrelevância da acção no contexto do sistema social.” Na outra ponta,

---

<sup>11</sup> A vida encontra o fim de sua proteção legal com a cessação das funções cerebrais, uma vez que juridicamente a morte do ser humano ocorre quando diagnosticada a morte cerebral ou encefálica (artigo 2º da Lei 141/99 em Portugal; no Brasil, artigo 3º, *caput*, Lei 9434/97).

<sup>12</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 213.

temos a heterolesão consentida que, por ser uma “*interacção complexa*”<sup>13</sup> encontra limites na liberdade de autodeterminação por serem necessários sistemas que protejam valores fundamentais (como a vida).

Essa proteção da vida, a despeito do desejo de seu detentor, acarreta na existência de uma proteção penal que sanciona e macula, embora de forma privilegiada, quem auxilia no processo da morte atendendo a pedido.

Seria admissível defender a inconstitucionalidade<sup>14</sup> dessa vedação da morte a pedido tendo em vista a regra da disponibilidade dos bens jurídicos pela própria pessoa? Ao analisarmos o artigo 18º, número 2 da Constituição Portuguesa, seria possível entender que as liberdades só podem ser tolhidas nos casos em que essa limitação fosse necessária para “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”<sup>15</sup> Ao lermos o artigo 24º, número 1 do mesmo diploma legal, notamos que a vida está ali protegida como bem inviolável. Mas abaixo no mesmo artigo, o número 2, obedecendo a essa inviolabilidade, proíbe a pena de morte. A Constituição da República Portuguesa buscou não apenas trazer a vida ao status de direito fundamental primeiro, mas de torná-la inviolável. Violar significa ofender o direito de alguém ou ofender alguma coisa, ou romper um obstáculo indevidamente. Assim, se entendermos que a violação pode se dar tanto por terceiros como pelo próprio detentor da vida, motivo pela qual ela deve ser protegida deste inclusive, não há que se falar em inconstitucionalidade na vedação do homicídio a pedido, pois a indisponibilidade do bem jurídico alcança a todos indistintamente. Contudo, se entendermos que essa inviolabilidade alcança o próprio detentor da vida, nos parece contraditório não incluir a tentativa de suicídio no rol dos crimes. Ressalte-se que o suicídio não é punido juridicamente pelas legislações de países laicos e democráticos.

---

<sup>13</sup> Ibid. pp. 213-214.

<sup>14</sup> “Na verdade, a absolutização da vida, traduzida na incriminação indiferenciada de todas as condutas eutanásicas, redundará inevitavelmente no esmagamento da autonomia de cada ser humano para *tomar e concretizar as decisões mais centrais de sua própria existência*. Ora, da circunstância de um direito fundamental como o direito à vida constituir uma condição *sine qua non* de todos os demais direitos, não decorre de forma necessária a sua permanente superioridade axiológica sobre os restantes direitos, bem podendo entender-se que apenas a vida compatível com a liberdade é objeto de pleno reconhecimento constitucional” (grifos no original). MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. t. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 540.

<sup>15</sup> Transcrição da última parte do número 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa.

No entanto, se entendermos que a inviolabilidade da vida é uma vedação constitucional que a protege de terceiros, inclusive do Estado (prova disso é proibir a pena de morte, que só poderia ser executada pelo Estado), a vida é um bem inteiramente disponível para seu detentor. Deste modo, é admissível o raciocínio de que essa disponibilidade, para ser plena, deve atingir a terceiros em ações consentidas. Destaque-se que a integridade física também é um bem inviolável para a Constituição da República Portuguesa - CRP (artigo 25º, número 1) e nem por isso o Direito Penal deixa de reconhecer sua disponibilidade pela própria pessoa (artigo 149º, número 1 do Código Penal Português). Logo, é possível construirmos a tese de quem a inviolabilidade de bens jurídicos previstos na constituição se dirige a ofensas não consentidas perpetradas por terceiros, e que a legislação ordinária quando diminui essa liberdade (reconhecendo o consentimento para as lesões corporais, mas não para o auxílio ao suicídio, nem para o homicídio a pedido) atenta contra o disposto no artigo 18º, número 2 da CRP. Apesar de ser viável esse entendimento, a vida ainda é um tema tabu<sup>16</sup>, e pretende o Estado (legislador<sup>17</sup> e judiciário) que assim permaneça.

No que diz respeito ao fim da vida, a questão da eutanásia se encontra intrinsecamente enraizada na dignidade humana e na liberdade individual de escolha, uma vez que em nome dessa dignidade fundamenta-se a validade do fim da vida medicamentoso; e em nome da liberdade de escolha pela morte (autodeterminação) visa-se afastar a incidência da proteção da vida pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>16</sup> Tema tabu também era o aborto, que até a reforma do Código Penal Português, ocorrida em 1995, não era permitido. Contudo, numa ponderação de interesses, harmonizando-se a proteção da vida intrauterina e os direitos da mulher, passou-se a admitir o aborto nas hipóteses previstas no artigo 142º do Código Penal. Ou seja, a vida intrauterina, protegida ao menos em parte pelo artigo 24º, número 1, CRP, em especial nos momentos em que o parto se aproxima, também foi relativizada para atender a uma demanda feminina de respeito ao seu corpo. Quando afirmamos que a proteção da vida prevista no artigo 24º da CRP se aplica em parte a vida intrauterina, queremos fazer entender que a vida é dividida em dois momentos pelo ordenamento jurídico: até o nascimento há proteção objetiva da vida, sendo a expectativa da vida extrauterina protegida ao se ter como regra a proibição do aborto (artigos 141º e 142º, ambos do Código Penal) e o estabelecimento de políticas públicas que viabilizem a mãe a ter seu filho com a segurança de o poder criar; após o nascimento com vida, a pessoa adquire personalidade jurídica (nos termos do artigo 66º do Código Civil) e passa a ser detentora de diversos níveis de proteção à vida. A vida extrauterina ganha mais proteções jurídicas do que a intrauterina, o que não significa que o embrião/feto não mereça a guarida legal que possui. Destaque-se que a vida protegida pelo artigo 24º, número 1 da CRP não encontra limitação em seus termos escritos, logo o aqui afirmado é uma visão interpretativa.

<sup>17</sup> “O facto de o nosso Código Penal abrir a sua parte especial com os crimes contra a vida é revelador, de maneira clara e inequívoca, de que o bem ou valor jurídico-penal mais fortemente protegido é a vida humana”. COSTA, José de Faria. “O fim da vida e o direito penal”. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 767.

O ordenamento jurídico de forma geral se materializa para fazer respeitar a dignidade humana, visando oferecer ao indivíduo, na esfera privada ou coletiva, instrumentos de luta para enfrentar o abuso Estatal. No campo da eutanásia, o princípio da dignidade humana vem socorrer o indivíduo de se tornar um objeto que sofre terapias desnecessárias (distanásia), impedindo a instrumentalização do homem.

Ainda no campo da eutanásia, a liberdade parece ser o direito que melhor sustenta a questão da escolha pelo encurtamento da vida. O direito que tem o paciente de iniciar ou continuar um tratamento médico ou de negar o início ou a continuidade desse tratamento (o que poderá lhe acarretar o encurtamento da vida) é claramente um ato garantido pela liberdade individual.

Ao que tudo indica a vida não é só um direito oponível a terceiros, mas também um dever (juridicamente não expresso, nem previsto, mas uma interpretação sistemática sobre a indisponibilidade da vida nos leva a ideia do dever). Deve-se viver, porque morrer só é opção se for um ato da natureza. De outra forma, ou é crime contra a vida ou é um pecado religioso (suicídio).

A negativa do indivíduo em relação ao tratamento médico colocando em risco sua integridade física, e até mesmo sua vida, é mais comum na prática do que o pedido pela antecipação da morte. É majoritariamente aceito que não há que se falar em lesão a bem jurídico, seja a integridade física, seja a vida, quando o paciente não deseja o tratamento e por isso vem a falecer. Nesse caso o consentir dele em relação à expansão da doença isenta qualquer profissional da saúde ou outro garantidor de responder criminalmente.

É sabido que não existe proteção absoluta de bens jurídicos. A própria vida encontra sua fragilidade legal nas figuras da legítima defesa e do estado de necessidade. Essas figuras que afastam a incidência do direito penal demonstram que a proteção ao bem jurídico deve sempre levar com consideração a proporcionalidade, não se podendo exigir de uma pessoa que deixe de proteger sua própria vida para salvar a de outrem.

Diante dessas lacunas legais de proteção ao bem jurídico, não seria a obrigação legal de ter que respeitar a vontade do paciente mais uma das relativizações em relação à vida?

A resposta a essa pergunta nos parece positiva. Isto porque o não tratamento médico em casos de doenças, de algum modo, tratáveis leva a antecipação da morte, que significa a mais pura disponibilidade da parte restante da vida. Todavia, essa disponibilidade da vida

encontra limitação legal em relação às condutas comissivas<sup>18</sup>, ou seja, um médico que, atendendo a pedido, ministra um remédio para levar a óbito o paciente, responde criminalmente por esse ato; se alguém auxilia o suicídio da pessoa que deseja se matar, também responderá por esse ato (por certo que há países que admitem a eutanásia e/ou que não punem o auxílio ao suicídio. Nesses casos o reconhecimento pela autonomia da pessoa em relação à própria vida é bastante alargada, devendo, entretanto, ser seguidos requisitos legais obrigatórios para que não se incorra em algum fato penalmente típico).

Em síntese, no que se refere aos tratamentos médicos, o bem jurídico vida não é protegido de forma absoluta, pois é concedido legalmente ao seu detentor, em respeito ao direito de autodeterminação, o poder de não consentir com uma medida que, provavelmente, lhe possibilitaria mais anos de vida. Contudo, o direito ainda faz distinção entre o não consentir com uma ação médica e o pedido por uma ação que acarrete no encurtamento da vida. Portanto, a eutanásia ativa ainda é considerada crime na maioria dos países, sendo agravada a pena em muitas legislações quando o paciente é menor de idade. Isso nos leva a entender que a autodeterminação em relação à própria vida é permitida, mas não é ilimitada.

## 2. A eutanásia e suas variantes

Muitos são os momentos em que nós, seres humanos, diante de uma situação extremada, de imenso sofrimento, desejamos pela morte.

Em casos de saúde comprovadamente irreversíveis e ensejadores de dores insuportáveis e/ou perda das funções motoras e cerebrais é compreensível (para muitos) que o paciente solicite ajuda para morrer da forma mais digna possível no quadro concreto<sup>19</sup>.

A vida é o nosso maior bem. O primeiro direito concreto que temos é o direito a vida. Até o momento do nascimento com vida somos meros detentores de expectativas de

---

<sup>18</sup> As condutas omissivas aqui são indiferentes penais, uma vez que o não consentimento do paciente em receber o tratamento médico retira do médico a qualidade de garantidor.

<sup>19</sup> Conforme Figueiredo Dias: “por *ajuda à morte* no enquadramento jurídico-penal deve entender-se o **auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, frequentemente em insuportável sofrimento, no sentido de lhe permitir uma morte em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que repute, humanamente dignas**” (grifos no original). DIAS, Jorge de Figueiredo et al. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*. 2ª ed. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 19.

quase todos os direitos existentes, mas não da vida, que está presente a partir de determinado momento da gestação, conforme as legislações a que se submete a gestante.

Diante dessa preciosidade, do sagrado, nasce, como oriundo do direito natural, a proteção a vida.

Isto porque a manutenção da espécie humana se faz necessária, devendo o Estado ser responsável por tutelar o bem jurídico vida, não só penalmente, mas fornecendo garantias fundamentais para o exercício de todos os desdobramentos da existência.

Não é por outro motivo que, apesar de ser um direito natural (portanto independente de proteções formais da lei), a vida consta expressamente protegida pelas mais diversas Constituições<sup>20</sup> do mundo. O legislador, além de reconhecer sua manutenção pela própria existência da pessoa, ainda reconhece ser necessário tornar expressa a defesa da vida, de forma a limitar qualquer afronta a ela.

É no seio de legislações protetivas, de conceitos religiosos e filosóficos do que significaria individualmente e socialmente a vida, que nasce a discussão sobre a boa morte, sobre a eutanásia.

Importante informar que a eutanásia é um processo de antecipação da morte que visa o alívio eterno, sendo uma atividade bastante antiga na humanidade. O respeito dos valores culturais, sociais e religiosos envolvidos na eutanásia vem desde a Grécia antiga. Por exemplo, Platão, Sócrates e Epicuro defendiam a ideia de que o sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o suicídio. Em Marselha, neste período, havia um depósito público de cicuta a disposição de todos.

Outro exemplo de longa data é o dos Celtas, que tinham como cultura a morte dos pais pelos filhos, assim que aqueles estivessem doentes e velhos.

Na Índia, os doentes terminais eram levados para a beira de um rio, onde tinham suas narinas e bocas obstruídas de barro, morrendo por asfixia depois de atirados na água.

Ocorre que, com o avanço da medicina, há um sentimento de invencibilidade que nos leva a acreditar que a morte equivaleria ao fracasso clínico, quando não a um erro médico.

---

<sup>20</sup> Por exemplo: Artigo 24, 1 da Constituição da República Portuguesa; artigo 5º, caput da Constituição da República Federativa do Brasil; Artigo 4º da Constituição da República do Paraguai.

De fato, a evolução da ciência parece significar, em algum grau, a involução do ser. Estamos cada vez mais superficiais. Enfrentar a morte deveria significar entender a vida, eis que aquela é o desdobramento natural desta.

Ressalte-se que se o peso da morte, em especial nos casos em que esta é antecipada, é imenso para pessoas que já estão com idades avançadas, que, ao menos em tese, já passaram pelas etapas da vida, é de se imaginar o debate acalorado que traz a morte consentida de forma omissiva ou comissiva de um recém-nascido, de uma criança ou de um adolescente.

Apesar das diferenças de fases da vida, experimentar a morte, para alguns, diante de determinadas, excepcionais e dolorosas circunstâncias, não significa algo ruim.

O sofrimento intenso, a inviabilidade de vida extrauterina, a impossibilidade da cura de uma doença severa e dolorida faz com que muitas pessoas optem, por entenderem ser o caminho mais humanizado, por encerrar a sua própria ou a vida de uma pessoa pela qual são responsáveis. É neste avanço da necessidade de se reconhecer a autonomia de cada pessoa (independente da idade) em relação a sua vida, bem como das questões controversas sobre a validade do consentimento na esfera da consequência penal, em especial quando externado por incapazes (menores de idade no caso do presente estudo), que se faz necessário o debate ora proposto no âmbito jurídico.

Assim, passamos a apresentar as formas existentes de eutanásia, que podem ocorrer por meio de uma ação (ativa/ direta/ indireta) ou de uma omissão (passiva/ indireta).

### **2.1. Eutanásia Ativa**

A eutanásia ativa direta é praticada por terceiros, que agem de forma a abreviar o tempo de vida do paciente acometido de severa e irreversível doença causadora de intenso sofrimento físico ou psicológico. Essa modalidade de eutanásia é a mais combatida pelas legislações (que reconhecem na prática a execução de um crime de homicídio, em regra, privilegiado) e poucos são os países que a admitem expressamente.

No campo da eutanásia ativa, há ainda a indireta, que ocorre quando o médico, com o consentimento do paciente (devidamente informado e ciente das consequências), aplica um tratamento para conter dores e sintomas da doença que, como efeito secundário, acabam por abreviar a vida.

Nesse caso há consenso<sup>21</sup> no sentido de não haver nenhum ferimento legal<sup>22</sup>, ético, moral ou religioso. Primeiramente porque não há intenção do resultado morte (dolo homicida), mas sim de restabelecer alguma qualidade de vida ao paciente no processo agudo da enfermidade; segundo porque não é sustentável principiologicamente, moralmente, humanitariamente, que se mantenha uma pessoa viva à custa de dores e sofrimentos extremos.

Excepcionalmente, no que se refere à eutanásia ativa direta na Europa, apenas a Holanda, Bélgica (a partir de 2002) e Luxemburgo (a partir de 2009) a permitem legalmente. Esses países permitem ainda o suicídio assistido sem que haja nenhuma responsabilidade penal e civil para o médico auxiliador, desde que haja o consentimento do paciente ou de seu representante legal, e desde que o diagnóstico da irreversibilidade da doença seja seguro e concedido por mais de um médico.

Já a Suíça, apesar de não permitir a eutanásia ativa, deixa de punir o auxílio ao suicídio em casos não egoísticos (onde se enquadra, em tese, a eutanásia). A Alemanha tem postura parecida com a da Suíça e também deixa de criminalizar o suicídio assistido.

Na América, apenas o Uruguai<sup>23</sup> deixa de punir expressamente a pessoa que pratica homicídio por piedade. Na Colômbia já houve decisão judicial da Corte Constitucional que despenalizou a eutanásia<sup>24</sup>. Todavia, até os dias atuais não há regulação legislativa das etapas e formas de como seria realizada a eutanásia.

Nos Estados Unidos da América, 5 (cinco) Estados (Oregon, Washington, Vermont, Montana e New Mexico)<sup>25</sup> permitem a eutanásia na figura de suicídio assistido, sob a

---

<sup>21</sup> ANDRADE, Manuel da Costa et al. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*. 2ª ed. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 115.

<sup>22</sup> Aliás, em Portugal há previsão, no Código Deontológico dos Médicos, no artigo 31º, da obrigação que tem o médico de suavizar o sofrimento dos doentes terminais. Trata-se de uma obrigação ético-legal dos profissionais da saúde. Artigo 31.º - “O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano” (grifo nosso).

<sup>23</sup> Artigo 37. “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.” (Código Penal Uruguio).

<sup>24</sup> SANTOS, Laura Ferreira dos. *Ajudas-me a morrer?: a morte assistida na cultura ocidental do século XXI*. Lisboa: Sextante, 2009. pp. 158 e ss.

<sup>25</sup> THE GUARDIAN. *Euthanasia and assisted suicide laws around the world*. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2014/jul/17/euthanasia-assisted-suicide-laws-world>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

modalidade de prescrição de substância letal a serem ministradas pelos próprios pacientes terminais.

No Brasil, assim como em Portugal, a eutanásia ativa direta é proibida, sendo o fato imputado como homicídio, ainda que tenha tratamento privilegiado. Em Portugal, inclusive, esse tipo de homicídio guarda um enquadramento típico na figura do homicídio a pedido, com penas mais brandas do que o homicídio simples e o qualificado. No Brasil não há a modalidade de homicídio a pedido na legislação penal, mas há a figura do privilégio, que atenua a pena final do autor do homicídio (conforme será analisado em capítulo próprio).

## **2.2. Eutanásia Passiva**

Já na eutanásia passiva, também conhecida como ortotanásia, há a suspensão do tratamento por oposição ao prolongamento artificial da vida pelo próprio doente ou, nos casos de incapacidade deste, por determinação de seu representante legal.

Cabe salientar que a interrupção do tratamento ou a negativa ao início deste pela equipe médica, sem que haja pedido válido do paciente ou de seu representante legal, pode vir a configurar homicídio na forma omissiva. Assim, é requisito para a validade da ortotanásia que haja expressa vontade daqueles que possuem o direito de expressá-la, pois é através dela que o profissional da saúde saberá se tem o dever de agir ou de se omitir no caso concreto.

Destaque-se que a eutanásia passiva vem sendo bem aceita<sup>26</sup> em quase todos os países do mundo, não encontrando obstáculos jurídicos relevantes, tendo a seu favor a sociedade e, inclusive, os religiosos.

Aliás, para muitos autores a ortotanásia sequer configura eutanásia por não ser capaz de abreviar artificialmente a vida do paciente, mas sim, configurar o mais alto grau, no que tange a relação médico paciente, de respeito à autonomia do enfermo diante da aceitação ou da recusa ao tratamento médico. Neste sentido, há esclarecedora posição do BGH

---

<sup>26</sup> Neste sentido, Professor Diogo Leite de Campos: “O direito à vida não permite qualquer disponibilidade desta. As normas que o consagram, tanto em direito civil como em direito penal, aplicam-se mesmo que a vítima tivesse permitido o atentado de outrem. Já o referi. Tem sido, porém, aceite que uma pessoa, sustentada em vida artificialmente, e sem esperança de vida, determine a interrupção dos cuidados médicos que conduzirão normalmente à sua morte” (grifo nosso). CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 69.

(BGHst 32, 379 et seq.), ao aduzir que “*não existe nenhum dever jurídico de manutenção a todo preço de uma vida perdida. Medidas de prolongamento da vida não são indispensáveis só porque sejam tecnicamente possíveis. Em vista dos progressos alcançados pela tecnologia médica, o que determinada os limites do dever de tratamento médico não é a eficiência da aparelhagem, mas a decisão caso a caso dirigida pela atenção à vida e à dignidade humana*”<sup>27</sup>.

A título de contribuição informativa, há no Brasil expressa regulamentação<sup>28</sup> sobre a suspensão do tratamento médico, sendo perfeitamente legal o levantamento de aparelhos e medicamentos quando o paciente terminal, ou seu representante, assim o requerer<sup>29</sup>.

Em Portugal também se encontra resguardado o respeito à decisão do paciente de interromper o tratamento, sendo a ação contrária à vontade do doente crime previsto no artigo 156º do Código Penal<sup>30</sup>.

A vontade da pessoa doente terminal em não se submeter a tratamento médico também é respeitada nos Estados Unidos da América, no Canadá, na Alemanha, no Reino Unido, dentre outros vários países ocidentais.

Como exigência para interrupção desse tratamento, alguns ordenamentos jurídicos exigem que seja essa vontade declarada em documentos (Declarações Antecipadas de Vontade, também conhecidas como Testamentos Vitais). Quando esses documentos não existem, nem o doente pode se manifestar pela interrupção do tratamento, nasce uma

---

<sup>27</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. “A ajuda médica à morte: uma consideração jurídico-penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*: RBCCrim. São Paulo, v. 21, n. 100, p. 23, jan./fev. 2013.

<sup>28</sup> Resolução CFM nº 1.805/2006.

<sup>29</sup> Apesar dessa Resolução do Conselho de Medicina, no Brasil, ao contrário do que acontece em Portugal e na Alemanha, por exemplo, não configura crime o tratamento forçado realizado pelo médico, nos termos do disposto no artigo 146, § 3º, inciso I do Código Penal brasileiro. O legislador brasileiro, ao contrário do português e do alemão, optou por proteger a vida do indivíduo, independente de sua vontade. Poder-se-ia argumentar a não recepção deste artigo pela Constituição da República Federativa do Brasil, ante a escolha da assembleia constituinte em colocar como primado da nação brasileira a dignidade humana, de onde se desdobra o direito a autonomia de cada indivíduo. Há ainda, regulamentando o Sistema Único de Saúde (SUS), a lei 8080/90, que determina o respeito à autonomia do paciente em sua integridade física e moral. Mais uma vez, ao que tudo indica, a legislação faz preservar limitadamente o direito de autonomia. A legislação brasileira optou pelo conservadorismo em relação à disposição de direitos, ao não trazer em suas legislações expressa previsão de proteção à autonomia como um princípio mais aberto e abrangente (ou seja, traz a autonomia de uma forma mais engessada, que gera, em muitos casos, insegurança no atuar no médico), como deveria ser quando se trata de bens jurídicos próprios do paciente.

<sup>30</sup> “No âmbito europeu, apenas a Áustria possui uma tipificação como a do artigo 156º, no seu § 110º do ÖstGB. (...) Também o Brasil e Inglaterra entendem que a intervenção médico-cirúrgica é, no plano da tipicidade, uma ofensa corporal, que pode ser justificada pelo consentimento do doente”. MATOS, Mafalda Francisco. *O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos: uma perspectiva jurídico-penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp. 30-31.

questão jurídica delicada para o médico e para os familiares. Ao final, sendo comprovada de fato a impossibilidade de vida digna, fora de aparelhos, o responsável legal pelo doente poderá decidir, ainda que precise de autorização judicial para a implementação das medidas adequadas, pela cessação do tratamento inútil.

Com efeito, é na ortotanásia que encontramos a solução contra a distanásia, que vem a ser a manutenção de tratamento terapêutico de forma obstinada, que prolonga vida precária e diante de intenso sofrimento. É preciso que em algum momento a arrogância do homem ceda perante a natureza, permitindo que as pessoas, assim como todos os seres viventes, encontrem seu fim e seu descanso eterno.

Contudo, apesar da ampla aceitação, a interrupção do tratamento paliativo não é por todos defendida sob o argumento de que o médico tem o dever de salvar a vida, devendo, para isso, desconsiderar a vontade do paciente. Para essa corrente, o direito à vida sobrepõe-se ao direito à liberdade de autodeterminação. Deste modo, deveria o médico ser punido por homicídio, seja por ação ou por omissão (dependendo do caso concreto e da legislação aplicada) caso cessasse o tratamento médico. Nesta construção punitivista da conduta do médico, o que poderia atenuar a situação seriam algumas causas especiais de diminuição da pena, como, por exemplo, o privilégio<sup>31</sup>.

Destaque-se que quando há a morte cerebral, sendo a vida biológica mantida exclusivamente por aparelhos, parece equivocado falar em crime ou infração ética. Isto porque, com a perda das funções cerebrais, a vida resta impossibilitada. Não foram encontradas discordâncias nesse sentido, até mesmo porque a morte cerebral é considerada como morte de fato para efeitos de doação de órgãos. Inclusive entes religiosos aceitam o desligamento de aparelhos nesses casos.

Ainda em relação à eutanásia passiva, seria aconselhável que se discutisse se a utilização dela em certos casos seria adequada e humanizada. Isto porque, como a eutanásia ativa é proibida em quase todos os países do mundo, a abreviação da vida de forma legal se limita, na prática, a suspensão dos medicamentos e maquinários, sempre

---

<sup>31</sup> FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Tutela Penal do Direito à Vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 67.

com o consentimento informado<sup>32</sup> do paciente. Ocorre que esse caminho legal, implica em situações por vezes desumanas e cruéis, eis que, muitas vezes, a falta de tratamento causa dores lancinantes e uma morte extremamente dolorida. Imagine uma pessoa em coma irreversível, com algumas de suas funções vitais mantidas pela interferência de maquinário. Diante desse quadro, a família decide pelo fim da vida, pois não há chance da paciente voltar a ter consciência. Os médicos cessam, dessa forma, a alimentação e a hidratação artificial. Como consequência, a pessoa vem a falecer de fome e de desidratação após alguns dias<sup>33</sup>.

Não teria sido mais digno, uma vez que diversos médicos diagnosticaram a irreversibilidade do estado de inconsciência, ter aplicado um medicamento que tirasse de forma branda e indolor a vida da paciente?

A forma como as legislações tratam (ou deixam de tratar) a eutanásia ativa faz com que muitas pessoas tenham que experimentar uma agonia desnecessária no processo da morte.

Destaque-se que o “direito de morrer” encontra sua base na liberdade de autodeterminação<sup>34</sup>. Já o direito à vida, por ser legalmente (salvo exceções) e religiosamente irrenunciável, indisponível e inegociável torna qualquer decisão que pretenda interrompê-la inaceitável perante a lei e a coletividade.

Sendo tão sagrada para a sociedade quanto para a religião, a vida é levada até o ponto máximo da medicina (apesar do risco da distanásia). Nesses casos, a medicina

---

<sup>32</sup> A primeira referência histórica sobre a obrigatoriedade de o médico prestar a informação ao paciente, e ter deste o consentimento para o tratamento, surge na Inglaterra, no ano de 1767, no caso *Slatter v. Baker & Stapleton*.

<sup>33</sup> Caso real ocorrido nos Estados Unidos da América. Para mais a respeito: GOLDIM, José Roberto. *Caso Nancy Cruzan: retirada de tratamento*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/nancy.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

<sup>34</sup> “We believe in the value and dignity of the individual person. This requires respectful treatment, which entails the right to reasonable self-determination. No rational morality can categorically forbid the termination of life if it has been blighted by some horrible malady for which all known remedial measures are unavailing. (...) We believe that the practice of voluntary beneficent euthanasia will enhance the general welfare of human beings and, once legal safeguards are established, that such actions will encourage human beings to act courageously, out of kindness and justice. We believe that society has no genuine interest or need to preserve the terminally ill against their will and that the right to beneficent euthanasia, with proper procedural safeguards, can be protected against abuse” (trechos de um artigo publicado no jornal americano “The Humanist”, em julho de 1974, assinado por diversos nomes importantes da época, dentre eles dois ganhadores do prêmio Nobel, Linus Pauling e Sir George Thomson). THE WORLD FEDERATION OF RIGHT TO DIE SOCIETIES. *A Plea for Beneficent Euthanasia*. Disponível em: <<http://www.worldrtd.net/news/plea-beneficent-euthanasia>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

parece ser utilizada como um fim em si mesmo. Não há uma real preocupação em relação à qualidade de vida do paciente, mas uma obstinação pela permanência da pessoa viva, independente da condição em que estiver.

Ora, tomando-se em consideração o argumento da vida divina, se a vida nos é dada por Deus, na visão dos religiosos, não há sentido na sua manutenção por meios não naturais, como máquinas e medicamentos fortíssimos, com efeitos colaterais danosos.

### **2.3. Conclusão**

Diante da breve exposição sobre as variantes da eutanásia, é possível afirmar que o instituto tem sua aplicação discutida sempre em benefício de uma pessoa que já se encontra inviável para a vida qualitativamente digna e plena.

Ainda mais dolorosa parece ser a decisão dos pais em por termo a vida de uma criança. Primeiro porque há o afeto extremo; segundo porque aos pais ou responsáveis cabe zelar pela integridade física do menor, logo zelar pela vida. A escolha pela interrupção de um tratamento ou pela ação direta ou indireta de encurtamento da vida do menor é, em certo grau, desafiadora da natureza protetiva dos pais ou responsáveis.

Todavia, é preciso confrontar a realidade de que existem muitas crianças que nascem com problemas severos de saúde, ou então, adquirem doenças no decorrer de sua curta vida que impõe sofrimento extremo de forma a tornar inviável a manutenção de qualquer qualidade de vida.

Em ambos os casos caberá aos pais, ou a um representante legal tomar a decisão da boa morte. Por certo que necessário se faz o estudo clínico (por junta médica) da condição da criança, bem como a informação consistente aos pais ou outro responsável, que permita segurança em quaisquer das decisões que forem tomadas.

Decidir pela boa morte de um filho é uma das missões mais difíceis que pode ter uma mãe e um pai. Porém, por vezes, a situação é tão extrema que não há saída mais humanizada que possa ser tomada que não a realização da eutanásia.

É preciso que coloquemos de lado conceitos abstratos, a fim de reconhecer que na concretude da dor e do sofrimento, a morte é o desdobramento de um direito (autonomia) que traz alívio para muitas pessoas, mesmo as pessoas de pouca idade como as crianças e os adolescentes.

### **3. Eutanásia: ética da solidariedade? A realidade das consequências da valoração da vida**

Karl Binding, professor de direito penal, direito constitucional, história do direito e teoria do direito em Basel, Freiburg, Atrassburg e, por último, em Leipzig<sup>35</sup>, iniciou na Alemanha uma reflexão acerca do crime de homicídio e do suicídio, onde concluía que a vida era um bem protegido de maneira bastante abrangente pelo legislador. Dessa conclusão, Binding começou a analisar juridicamente o homicídio, o suicídio e a eutanásia, para, ao final, ponderar qual o tipo de morte deveria ser proibida e, portanto, punida pelo direito.

Atendo-nos mais especificamente à eutanásia, pois é o tema de interesse, para Binding o que de fato importava, para efeito de punição ou não da conduta, era a permissão para o homicídio (eutanásia ativa). Defendia o referido Professor que, nos casos de doenças terminais, a causa da morte do paciente já estaria delimitada, sendo a eutanásia um modo substitutivo da morte (que já ocorreria de qualquer maneira como consequência da moléstia). Essa substituição faria com que a morte dolorida e sofrida fosse substituída por uma morte indolor, portanto mais humanizada.

Assim, para Binding, a eutanásia ativa não configurava uma ação criminosa, mas um ato de cura: a cura do tormento do paciente.

No entanto, para que fosse válida essa “cura do tormento do doente” era necessária a existência da figura do consentimento.

Em síntese, para Binding a morte de uma pessoa com doença em estágio terminal, desde que consentida, não configuraria crime. Estar-se-ia diante de uma exceção à proibição de matar.

No entanto, o Código Penal Alemão aduzia, como ainda aduz, que nos casos de homicídio a pedido há a punição do ato, contudo de forma atenuada, justamente por se reconhecer o privilégio existente nessa ação. Nesse ponto, a legislação alemã sofre uma crítica de Binding, pois, para ele, havia uma desconsideração do que seria uma vida com valor e outra sem valor para o direito.

---

<sup>35</sup> SCHUMANN, Kay H. “Reflexão de Binding/Hoche – Simultaneamente uma breve reflexão sobre a proteção da vida em direito penal”. In: COSTA, José de Faria. KINDHÄUSER, Urs. *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 38.

Ao valorar a vida, Binding inicia a defesa do pensamento de que existem vidas que merecem proteção jurídica e outras que, por já não serem dignas, não mais estariam amparadas pelo ordenamento legal. Diante desse entendimento, além da existência do consentimento, fazia-se obrigatória a análise da existência de vida digna ou não para efeitos de punibilidade. Isto porque, a vida indigna perdia, para o autor, o *status* de bem jurídico, não sendo, por consequência, punida nenhuma ação que viesse contra aquela atentar.

Contudo, apesar de essenciais, o consentimento e a vida indigna não eram os únicos requisitos para a não punibilidade do homicídio. Foram acrescidos a esse rol de requisitos a irreversibilidade da doença, a loucura ou casos concretos que levem a sofrimentos extremamente agudos.

Por certo que a análise desse sofrimento e da irreversibilidade da doença, para fins de punibilidade ou não da conduta, seria atestada por uma junta formada por médicos e juristas, onde deveria ser decidida por unanimidade, e, ainda, deveria o ato médico que retira a vida ser reconhecido como ato científico, onde restasse demonstrada a solidariedade humana.

Essas reflexões de Binding acontecem num momento histórico (segunda década do século XX) em que se começava a ver o ser humano de forma mais utilitarista, e menos romanceada e humanista. Deste modo, a existência de cada indivíduo possuía um fator custo/benefício dentro da esfera social e estatal. Destaque-se que, nesse momento histórico, recém tinha acabado a 1ª guerra mundial, onde milhões de pessoas tinham morrido, outros tantos tinham sobrevivido com sequelas físicas ou psicológicas que os impediam de ser úteis (ausência de força de trabalho e autossustentabilidade) para seus Estados. Essa falta de utilidade social levava a percepção de que a manutenção dessas pessoas era economicamente custosa para os familiares e para o Estado.

Diante desse contexto histórico, e levando em consideração a falta de “utilidade” dessas pessoas dentro da sociedade, é que começa a traçar o entendimento da existência de uma “ética da solidariedade”. Essa ideologia servia para “afrouxar” a legislação e entendimento jurídico no sentido de aceitarem o homicídio a pedido da vítima e a eutanásia.

Ocorre que esse pensamento, pelos fatos históricos que nele se embasaram, acabou marginalizado, uma vez que foi manipulado e utilizado da forma mais absurda por Adolph Hitler na época do nazismo.

Destaque-se que os bebês e as crianças eram especialmente vulneráveis a esse utilitarismo da vida empregado pelo Nazismo. Desprotegidos e indefesos, esses menores se viam órfãos e eram assassinados, com o objetivo de se impedir que uma nova geração de “indesejáveis” (em sua maioria crianças judias e ciganas) se formasse.

A título de informação, os experimentos médicos feitos pelos nazistas, sem sombra de dúvidas desumanos e insanos, acabaram por gerar a primeira grande resposta ético-jurídica às intervenções médicas: o Código de Nuremberg. Este foi publicado em 1948, e foi resultado do julgamento dos médicos nazistas realizado pelo Tribunal Internacional de Nuremberg<sup>36</sup>.

Cabe salientar que, apesar da forma velada como hoje se trata a utilidade do ser humano, o utilitarismo e a questão econômica estão presentes de maneira concreta desde então (aliás, a utilidade do ser humano sempre esteve estreitamente vinculada à eutanásia pela impossibilidade de sobrevivência do enfermo em condições de natureza mais brutas). Não é coincidência que a eutanásia está em discussão nas principais pautas legislativas do mundo, ganhando cada vez mais adesão popular. Por certo que a autonomia ganhou, com o passar dos anos e com as conquistas de direitos, importância inequívoca. Mas há também o cunho econômico, principalmente no que se refere ao dinheiro público destinado à manutenção dos doentes nos hospitais, que precede e norteia essa discussão.

Em que pese a existência histórica do utilitarismo humano, em especial no campo econômico, a questão da eutanásia, principalmente no que diz respeito à solidariedade, não deveria passar pela valoração da vida (mais ou menos valor da vida da pessoa para a

---

<sup>36</sup> Destaque especial, no que tange ao respeito pela autonomia do paciente, se encontra no artigo 1º do Código de Nuremberg: “*O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente*” (grifo nosso).

família e para o Estado), como forma de ser ou não retirada do manto da proteção jurídica. O respeito e a solidariedade, principalmente para efeitos de desdobramento jurídico, estão ligados à autonomia da pessoa, a liberdade de escolha que cada paciente terminal tem, bem como no conceito pessoal de utilidade e viabilidade da sua própria vida.

Por certo que se faz necessário, até mesmo aconselhável, que haja requisitos objetivos e rigorosos para que a eutanásia não seja criminalizada pelo direito penal, sob pena de vulgarização da vida (bem mais precioso), não só no sentido cristão e filosófico, mas também no campo jurídico. Até mesmo para seja possível impedir novas atrocidades humanas que serão julgadas pela história como hediondas.

#### **4. Mistanásia: eutanásia social?**

Ainda em tratando de utilitarismo humano e da influência da economia no que tange ao movimento de aceitação da eutanásia, conhecemos, principalmente em países subdesenvolvidos, a figura da mistanásia.

Etimologicamente, mistanásia significa a morte miserável, que tem como base motivos econômicos, sociais e políticos. Suas principais vítimas são pessoas pobres, incluindo as crianças e os adolescentes, que, muitas vezes, morrem nas filas dos hospitais públicos sem que lhes sejam ofertado sequer o tratamento mais básico. São os conhecidos “excluídos”, não só do sistema médico, mas dos direitos mais elementares.

Esse fenômeno é comum em países pobres e em desenvolvimento, como, por exemplo, o Brasil<sup>37</sup>, dentre outros. Mas não apenas nesses. Apesar de mais raro, é possível casos de mistanásia no sistema público de saúde de hospitais de países mais desenvolvidos, como, por exemplo, em Portugal, onde, já no ano de 2016, houve denúncia feita pela Bastionária da Ordem dos Enfermeiros<sup>38</sup> de que em hospitais públicos existia número de

---

<sup>37</sup> As crianças também são vítimas desse processo de morte por falta de atendimento médico. Exemplos contidos nas seguintes reportagens: R7. *Criança de três anos morre na fila por atendimento em hospital em Japeri (RJ)*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/balanco-geral-rj/videos/crianca-de-tres-anos-morre-na-fila-por-atendimento-em-hospital-em-japeri-rj-20102015>>. Acesso em: 25 abr. 2016; GRAELL, Fernanda. *Criança de três anos morre por falta de equipe para realizar transplantes*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/03/crianca-de-tres-anos-morre-por-falta-de-equipe-para-realizar-transplantes.html>>. Acesso em: 25 abr. 2016; FERREIRA, Flávio. *Bebê morre em PS à espera de atendimento*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/agora/policia/pl2405200601.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

<sup>38</sup> TAVARES, Miguel Sousa. “A Eutanásia põe questões médicas e jurídicas muito complicadas”. Disponível em: <[http://sicnoticias.sapo.pt/opinionMakers/miguel\\_sousa\\_tavares/2016-02-29-A-Eutanasia-poe-questoes-medicas-e-juridicas-muito-complicadas](http://sicnoticias.sapo.pt/opinionMakers/miguel_sousa_tavares/2016-02-29-A-Eutanasia-poe-questoes-medicas-e-juridicas-muito-complicadas)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

enfermeiros insuficientes para a demanda, o que acabava por acarretar no excesso de trabalho e na falta do cuidado necessário a cada paciente. Obviamente, isso gera risco de vida, pelo não atendimento ou pelo atendimento deficitário aos que são tratados nesses hospitais.

O fenômeno da mistanásia nos faz enfrentar a pior das realidades: a de que algumas vidas continuam valendo mais do que outras (na prática, a vida de quem tem poder aquisitivo vale mais do que a de quem não tem).

Essa realidade fere de morte o princípio da Igualdade (isonomia), e traz consequências gravíssimas como a invisibilidade da parte mais carente da sociedade, e, também, a consciência inerte de que direitos fundamentais são corriqueiramente vilipendiados pelo próprio Estado (que tem o dever de defendê-los). Trata-se, em resumo, do afastamento mais covarde do que é essencial à pessoa: a vida e a saúde.

Essa casta de pessoas, que geralmente morre antes que lhe seja prestada assistência médica, encontra seu fim numa verdadeira omissão de socorro dos profissionais da saúde, bem como numa omissão fiscalizatória por parte do Estado administração. Seus familiares ainda têm que assistir a convivência dos órgãos com atribuição para investigar, processar e condenar criminalmente os responsáveis, quase como reconhecendo que a falha na verdade é do Estado como um todo, o que tornaria injusta a punição dos profissionais da saúde pela existência de um sistema propiciador da morte miserável.

Diante dessa breve explicação do que seria a mistanásia, resta responder a provocação: Seria a mistanásia uma eutanásia social?

Em que pese a doutrina que trata do assunto colocar a mistanásia como sinônimo de eutanásia social, a resposta que melhor se adequa a essa indagação é a negativa. Isto porque a eutanásia busca aliviar a dor e o sofrimento humano, ao passo que a mistanásia é o resultado da conduta humana despreocupada, desvalorizadora da vida e do próximo. A eutanásia busca o fim mais digno possível, ao passo que a mistanásia é provocadora (e ao mesmo tempo consequência) do sofrimento humano, e também expõe o desvalor que possuem algumas vidas dentro de um contexto social, político e econômico.

Deste modo, apesar de ambos os institutos terem como resultado a morte antecipada do enfermo, o caminho e a ideologia percorridos são completamente diferentes. A eutanásia é uma escolha que tem o paciente (ou seu representante legal) que está sendo

devidamente atendido por um médico, com informações claras sobre sua condição de saúde; já a mistanásia é a ausência de escolha que tem uma pessoa, que nem paciente de um médico pôde se tornar pela falta de atendimento e de estrutura da saúde pública dos países mais pobres.

O abandono dos menores de idade não se dá só no campo do atendimento médico, mas também do patrocínio de pesquisas de medicamentos paliativos para as doenças mais graves ou irreversíveis. Isto porque, economicamente, não é tão rentável pesquisar males da infância quanto é dos adultos. As enfermidades são muito mais frequentes e presentes em adultos, em especial em idosos. Logo, economicamente, é mais viável pesquisar e desenvolver paliativos para doenças que acometem os mais velhos, do que as que acometem as crianças. Esse pouco alcance que tem a medicina pediátrica, se comprada com a medicina de adultos, torna o menor de idade vulnerável não só na falta de atendimento médico, mas também na ausência de drogas existentes que possam vir a tratá-lo e a amenizar as consequências da doença.

Por fim, soa desproporcional o fato dos legisladores e religiosos do mundo todo se preocuparem com as possíveis consequências da regulamentação e a legalização da eutanásia, em especial a infantil ou precoce, sua má utilização, enquanto não se preocupam com a extinção da ausência do acesso ao tratamento médico pela população massacrada pela pobreza. A escolha pela morte, assim como a falta de opção pela vida, deveria merecer tratamento especial pelo Estado.

## **CAPÍTULO II – DA EUTANÁSIA PRECOCE OU INFANTIL E SUAS QUESTÕES**

### **1. Eutanásia precoce e infantil**

Como já visto, a vida é para o ser humano o bem mais precioso. Quando nos deparamos com a finitude já em idade avançada, há uma despedida saudosa, mas não indignada. A velhice nos informa que a vida foi vivida e que etapas foram cumpridas e ultrapassadas.

A finitude, que nos é aceitável após uma vida inteiramente desfrutada, é altamente repelida e não entendida quando se trata de um bebê ou uma criança. Contudo, infelizmente, há casos em que crianças têm uma doença irreversível, adquirida no ventre, no parto ou no decorrer da breve vida.

Quando o sofrimento dessa criança com o tratamento ou com a sua própria existência é muito intenso, é possível que, diante da informação médica adequada, bem como da irreversibilidade do quadro de saúde, tanto o menor quanto seus responsáveis roguem pela eutanásia como forma de encerrar com a aflição vivenciada por todos.

Obviamente que a eutanásia nunca deve ser utilizada para alívio exclusivo de terceiros que não a pessoa em sofrimento. Por certo que o processo de doença, principalmente quando existem graus elevados de dor e sofrimento, gera desconforto em todos os que amam e cercam o paciente. Porém, o conforto e o alívio de terceiros, ainda que efetivamente envolvidos com o doente, jamais podem dar ensejo ao encerramento da vida pela mais absoluta ilegitimidade para escolha do ato terapêutico. O interesse da boa morte é exclusivo do paciente. É ele responsável pelo pedido da morte, ou do encerramento do tratamento, ou do auxílio ao suicídio. Devem ficar ressalvadas as hipóteses em que a pessoa seja incapaz de exprimir seu desejo, momento em que, analisando e protegendo os interesses do paciente, deve o representante legal tomar a decisão.

Quando há bebês e crianças envolvidos em processo de enfermidade incurável e que cause muito sofrimento, fica a cargo de seus civilmente responsáveis a decisão pela não iniciação do tratamento ou por sua interrupção (eutanásia passiva – ortotanásia), ou, ainda,

pela aplicação de algum medicamento que leve a óbito de forma tranquila (eutanásia ativa. Possível legalmente apenas nos países em que é expressamente permitida).

Importante destacar que a eutanásia precoce é amplamente proibida. Só há dois países onde se permite legalmente a eutanásia ativa infantil: Holanda (a partir dos 12 anos de idade)<sup>39</sup> e Bélgica (sem limite de idade). As legislações desses dois países serão tratadas mais adiante.

No entanto situações fáticas vêm forçando a atuação jurisdicional, forçando os magistrados a atuarem muitas vezes a margem da lei, elaborando teses jurídicas baseadas em princípios e valores que permitam em situações específicas a morte medicamentosa, no amparo da realização da eutanásia precoce, de forma a impedir consequências jurídicas gravosas para os que atuam nesse ato, bem como para os que o consentem.

Recentemente, a justiça do Reino Unido, a pedido dos pais, autorizou a eutanásia ativa em uma menina<sup>40</sup> de 12 anos de idade que possuía uma doença irreversível desde o seu nascimento, e após um procedimento cirúrgico de rotina passou a sofrer com imensas dores<sup>41</sup>. Foi necessária a autorização judicial uma vez que não há no Reino Unido legislação que trate da eutanásia especificamente.

---

<sup>39</sup> “De facto, se formos consultar a legislação, vemos que, entre os 12 e os 15 anos, a criança pode pedir a eutanásia (ou o suicídio medicamente assistido), desde que, para além de se encontrar abrangida pela lei, revele ter a perspectiva realista e razoável sobre a sua situação clínica e os seus interesses. Nesse caso, o médico poderá aceder ao pedido se houver acordo dos pais (ou de quem se encontra investido da sua autoridade)”. SANTOS, Laura Ferreira dos. *Ajudas-me a morrer?: a morte assistida na cultura ocidental do século XXI*, op. cit. p. 66.

<sup>40</sup> GILLMAN, Ollie. *‘My daughter is no longer my daughter... the light from her eyes is now gone’*: Mother tells of heartbreak behind the hardest decision any parent could make - to let her disabled child die. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2808516/My-daughter-no-longer-daughter-light-eyes-gone-Mother-tells-heartbreak-hardest-decision-parent-make-let-disabled-child-die.html>>. Acesso em: 22 mai. 2015.

<sup>41</sup> “Nancy Fitzmaurice nasceu cega e, com apenas 12 anos, sofria de hidrocefalia, meningite e septicemia, o que a deixou incapaz de falar, andar, comer ou beber”. A sua qualidade de vida era tão limitada que a jovem precisava regularmente de assistência médica para ser alimentada e medicada.

A mãe, Charlotte Fitzmaurice, teve, inclusive, que deixar de trabalhar para poder dedicar-se à filha. Até ao dia em que tomou uma difícil decisão e pediu autorização na Justiça para tirar a vida à jovem, de forma a acabar com o seu sofrimento. Perante o apelo emotivo desta mãe, a Justiça acedeu ao pedido, concordando que os interesses em acabar com a vida da criança eram os melhores para que o sofrimento acabasse.

LUX. *Mãe consegue autorização na Justiça para tirar a vida à filha de 12 anos*. <<http://www.lux.iol.pt/internacionais/nancy-fitzmaurice-sofrimento-morte-crianca/1574624-4997.html>>. 21 fev. 2015.

Houve ainda dois<sup>42</sup> casos na América latina (mais precisamente no Chile e na Argentina) que retomaram a discussão não só da eutanásia, mas da eutanásia em crianças doentes tomadas por uma doença incurável e intenso sofrimento<sup>43</sup>. Na América do Sul, a eutanásia ativa é entendida juridicamente como crime de homicídio, ainda que de forma privilegiada.

Há, atualmente, na Austrália (primeiro país do mundo a permitir, no ano de 1996, a eutanásia ativa em adultos. Permissão que foi cancelada, através da revogação da Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais, meses após entrar em vigor) um bebê portador de um câncer agressivo no cérebro, inoperável devido ao tamanho do tumor, cuja situação vem levantando a discussão da eutanásia precoce em virtude de todo sofrimento vivenciado pela família e, em especial, pelo próprio Bede (nome do menor)<sup>44</sup>.

Diante dos casos concretos que surgem com habitualidade, e da autonomia cada dia mais estendida que a criança vem adquirindo, faz-se necessária ao menos a discussão sobre o respeito a sua liberdade de escolha nos casos dos tratamentos médicos, tanto no sentido da permissão quanto da interrupção, e, ainda, no ativo encerramento antecipado da vida.

---

<sup>42</sup> Primeiro caso: “Selva Herbón, 37 anos, afirma que sua filha Camila, de dois anos e três meses, está em um estado vegetativo permanente desde que nasceu. Durante o parto, Camila ficou um período sem receber oxigênio, o que pode ter provocado danos cerebrais. A professora enviou uma carta na semana passada aos deputados do país pedindo a aprovação de projeto de lei que permita ‘a morte digna’ de Camila. Herbón escreveu que a situação da menina é “irrecuperável e irreversível”, mas que existe um ‘vazio legal’ na legislação atual que impede a retirada dos aparelhos que a mantém viva. Na carta, a mãe diz ainda que especialistas de quatro lugares deram parecer favorável a ‘limitar o esforço terapêutico e retirar o suporte vital’ da criança. Ela diz, porém, que nenhum médico quer se arriscar a desligar os aparelhos, já que o fato, com as leis atuais, seria definido como homicídio”. CARMO, Marcia. *Professora argentina apela por ‘morte digna’ da filha de dois anos*. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110817\\_argentina\\_morte\\_digna\\_mc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110817_argentina_morte_digna_mc.shtml)>. Acesso em: 21 fev. 2015.

<sup>43</sup> Segundo caso, mais atual: Valentina Maureira, então com 14 anos, chocou o Chile e o mundo ao publicar um vídeo no YouTube a pedir para lhe ser concedido apoio para ser eutanasiada. A menina sofria de fibrose quística, uma doença genética e hereditária que causa danos em vários órgãos, e ao mundo disse que queria “dormir para sempre” por não aguentar mais as consequências da doença. A menina pediu à Presidente Chilena pela abreviação da sua vida. Contudo, seu pedido foi negado, uma vez que a lei chilena não admite a eutanásia. A adolescente acabou por falecer em decorrência da própria doença em 15 de maio de 2015. BBC BRASIL. *Morre menina chilena que havia apelado a presidente por eutanásia*. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150515\\_chilena\\_eutanasia\\_apelo\\_valentina\\_morte\\_pu](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150515_chilena_eutanasia_apelo_valentina_morte_pu)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

<sup>44</sup> Publicação da mãe de Bede em abril de 2016, no blog elaborado para contar a história do bebê: “My heart is raw. Because the truth is I want my son to die. I’m tired. He is tired. I want peace for him, rest. But I instantly hate myself because I know then that is all there will be. He will have no more growth, no more moments tenderly reaching out to his brother, laying next to his sister. He wont squawk away at his dad anymore, he won’t let me kiss him in the way only I can. He will just be gone. That is not enough for my special light filled boy. Life is hard but death seems worse”. NANCY, Isabella. *My heart is raw*. Disponível em: <<https://teambede.com/2016/04/30/my-heart-is-raw/>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

## **2. Os países onde a eutanásia precoce já é permitida: Holanda e Bélgica**

A Holanda foi o primeiro país do mundo a permitir a eutanásia ativa de menores de idade, tendo como idade mínima 12 (doze) anos.

Já a Bélgica teve sua legislação de 28 de maio de 2002, que tratava da eutanásia em adultos, modificada em fevereiro de 2014 (Projeto de lei apresentado pelo Senador Philippe Mahoux), com o objetivo de estender o direito à boa morte aos menores de idade<sup>45</sup>.

A legislação belga, no que se refere especificamente à eutanásia, é a mais liberal do mundo, admitindo, inclusive, a prática da boa morte sem que haja limite de idade mínimo.

Apesar de abrangente, a legislação belga condiciona a eutanásia ativa em menores com mais rigor que a praticada em adultos. Nos casos de menores de idade, ao requererem pelo procedimento de encurtamento à vida, deve o médico necessariamente questionar a capacidade mental do requerente. Nesse momento, o menor passa a se consultar com psiquiatra e psicólogo com o objetivo de saber se o discernimento dele sobre o assunto é correto e completo ou não.

Após atestada a seriedade do consentimento do menor e o entendimento da irreversibilidade do ato, o desejo do menor terá que ser seguido pelo consentimento de seus pais ou responsáveis legais. A lei exige ainda que tanto o menor quanto seus responsáveis façam constar por escrito o desejo e a anuência pela boa morte.

Ao contrário do que ocorre no caso dos pacientes adultos, a lei não permite no caso dos menores que a eutanásia seja praticada sem que haja proximidade da morte. No caso dos pacientes adultos, a liberalidade da lei belga se demonstra pela elasticidade dos requisitos para a eutanásia, prescindindo da necessidade de que o paciente esteja em estágio terminal. A legislação exige sim que a doença (inclusive a mental) seja incurável, e que ela cause um sofrimento considerado extremo por uma junta médica, bem como pelo próprio paciente. Já no caso dos menores não basta o sofrimento intenso. Além dele, é obrigatório somar a proximidade do fim da vida, a irreversibilidade do quadro que o levará naturalmente a morte.

---

<sup>45</sup> Na segunda metade do ano de 2016, a primeira eutanásia precoce foi realizada legalmente na Bélgica. O nome, a idade e a doença que acometia a menor não foram revelados, sendo apenas veiculada a execução dessa medida extrema e excepcional. Fonte: Observador.pt.

Dessa forma, é permitida na Bélgica, no mais absoluto respeito à autonomia do paciente, a eutanásia em pessoas adultas com alto sofrimento psicológico, como a depressão<sup>46</sup>, por exemplo. Nesse ponto, apesar de reconhecido o grau de empoderamento do paciente na decisão sobre sua vida e sua morte, esse instituto parece adentrar uma seara espinhosa ao tratar da irreversibilidade do sofrimento psicológico. Isto porque, ao contrário dor física, de fácil detecção do defeito na fisiologia humana, a mente humana é altamente recuperável e é de extrema dificuldade a sentença da irreversibilidade.

Cabe destacar que, apesar da permissividade legislativa na interrupção da vida, todos os procedimentos pretendidos passam por controle do *Federal Control and evaluation comission*, localizado em Bruxelas. Este órgão, composto por médicos e advogados, é responsável por verificar a legalidade do procedimento médico que antecipa a morte. A lei determina que todo caso de eutanásia seja reportado a esse órgão.

Destaque-se que, ao contrário do menor de idade, a eutanásia nos adultos, independe da decisão de qualquer outro familiar (salvo nas hipóteses de incapacidade do paciente). O sigilo e a confiança existente entre o paciente e seu médico são protegidos pela lei belga.

No que tange ao menor de idade, a situação se modifica, até mesmo em virtude da ausência de capacidade legal, e se exige que os pais da criança/adolescente concordem com o procedimento, e, principalmente, como já explicitado, que ela tenha plena consciência de sua escolha.

Assim, na prática, apesar de não haver idade mínima para a realização da eutanásia na Bélgica, a necessidade/obrigatoriedade legal de que o menor tenha consciência<sup>47</sup> de seu pedido, faz com que apenas menores com algum discernimento possam optar pela eutanásia ativa. Ou seja, bebês e crianças muito pequenas, de fato impossibilitadas de

---

<sup>46</sup> No documentário “*Allow me to die: euthanasia in Belgium*”, uma senhora com idade já avançada, mas com boa saúde física, solicita ao médico o encurtamento de sua vida, alegando sofrimento intenso pela perda de uma de suas filhas alguns anos antes. A referida senhora não aceitava a morte antecipada de sua filha mais jovem, e alegou ter entrado em processo grave de depressão. A junta médica confirmou o grave estado depressivo da senhora, e, após os procedimentos necessários pela legislação belga, auxiliou-a em seu desejo de morte. Apesar de tranqüila, a cena da senhora ingerindo a bebida que, dali a alguns minutos, a levaria a óbito, é chocante. Provoca, até mesmo para os que aceitam a eutanásia, o pensamento de qual o limite para esse tipo de ação.

<sup>47</sup> “*Although extended to children, this new law restricts its application when it omits psychiatric disorders ans, more importantly, when it specifies the need of a capacity of discernment, which unequivocally excludes children whith conciouness changes, children whith consciousness changes, children with intelectual déficits, very Young children and newborns. Minors without cognitive or motor ability to express and write their request are also excluded*”. SILVA, Felipa Martins; NUNES, Rui. “The Belgian case of eutanásia for children, solution or problem?”. In: *Revista Bioética*. Brasília, v. 23, n. 3, set./dez. 2015.

entender minimamente o significado da vida e da morte, acabam na prática afastadas dessa permissão da antecipação da morte.

Desta forma, *o silêncio da lei em relação à idade mínima*, ao que tudo indica, apesar de eventual insegurança jurídica que possa trazer, *possibilita que sejam levadas em consideração desejos de crianças das mais diferentes idades, respeitando a qualidade da consciência, do desenvolvimento psicológico de cada um individualmente*. Limitar a idade de forma expressa seria desconsiderar que o conteúdo psicológico, apesar de guardar semelhanças inerentes às fases do desenvolvimento humano, é diferente de acordo com a vivência da criança e do adolescente<sup>48</sup>.

Ainda em se tratando da extensão para os menores de idade do direito a eutanásia ativa, bem como da inexistência legal expressa de idade mínima para requerê-la, nos parece que a legislação belga pretendeu tratar os maiores e os menores com a máxima igualdade possível, uma vez que os legisladores aduziram que era preciso acabar com a discriminação entre adultos e crianças no que tange ao encerramento da vida. Isto porque a eutanásia é entendida como um ato humanitário, portanto cabível a qualquer ser humano que esteja em sofrimento insuportável e não mais deseje viver. Ademais, os legisladores, quando regulamentam temas de extrema complexidade e divergência como a eutanásia em menores, reconhecem que na prática, nos hospitais, a boa morte precoce já está ocorrendo. De fato, a eutanásia de menores não é exclusividade da Holanda ou da Bélgica. Ambos os países optaram por reconhecer legalmente sua existência e, diante desse reconhecimento, entenderam por bem regulamentar a situação, ao invés se omitir como as demais legislações do mundo.

Por certo que a eutanásia precoce ou infantil gera uma série de críticas, em especial sobre a capacidade de consentir do menor de idade em se tratando de uma decisão tão definitiva.

---

<sup>48</sup> “A tentativa da ciência psicológica de encontrar características e leis universalmente válidas para o desenvolvimento infantil foi objeto da crítica de Vigotski (2001): “a tarefa da psicologia consiste justamente em revelar não o eterno infantil mas o historicamente infantil (...)” (p. 96). Vigotski (1995) considerava inteiramente equivocado o ponto de vista das diversas vertentes da psicologia vigentes em sua época, que supunha como equivalentes e idênticos o funcionamento psíquico e a concepção de mundo de “(...) uma criança européia de família culta dos dias de hoje e uma criança de alguma tribo primitiva, (...) da criança da Idade da Pedra, da Idade Média ou do século XX (...)” (p. 22). Na análise da autora, a psicologia tradicional estudava a criança e o desenvolvimento de suas funções psíquicas à margem de seu meio social e cultural, desconsiderando as formas de pensamento e concepções predominantes nesse meio”. PASQUALINI, Juliana Campregher. “A perspectiva histórico-dialética da periodização do desenvolvimento infantil”. *Psicologia em Estudo*. Maringá, v. 14, n. 1, p. 32, 2009.

No que tange à legislação Belga, e isso se aplica com as referidas diferenças de requisitos específicos entre uma e outra à legislação Holandesa, o argumento de que a lei deixou uma lacuna em relação à definição do que configuraria o discernimento válido do menor, deixando exclusivamente a critério dos médicos essa tarefa, é bastante forte, pois gera insegurança jurídica. Isto porque, como o critério de discernimento é aberto e subjetivo, a valoração do pedido do menor estaria sempre nas mãos dos médicos, que podem vir a avaliar de forma equivocada e, por isso causar um dano irreversível ao menor e a sua família.

Ainda em relação ao consentimento, parece-nos contraditório exigir a anuência dos pais se o menor é reconhecido por uma junta médica como sendo capaz de discernir, portanto de consentir validamente a eutanásia ativa. Isto, além de relativizar o exercício da autonomia (falsamente) concedida pela lei e reconhecida pela junta médica, pode gerar conflito entre o paciente menor, seus responsáveis legais e a equipe médica de forma a ser necessária a movimentação da máquina judiciária.

Como o pedido do paciente menor é fundamental para a aceitação da eutanásia ativa, há quem tema pela instrumentalização do desejo do paciente de forma equivocada. O presidente da Associação Portuguesa de Bioética Rui Nunes, inclusive, já demonstrou publicamente sua preocupação com a possível manipulação dos menores sobre a realização da eutanásia, aduzindo *“ter “sérias reservas” perante este “passo demasiado arrojado”, que abre “uma caixa de Pandora porque está a abrir a porta a uma eutanásia não voluntária”*. Comentando a legislação belga, Rui Nunes entende ser *“uma lei generalista em que se ouve os pais e dois médicos e vamos para a frente”*. Por fim, considera que *“se é muito fácil condicionar um jovem com dezoito anos, com treze ou catorze, e sobretudo quando está a sofrer, é ainda mais”*. *“Acho que é muito perigoso e pode por em causa todo o projeto numa perspectiva ética e mesmo jurídica. Tem que haver prudência e bom senso”*.<sup>49</sup>

Apesar da importância que se deve dar a possibilidade de instrumentalização psicológica do menor para que este requeira a eutanásia ativa, parece-nos que as legislações que tratam sobre a eutanásia infantil tomaram cuidado para que essa instrumentalização, caso ocorresse, não gerasse efeitos práticos, pois é exigida a opinião

---

<sup>49</sup> AZEREDO, Diogo. *Eutanásia: Pedir para morrer em Portugal*. Disponível em: <<https://jpn.up.pt/2014/03/17/eutanasia-pedir-para-morrer-em-portugal>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

clínica não só sobre o estado de saúde irreversível do paciente, mas também sobre sua consciência sobre o procedimento. Desta forma, tanto a família do menor como a junta médica são verdadeiras fiscalizadoras da ação uma da outra, sendo pouco provável que a instrumentalização do menor passe despercebida por uma delas.

Especificamente, em se tratando da lei holandesa, que também admite a eutanásia ativa de menores, algumas diferenças para a legislação belga devem ser apontadas. A legislação holandesa traz um marco mínimo de idade para a eutanásia ativa. Para os holandeses, apenas a partir dos 12 anos de idade é que pode o menor requerer validamente a eutanásia, mesmo assim com a anuência de seus responsáveis legais. Após os 16 anos, até completar a maioridade aos 18 anos, o adolescente pode requerer a eutanásia ativa, sem precisar da anuência de seus responsáveis legais. Porém, a lei determina que entre os 16 anos e os 18 anos os responsáveis sejam cientificados do desejo do adolescente. Após os 18 anos de idade, já não há mais nenhuma obrigatoriedade, seja no consentimento conjunto, seja na ciência dos responsáveis, podendo o adulto escolher livremente e sigilosamente pelo fim de sua vida.

Apesar do mínimo de idade legal na Holanda para eutanásia ativa, existe nos países baixos o Tratado de Groningen<sup>50</sup> que permite a eutanásia em recém-nascidos, desde que a doença portada seja irreversível e causadora de intenso sofrimento, seja reconhecida por mais de um médico, sendo um deles totalmente independente; estejam os responsáveis legais de acordo com o procedimento médico; sejam todos os envolvidos, desde o diagnóstico até a efetivação da eutanásia, devidamente identificados e suas atuações definidas em documento; seja o método utilizado devidamente descrito; o porquê da utilização da eutanásia no caso concreto; ao final, deve o relatório ser reportado às autoridades locais, comunicando do procedimento, para o crivo de validade do mesmo. Importante destacar que 95% das eutanásias praticadas em recém-nascidos ocorre na modalidade passiva<sup>51</sup>, onde o médico deixa de dar o tratamento que prolongaria a vida artificialmente.

---

<sup>50</sup> Foi escrito em setembro de 2004, no Hospital Universitário de Groningen em conjunto com o Ministério Público local. Apesar de não ter se tornado lei, ao seguir os procedimentos desse tratado, os médicos não tem enfrentado nenhum tipo de acusação criminal. Fonte: THE DOSSIERS OF THE EUROPEAN INSTITUTE OF BIOETHICS. *Euthanasia of Newborns and the Groningen Protocol*. Disponível em: <<http://www.ieb-eib.org/fr/pdf/20150204-groningen-eng.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

<sup>51</sup> Ibid. Loc. cit. p. 7. Acesso em: 15 mai. 2016.

Assim conclui-se que tanto na Holanda como na Bélgica é possível a eutanásia ativa, respeitando-se a idade mínima no caso do primeiro país, sem consequências jurídicas desfavoráveis aos participantes do procedimento, desde que seguidos os requisitos legais estipulados e desde que os documentos inerentes a todo o processo sejam submetidos às entidades fiscalizadoras. A capacidade concedida a quem, em regra, não a tem, é um avanço da lei no que se refere à garantia da liberdade, como desdobramento da dignidade humana, independente da idade. É o reconhecimento de que a doença destrói o ser humano, e não respeita critérios etários. É a garantia de tratamento isonômico para todos aqueles que estão irreversivelmente enfermos e em estado de sofrimento agudo.

### **3. A existência da eutanásia precoce em tribos indígenas brasileiras<sup>52</sup>**

Apesar da falsa sensação de novidade sobre o tema eutanásia precoce, a boa morte infantil vem sendo praticada há muitos séculos nas sociedades mais primitivas.

Nessas sociedades mais afastadas, não só da doutrinação civilizacional, mas também dos serviços estatais prestados, é comum que os próprios pais (normalmente são as mães logo após o parto) deixem o recém-nascido, portador de algum problema físico e/ou neurológico detectado ao nascer, abandonado na floresta ou o enterrem vivo.

A ideologia por trás dessa conduta, que num primeiro olhar causa arrepio a quem já nasce civilizado, é a seleção natural, processo já dissecado por Charles Darwin, em sua obra “A Origem das Espécies”. Entendem os componentes dessas tribos que, devido à vivência deles em selvas, florestas, condições da natureza mais brutas, uma criança com deficiência não seria capaz de sobreviver por si própria. Essa motivação para o infanticídio mostra claramente que a intenção é dar uma boa morte a criança, pois, no ambiente de natureza pura, essa criança não sobreviveria de qualquer forma. A morte dela seria precoce e certa devido às condições de vida do local das tribos.

Como essas deficiências só são descobertas no momento do nascimento, em virtude da falta de acesso dessas tribos ao pré-natal, diante das normas da tribo não resta outra conduta à mãe que não providenciar a morte de seu filho, objetivando não onerar os demais componentes da sociedade tribal com a presença de um filho deficiente.

---

<sup>52</sup> Reportagens e documentários sobre o tema podem ser encontrados nos seguintes endereços eletrônicos: <[https://www.youtube.com/watch?v=5dkY\\_fTAX64](https://www.youtube.com/watch?v=5dkY_fTAX64)>; <[https://www.youtube.com/watch?v=vuRSYL\\_hS4Q](https://www.youtube.com/watch?v=vuRSYL_hS4Q)>; <<https://www.youtube.com/watch?v=Hi8IyiFS76Q>>, todos acessados em 28 fev. 2017.

Ressalte-se que, se essa deficiência for descoberta na infância, e não no momento do nascimento, é mandamento dessas tribos que essas crianças também sejam mortas.

Apesar de ser punida a ação de matar alguém, sem exceção em casos de eutanásia (a pedido), em especial um bebê ou uma criança, com a agravante de se tratar de mães que matam seus filhos, no que diz respeito ao costume indígena a legislação brasileira não se aplica. Isto significa que essa ação não é punida pela lei dos “homens brancos”, justamente pela existência de mandamento constitucional que determina o respeito aos costumes indígenas<sup>53</sup>.

Na civilização, ao menos em tese (já foi exposto anteriormente que há uma parcela da sociedade que não tem acesso aos cuidados médicos mais básicos), devido ao pré-natal eficiente, as anomalias são detectadas ainda no ventre materno. Essa detecção permite aos pais a preparação para receber aquele bebê com as deficiências que lhe são inerentes, ou a optarem pela interrupção da gravidez (de forma legal, onde é permitida; ou da forma ilegal, onde é proibida, como, por exemplo, no Brasil).

Apesar de hoje, esse tipo de seleção natural, ser restrita a essas tribos, no passado a morte de recém-nascidos com deficiência era relativamente comum em toda a sociedade. A evolução da medicina veio para detectar essas anomalias e dar aos pais a opção de prosseguir ou não com essa gestação (curiosamente, pela medicina, o aborto de feto com anomalias incuráveis é denominado de eutanásia fetal<sup>54</sup>. Em direito, como se entende que para que haja a morte da pessoa, ela deve primeiro nascer, não se trata esse tipo de aborto como eutanásia).

A título de contribuição informativa, vale destacar que não só por condições de saúde ou deficiência eram mortos os recém-nascidos. Havia critérios como o sexo na China, em que bebês meninas eram mortas ao nascer, pois havia a política do filho único e a sociedade patriarcal e machista valorizava mais o filho homem; havia, também, questão de falta de alimentação, como ocorreu na Polinésia. Assim, vê-se que a morte, nos casos apontados, de bebês guarda relação com a cultura e o momento histórico vivenciado.

---

<sup>53</sup> Constituição Federal Brasileira, Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Lei 6001/73 – dispõe sobre o Estatuto do índio.

<sup>54</sup> Neste sentido, MILLIEZ, Jacques. *A eutanásia do feto: medicina ou eugenismo?*. Porto: Ambar, 2002. 186 p.

#### **4. O problema da (falta de) capacidade das crianças e adolescentes para decidir pela eutanásia**

Literalmente, autonomia significa dar a lei (*nomos*) ao próprio (*auto*). O que importa na liberdade de escolha de ação, a soberania, a independência que a pessoa tem perante sua própria existência, como desdobramento do exercício da sua dignidade, integridade e individualidade.

Ocorre que essa autonomia é construída com a idade, com o desenvolvimento psíquico e físico da pessoa, não nos sendo ofertada desde o nascimento de forma plena<sup>55</sup>. As legislações portuguesa e brasileira consideram cessada a menoridade aos 18 anos completos, conforme previsão do artigo 122º do Código Civil Português e do artigo 5º do Código Civil Brasileiro.

Diante dessa limitação legal e biológica, no que tange à maturidade, os menores de idade tem o exercício dos direitos condicionados à autorização/acompanhamento dos responsáveis legais (artigo 124º Código Civil Português) ou ficam impedidos de todo pela legislação<sup>56</sup> até que se complete a maioridade civil.

Atualmente as legislações e a mentalidade caminham para o empoderamento do indivíduo, permitindo que este tenha não só direitos a serem respeitados (como intimidade, vida, filiação, dentre outros), mas também instrumentos jurídicos para combater o abuso em sua esfera privada de quem quer que seja (desde um ente governamental até um particular).

---

<sup>55</sup> Tratando mais especificamente da adolescência, nos ensina Lia Pappámikail que “o período que se segue à infância é, com efeito, um espaço/tempo de inegável transformação – quanto mais não seja fisionológica -, aonde se forja, com particular intensidade, o jogo das pertencas, afiliações e desafiliações identitárias, e aonde se geram (novos e diferentes) comportamentos que afastam simbolicamente o indivíduo da infância (...). A adesão a novos comportamentos pode, aliás, funcionar como um estímulo ao desenvolvimento das competências de reflexividade, que são, como se defende aqui, matéria-prima da autonomia individual”. PAPPÁMIKAIL, Lia. *Adolescência e Autonomia: Negociações Familiares e Construção de Si*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2013. p. 33.

<sup>56</sup> A legislação é a responsável por atribuir a pessoa a capacidade de fato. Ou seja, apesar de todos terem capacidade de direito, pois são reconhecidos como sujeitos de direitos e deveres, apenas as pessoas autorizadas pela legislação, em especial a civil, podem exercer por elas mesmas a titularidade desses direitos e deveres. Assim, as pessoas impedidas legalmente de exercerem direitos em nome próprio são consideradas incapazes, e necessitam de assistência ou representação para as ações da vida civil. Destaque-se que a incapacidade é a exceção, só sendo reconhecida nos casos expressos em lei.

Não se pode afastar desse empoderamento, e dessa ideia de respeito, a capacidade<sup>57</sup> de se autodeterminar do menor, em especial do adolescente.

No que tange ao nosso assunto, além da problemática do testamento vital mais a frente explicitada, a incapacidade civil que toma não só à criança, mas também ao adolescente, ainda que de forma menos restritiva a partir dos 16 (dezesesseis) (Artigo 127º, nº 1, al. *a* do Código Civil Português; Artigo 4º, inciso I, Código Civil Brasileiro) anos, impedirá que seu desejo seja o único levado em consideração no que tange a realização da eutanásia (nos países onde se admite a eutanásia precoce). Tal desvalor do desejo da criança não parece ser digno de aceitação sem que haja intensos questionamentos. Isso porque, uma coisa é o responsável legal tomar as decisões na esfera patrimonial, contratual; outra completamente diferente é a decisão pelo outro no que diz respeito ao bem estar. Essa tomada de decisão pelos responsáveis pode tanto ser prejudicial no que tange ao não acolhimento do desejo do menor, quanto no que tange a efetivação de um desejo particular, tomado pela incapacidade de lidar com uma criança/adolescente em estado terminal.

A realidade é que o critério de idade a cada dia passa a ser mais questionável, eis que a vivência de um menor na atualidade em nada guarda relação com a de outro em tempos não tão remotos. O acesso à informação, à tecnologia, à cultura de outros povos, faz com que o menor tenha uma maturidade mais avançada para algumas decisões. Por certo que conceder a uma pessoa fisicamente e psicologicamente imatura o poder de escolher sobre a vida é demasiadamente perigoso. Seriam necessários, como são nas legislações que tratam sobre a eutanásia precoce, acompanhamentos complementares, como psicológicos e psiquiátricos a fim de amadurecer o desejo por uma ação tão definitiva.

No que se refere à capacidade (ou falta de) do menor, como resolver o impasse entre menores e responsáveis legais quando a eutanásia for desejada por aqueles, mas negada por estes, uma vez que a legislação já existente (Holandesa e Belga) que permite a eutanásia precoce exige a concordância dos pais para a efetivação do processo de morte?

---

<sup>57</sup> Cabe ressaltar que o instituto da incapacidade nasce no Direito Romano, onde tinha por função garantir a titularidade do pater famílias (o pai como titular do patrimônio familiar), impedindo que os filhos (os sem patrimônio) tivessem capacidade jurídica para decidir ou tomar qualquer providência em nome próprio, ainda que tivessem idade ou fossem mentalmente sãos. Atualmente, a incapacidade civil tem como fundamento o princípio da igualdade, pois leva em consideração a imaturidade do menor, o que faz com que ele necessite ser assistido ou representado nos atos da vida civil.

Por certo que em não havendo a aceitação dos responsáveis, a eutanásia precoce não será realizada, já que é condição de legalidade do ato a anuência dos pais ou responsáveis. Contudo, em concordando a equipe médica com o desejo do menor, sendo a sobrevida deste tomada por sofrimento extremo oriundo de doença incurável, é aceitável defender que deve a máquina judiciária ser provocada, visando a tutela jurisdicional que venha a permitir o ato medicamentoso, tendo como principal motivo de decisão a proteção do melhor interesse do menor de idade, e não de seus pais, reconhecendo a capacidade do menor de exercer sua autonomia em relação ao fim de sua própria vida (como pretendeu o legislador ao dar voz a crianças e adolescentes nos casos em que permite a eutanásia infantil/precoce).

A legislação tem a função de proteger o menor de idade, dada a sua fragilidade psicológica e física. Isto é certo. Mas não deveria ter como função limitar o exercício de uma autonomia (em razão da incapacidade) devidamente amadurecida e comprovada por profissionais da saúde e familiares.

A escolha do encurtamento da vida é uma decisão difícil para quem quer que a tome independente da idade, da crença e da condição social. Obviamente, a presunção em relação ao menor de 18 anos é de imaturidade<sup>58</sup> para as decisões mais complexas da vida. Mas não seria essa presunção relativa?

Pensamos que sim. A relativização dessa presunção deve obrigatoriamente ser respaldada pela distinção do desenvolvimento psíquico que crianças e adolescentes têm, mesmo sendo da mesma idade. Ademais, a pessoa acometida pela doença irreversível e que causa sofrimento tem uma experiência, portanto um desenvolvimento pessoal, muito diferente de outra que não enfrentou um diagnóstico médico grave e o sofrimento incapacitante.

Quem lida com a morte, com a dor e com a proximidade da finitude, não se desenvolve como quem não lida. O caráter e a personalidade individual são, também, forjados pelo sofrimento humano, e nos distingue claramente no enfrentamento de uma situação limite.

---

<sup>58</sup> “Consentir é para a prática médica um conceito que se encontra subjacente ao princípio da liberdade moral, autonomia e dignidade e que se converteu num dos pilares do quotidiano de um médico. Amiúde, os médicos questionam-se se uma criança terá ou não capacidade para consentir”. MATOS, Mafalda Francisco. Op. cit. p. 51.

Justamente em respeito à capacidade de consentir do menor de idade, o Professor alemão Amelung<sup>59</sup> distingue o consentimento informado do menor da capacidade civil. Para Amelung, o conceito de consentir se divide em quatro momentos: capacidade de decidir sobre valores; capacidade para compreender fatos; capacidade para compreender alternativas e, por fim, capacidade de autodeterminação com base na informação obtida. Se presentes esses quatro momentos, ainda que o menor seja incapaz civilmente, terá ele capacidade plena para consentir.

Assim, para o professor Amelung, a capacidade para consentir difere da capacidade civil, uma vez que nesta o objeto a ser protegido juridicamente é o patrimônio, ao passo que no consentimento o objeto a ser garantido são os direitos da personalidade.

Em síntese, utilizando-se desse raciocínio, que parece um tanto quanto lógico, e que vai ao encontro da dignidade e a liberdade garantida também ao menor de idade, o consentimento informado do menor pode, e deve, ser considerado válido, independente do consentimento de seus responsáveis, para fins de tratamento médico. Essa teoria é bastante importante no que tange à eutanásia precoce passiva, pois oferece ao menor condições de negar o tratamento desde seu início ou de interrompê-lo, desde que devidamente informado e consciente das consequências de tal ato.

Aliás, a legislação civil portuguesa, apesar de não aceitar a eutanásia nem em adultos nem em crianças, tem um artigo de lei bastante interessante no que tange a aplicação da legislação escrita ao contexto concreto. O artigo 9º, número 1 do Código Civil, permite ao interprete da lei levar em consideração, no momento de sua aplicação, as condições específicas do tempo em que é aplicada. Ou seja, há uma permissão legal, por certo que obedecendo ao que pretendeu o legislador (no nosso caso específico, a defesa do menor de idade), para que a interpretação do texto legal seja feita de forma sistêmica, sendo considerados critérios inclusive extralegais, como é a adequação da situação ao tempo. Essa própria adequação da decisão do interprete poder levar em consideração as condições existentes que relativizam a norma escrita e rígida. Por certo que a capacidade de consentir ou não no tratamento médico exclusivamente por parte do menor (sem precisar da anuência de seus responsáveis) é assunto onde o juiz terá difícil mobilidade, pois o legislador português ainda não pretendeu garantir ao menor capacidade suficiente para

---

<sup>59</sup> NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. “O incapaz e o consentimento informado”. *Sequência*. Florianópolis, a. XXVII, p. 298, dez. 2007.

caminhar sozinho na estrada da disponibilidade da sua integridade física (artigo 38º, n º 1 combinado com n º 3 do mesmo artigo, Código Penal Português).

#### 4.1. Declaração antecipada de vontade – um direito do menor?

*O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência*<sup>60</sup>.

O testamento vital, ou a declaração antecipada de vontade, é um instrumento extremamente valioso no tratamento médico, uma vez que é nele que estão contidas as vontades do paciente sobre os tratamentos a que deseja<sup>61</sup> ou não se submeter nos casos em que já não mais possua capacidade de se expressar (autodeterminação preventiva), ou, também, nomear a (s) pessoa (s) que tomará (tomarão) a decisão sobre a continuidade do tratamento ou não no caso de sua inconsciência.

É este documento que garante ao paciente que sua vontade estará a todo tempo, inclusive na ausência da sua consciência, acima do que eventualmente decidiriam seus representantes legais ou os médicos que o tratam<sup>62</sup>. Além dessa garantia ao paciente, este documento é demasiadamente importante para a equipe médica, que tem documentado os tratamentos que estão autorizados a fazer, esquivando-se, desta forma, de eventual imputação de arbitrariedade no tratamento médico.

Em oposição aos argumentos favoráveis a existência e ao fomento da elaboração do testamento vital, invoca-se que o desejo expressado em tal documento, pelo decurso do tempo entre a declaração e o seu uso, pode não mais expressar a vontade atual daquele que,

---

<sup>60</sup> Texto expresso do artigo 2º da Convenção Para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, que entrou em vigor em Portugal em 01 de dezembro de 2001.

<sup>61</sup> Há que se respeitar a vontade do paciente em ter manejado até os últimos recursos existentes, ainda que não sirvam para curá-lo. O temor de não ter seu desejo atendido, caso não houvesse um documento expresso, tornaria ainda mais angustiante a situação de pessoas idosas ou enfermas. Nesse sentido, exemplifica-se a situação de idosos que fugiram da Holanda tão logo foi liberada a Eutanásia com medo de que seus familiares decidissem por colocar fim a vida deles. DEUTSCHE WELLE. *Idosos fogem da Holanda com medo da eutanásia*. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/idosos-fogem-da-holanda-com-medo-da-eutan%C3%A1sia/a-1050812>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

<sup>62</sup> Convenção de Oviedo, “**Artigo 9.º - Vontade anteriormente manifestada** - A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”.

agora, se encontra incapacitado de se manifestar<sup>63</sup>. Em especial em virtude da evolução da medicina, que a cada dia modifica e se desenvolve de forma a fornecer às pessoas mais informação sobre sua condição de saúde, e a viabilidade de uma continuidade de vida, ainda que minimamente, digna.

Cabe destacar que a falta da atualidade na expressão do desejo do paciente é uma circunstância que gera muita cautela na comunidade jurídica. Isto porque, o consentimento que importa, em especial no que tange ao direito penal, é o atual. É por esse motivo que, apesar de conceder o devido valor ao instrumento de expressão do desejo, se reconhece que o médico, em tendo conhecimento de que o paciente teve alterações em sua vontade, mas não houve tempo hábil em formalizá-las, decida pela continuidade do tratamento. A dúvida médica em relação ao conflito dos desejos pretéritos e presentes do paciente, também legitimam o médico a agir em prol da manutenção da vida (*in dubio pro vita*)<sup>64</sup>.

Historicamente, o primeiro país do mundo a dar a devida importância a diretivas antecipadas de tratamento foi os Estados Unidos, justamente pela sua cultura de respeito à autonomia pessoal e a privacidade.<sup>65</sup> Outros países onde o desejo do paciente tem estatuto reconhecido e respeitado são Inglaterra, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Holanda e Bélgica<sup>66</sup>. Contudo, apesar do reconhecimento cada vez mais arraigado sobre o direito à autodeterminação, como expressão da liberdade a todos nós garantida, o testamento vital não é um instrumento de uso disseminado, mas, ao contrário, realizado por parte pequena da população dos países onde ele já está regulamentado.

---

<sup>63</sup> A alteração do consentimento é livre de qualquer formalidade, e constitui um direito fundamental previsto no artigo 5º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, também conhecida como Convenção de Oviedo.

<sup>64</sup> Inclusive essa é a determinação da Convenção de Oviedo no que tange a atuação do médico quando não é possível aferir o consentimento apropriado no momento de urgência. Diante do desconhecimento do desejo do paciente, a ordem é pelo tratamento, a fim de que se salve uma vida. (Artigo 8.º - Situações de urgência – “Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa”).

<sup>65</sup> Neste sentido, SANTOS, Laura Ferreira dos. *Testamento Vital: O que é? Como elaborá-lo?*. Lisboa: Sextante, 2011. p. 91.

<sup>66</sup> *Ibid.* p. 98.

Por certo que se faz necessária alguma regulamentação legal<sup>67</sup> para que este documento seja válido<sup>68</sup>, até mesmo para afastar possíveis circunstâncias de fraude ou de interesse de terceiros na vida ou na morte do paciente.

Em Portugal, este tipo de instrumento já está regulamentado pela Lei 25/2012 e disponibilizado<sup>69</sup> na página eletrônica do Ministério da Saúde Português (o que torna o acesso ao instrumento viável a todos os que dele desejam fazer uso). No entanto, ainda se recorre pouco a ele<sup>70</sup>, seja pelo desconhecimento da sua existência pela maioria da população, seja pelo receio de tratar de um assunto tão difícil: a finitude.

Há ainda em Portugal, previsto nos artigos 11º e seguintes da Lei 25/2012, a figura do procurador de cuidados da saúde. Muitas vezes o paciente não deseja tomar a iniciativa de decidir seu destino no caso de incapacidade, mas confia a um terceiro a decisão dos cuidados com sua saúde por meio de uma procuração específica para cuidados da saúde. Por força do artigo 4º da Lei 25/2012 não pode o menor de idade outorgar a procuração de cuidados da saúde por ser considerado civilmente incapaz.

No Brasil ainda não há legislação federal sobre o tema, mas o Conselho Federal de Medicina já regulamentou na área médica o direito do paciente de escolher até em que momento deseja ser tratado por meio da Resolução nº 1995/2012. Contudo, apesar da visível tentativa de preencher a lacuna deixada pela falta de regulamentação legal sobre o

---

<sup>67</sup> “Seja como for, tanto a recomendação (1999) 4 como a (2009) 11 insistem no princípio da subsidiariedade, ou seja, na “tendência existente na legislação para dar prioridade ao estabelecimento de poderes privados de procuração e de directivas antecipadas vinculativas em vez de privilegiar medidas públicas de proteção (Council of Europe, European Committee on Legal Cooperation, 2009, nº 70). Se a legislação nacional exigir que o documento de procuração – ou de directivas Antecipadas – seja assinado por testemunhas (em geral, duas), o seu papel limita-se a certificar que o outorgante tinha capacidade para atribuir os poderes estabelecidos. A mesma legislação deverá ditar que tipi de testemunhas são autorizadas (por exemplo, não familiares, pessoas que, em princípio não irão beneficiar com a morte do outorgante, etc.)”. Ibid. pp. 114-115. Assim, nota-se que a regulamentação das Directivas Antecipadas de tratamento médico deve deixar ao máximo livre o paciente que dela faz uso, delimitando apenas as formalidades necessárias para que o documento tenha validade, sem que se adentre no âmbito pessoal de seu conteúdo.

<sup>68</sup> A depender do conteúdo do testamento vital, pode a equipe médica não dar cumprimento à vontade ali expressa. Exemplos de situações em que é possível ao médico deixar de atender a directiva antecipada são “casos em que o pedido é contrário à lei (no caso de solicitar eutanásia, por exemplo, num país em que ela não esteja despenalizada; que a directiva tem tantos já anos que se julga difícil saber se ela representa fielmente a vontade da pessoa (...)). Se a lei assim determinar, a classe médica (e outro pessoal da saúde) poderá ter direito a objecção de consciência quanto à efectivação de uma Directiva Antecipada, mesmo que ela venha a ter um estatuto vinculativo”. Ibid. pp. 87-88.

<sup>69</sup> SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE. *Testamento Vital*: Um direito dos cidadãos. Disponível em: <<https://servicos.min-saude.pt/utente/Info/SNS/RENTEV>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>70</sup> Vide: <[http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?id\\_news=814961](http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?id_news=814961)>. Acesso em: 14 set. 2016.

tema, a resolução parece não conceder a mesma abrangência ao testamento vital que concedem as legislações europeias.

Como já mencionado, no decorrer das últimas décadas, o testamento vital vem sendo implementado em diversos países do mundo<sup>71</sup>, principalmente em respeito à autonomia da pessoa, e, também, visando evitar que a vontade da pessoa já incapacitada de se expressar tenha que ser presumida por familiares e/ou pelo judiciário. Decidir pela continuação do tratamento ou pela sua interrupção, ou ainda, nos locais permitidos, pela eutanásia acarretaria enorme insegurança não só jurídica, mas moral, para aqueles que tivessem que decidir pelo paciente. A presunção é um indicativo, mas não uma certeza, que poderia levar a uma luta judicial de anos entre familiares, trazendo imenso sofrimento e gasto econômico<sup>72</sup>.

Ocorre que esse tipo de expressão de vontade, até a presente data, não pode ser utilizada pelas crianças ou adolescentes, nem nos países onde se admite a eutanásia infantil (o que é de se estranhar, uma vez que é permitida à criança e ao adolescente a escolha pela interrupção da vida, mas não a elaboração de um testamento vital que guiaria a todos sobre sua vontade no caso de inconsciência), por ser um dos requisitos, ao que tudo indica universal, desse instrumento que a pessoa seja maior de idade e capaz.

**A questão que se levanta nesses casos, reconhecendo que nos países onde se admite a eutanásia infantil/precoce atribui-se, ainda que concorrente ao dos pais, o poder de escolha da criança ou do adolescente no pedido do encerramento da vida, é: como proteger os interesses de uma criança/adolescente, que se torna inexpressivo devido ao avançar da doença que o acomete, se nessas legislações excepcionais e permissivas a vontade deste tem que ser expressa?**

---

<sup>71</sup> Como, por exemplo, além do citado, Bélgica ([http://www.belgium.be/fr/sante/soins\\_de\\_sante/fin\\_de\\_vie/euthanasie](http://www.belgium.be/fr/sante/soins_de_sante/fin_de_vie/euthanasie)); Alemanha (§§1901-1904 do Código Civil); Estados Unidos da América (legislação federal de 1991 que instituiu o *Patient Self Determination Act* (PSDA)).

<sup>72</sup> Exemplo bastante conhecido de uma demanda judicial que durou anos e consumiu uma família é o de Terri Schiavo, uma americana que, depois de longa batalha judicial entre seus pais e seu marido, teve seus aparelhos desligados e acabou por morrer de inanição. CAPLAN, Arthur. *Ten Years After Terri Schiavo, Death Debates Still Divide Us*: Bioethicist. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/health/health-news/bioethicist-tk-n333536>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

A legislação civil concede em determinados casos, a depender do país e da legislação nacional, legitimidade para atos civis ao menor<sup>73</sup>. Por que não conceder nesses casos? Em segundo lugar, como exigir da criança ou do adolescente expressa comunicação da vontade se não disponibilizam a ele todos os instrumentos existentes para tal?

Ademais, há expressa previsão na Convenção de Oviedo<sup>74</sup> sobre o respeito à opinião do menor em relação ao seu tratamento médico, o que torna um direito fundamental a autonomia (ainda que limitada) a ele inerente, exigindo-se, por consequência, o respeito pelo que foi expressado.

Cabe salientar que a Bélgica, expressamente, permite que menores emancipados possam elaborar seu testamento vital. Contudo, a possibilidade da emancipação pela legislação belga se dá apenas a partir dos 15 anos<sup>75</sup>. Já a lei penal holandesa (artigo 2º, 2 do Código Penal Holandês) permite que os adolescentes a partir dos 16 anos podem ter atendido seu pedido de eutanásia deixado por escrito, quando já não possam mais se expressar plenamente. Em síntese, na Bélgica, a partir dos 15 anos, o adolescente poderá fazer sua declaração de vontade, desde que seja emancipado; já na Holanda, a pessoa, a partir dos 16 anos, poderá deixar por escrito sua vontade e será atendida, desde que preenchidos os requisitos legais que mais a frente trataremos.

Assim, percebe-se que há uma lacuna grande em relação a algumas faixas etárias, no que tange a possibilidade da declaração de vontade. Na Bélgica, como ficariam os menores de 15 anos, que um dia puderam se expressar, mas depois passam a não mais poder? A necessidade de emancipação para essa expressão da vontade não caracterizaria um complicador no exercício do direito à autonomia que pertence a qualquer pessoa nascida? No que tange à Holanda, entre os 12 (idade inicial onde se permite a eutanásia) e os 16 anos, como poderia o adolescente deixar gravado sua vontade pela eutanásia? É um contrassenso permitir que o menor de 16 anos possa, desde que conscientemente, requerer

---

<sup>73</sup> Em Portugal, por exemplo, esses atos excepcionais que podem ser praticados por menores, sem que necessitem de emancipação, constam nos artigos 126º e 127º do Código Civil Português. Já no Brasil, são exemplos dessa concessão legal os artigos 180, 589, 666 do Código Civil Brasileiro.

<sup>74</sup> “Artigo 6.º - 2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

**A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade**” (grifo nosso).

<sup>75</sup> Vide: <<http://bruxelles-j.be/exercer-tes-droits/tu-es-mineur/lemancipation-quest-ce-que-cest/>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

pela eutanásia ativa, mas não permitir que ele deixe esse desejo por escrito através de uma Declaração de Antecipação de vontade.

A linha mais correta a nosso ver, que responderia ao menos a maior parte das indagações anteriormente feitas, seria a concessão legal da capacidade ao menor de idade para a elaboração do testamento vital, com o devido acompanhamento dos seus responsáveis legais, com toda orientação psicológica e médica possível, em especial e principalmente nos países onde se admite a eutanásia infantil/precoce. Reconhecendo, dessa forma que quem pode optar pelo cessar da vida ou pelo cessar do tratamento médico, com mais razão e direito pode optar por deixar seu desejo por escrito, de forma a instrumentalizar formalmente sua vontade (afinal, quem pode o mais, tem que poder o menos).

## CAPÍTULO III – DO INSTITUTO DA EUTANÁSIA PRECOCE FRENTE AO DIREITO PENAL

### 1. Introdução

*Se é verdade que há fenómenos da vida que apresentam graus profundos de opacidade – apesar de tudo desvendáveis cognitivamente, analisáveis cientificamente e apreensíveis compreensivamente – é indesmentível, não obstante a sua inevitabilidade, que o único fenómeno absolutamente opaco da vida é a morte*<sup>76</sup>

A vida é um bem jurídico tutelado por diversos ramos do direito, como já demonstrado no decorrer deste trabalho. Contudo, é em relação ao direito penal, pela sua natureza sancionatória e gravosa, que as atenções se voltam quando se trata da eutanásia.

Por certo que o desrespeito à vida é antes o desrespeito a um direito fundamental, garantido expressamente nas Cartas Magnas existentes. Mas é o direito penal que causa maior preocupação para quem lida com a situação extrema que é a transição da vida para a morte. É o medo da pena, da repercussão penal (seja na esfera íntima, seja na esfera pública), que mais aflige quem deseja auxiliar ou provocar a morte antecipada. É tentando evitar, principalmente, mas não só, uma sanção penal para terceiros que a pessoa que roga pela boa morte (na modalidade de cessação do tratamento) se utiliza dos mais diferentes meios para deixar expresso que era esse o seu desejo.

Assim, antes de adentrarmos as imputações penais propriamente ditas, importa dizer que a vida (bem jurídico) que o direito penal visa proteger, no que tange a eutanásia, é a da pessoa nascida, que já possui existência biológica. Antes do nascimento, o bem jurídico protegido pelo direito penal é a vida humana em formação (mesmo assim, muitas legislações excepcionam determinadas condutas abortivas tornando o fato atípico para fins de imputação penal). Desta forma, é possível afirmar que “o direito não faz distinções

---

<sup>76</sup> COSTA, José de Faria. “O fim da vida e o direito penal”, op. cit. p. 765.

entre vidas humanas pessoais, mas distingue entre fases da vida humana para efeitos de proteção, designadamente jurídico-penal.”<sup>77</sup>.

A vida, para o ordenamento jurídico, termina com a cessação das funções cerebrais (a morte encefálica)<sup>78</sup>. Até a ocorrência desse momento, juridicamente, considera-se que a pessoa está viva, e que qualquer antecipação medicamentosa da morte, configura, salvo nos locais onde é permitida a eutanásia, o crime de homicídio ou de auxílio ao suicídio (a depender de quem possuía o domínio final do fato).

Em relação à eutanásia dos menores de idade (seja ela ativa ou passiva) a situação dos médicos e dos pais é ainda mais delicada, pois, pela legislação vigente, são essas pessoas verdadeiros garantidores da integridade do menor enfermo<sup>79</sup>. Assim, qualquer resultado, pela posição legal de garante, pode ser imputado na esfera criminal tanto ao médico quanto aos pais ou responsáveis da criança. Essa situação torna ainda mais frágil a atuação desses personagens no atendimento ao desejo do incapaz. Tal condição também merecerá atenção quando tratarmos das possíveis implicações penais que possam vir a responder no caso da prática da eutanásia precoce.

No momento final da análise das consequências penais da ação que antecipa a morte do paciente, serão visitadas causas que visam afastar a incidência do direito penal de condutas praticadas com o consentimento da “vítima”, visando perceber se é possível a ampliação desses institutos despenalizadores nos casos da eutanásia precoce.

## **2. Responsabilidade penal do médico ou de terceiros envolvidos no processo da “boa morte”**

É necessário que se tenha como base para essa discussão que a eutanásia só é defensável em situação extremada de saúde (irreversibilidade da doença diagnosticada), onde já não se tenha mais viabilidade de alguma qualidade de vida, se esteja em sofrimento em grau agudo e seja esse procedimento desejo do paciente.

---

<sup>77</sup> DIAS, Augusto Silva. *Direito Penal – Parte Especial*. Crimes contra a vida e a integridade física. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2007. p. 16.

<sup>78</sup> As legislações de doação de órgãos auxiliam o direito penal ao estipularem o momento da morte como a cessação das atividades cerebrais – Exemplo: Legislação portuguesa: artigo 12º da Lei 12/93; legislação brasileira: artigo 3º da Lei 9434/97.

<sup>79</sup> Em Portugal, ao médico é vedada a participação em eutanásia e auxílio ao suicídio, no termos do artigo 57º, nº 2 do Regulamento 14/2009 (Código Deontológico da Ordem dos Médicos).

Ou seja, não é qualquer doença, ou qualquer estágio de doenças graves que permitiriam a eutanásia, ao menos na forma ativa, nos países onde ela é efetivamente permitida. Também resta criminalizada a morte provocada de uma pessoa que, ainda que muito doente, esteja conseguindo obter qualidade de vida com o tratamento ministrado.

A eutanásia, por quem a defende, é sempre a última escolha. Em sendo possível a manutenção da vida com qualidade, ainda que não excelente, a decisão deve ser pela continuidade da vida, em respeito não só ao direito fundamental, mas a todo um conceito social e ético onde a vida não pertence a uma só pessoa, mas é do interesse da coletividade, principalmente para manutenção da espécie e da segurança jurídica.

Outro ponto que deve restar límpido é que a eutanásia é um procedimento médico. No caso de terceiros não médicos atuando na tentativa de ajudar ao paciente, há sim um atuar piedoso, mas que fatalmente será levado a julgamento se conhecida a conduta ativa ou omissiva, restando à defesa da pessoa apelar para as justificantes, excludentes legais, e, em último caso, para o privilégio.

Ultrapassada as condições em que se discute o instituto da eutanásia, diversos são os crimes que podem ser imputados a pessoa que auxilia o doente terminal no seu objetivo de morrer. São eles: homicídio, ainda que na forma privilegiada; homicídio a pedido (forma de privilegio específico); assistência ao suicídio; e quaisquer outros que venham a ter conexão com esses fatos principais.

O médico, que é normalmente a quem é pedido auxílio para o fim da vida de forma indolor e mais digna possível, pode ainda sofrer sanções éticas e civis (responsabilidade civil do médico), nos locais onde não se admite a eutanásia.

Analisemos os tipos penais em que podem incidir sobre os médicos e sobre terceiros que auxiliam de algum modo o paciente a morrer, tendo como base a legislação portuguesa.

## **2.1. Homicídio (Artigos 131º e 132º do Código Penal Português)**

A relevância do tipo penal do homicídio simples na esfera da eutanásia se encontra no campo das eutanásias passivas e ativas realizadas sem que tenha havido consentimento do paciente tomado pela doença sofrida e incurável.

Como será tratado mais adiante, o pedido pela morte leva a tipificação do ato para o artigo 135º do Código Penal (homicídio a pedido), retirando-o das penas mais severas aplicadas ao homicídio simples e ao homicídio qualificado.

É necessário compreender que o tratamento médico pode ser negado pelo paciente, não sendo facultado ao médico acatar ou não esse pedido, desde que o paciente tenha o esclarecimento completo de sua situação. Ao criminalizar a conduta de intervenção médica (artigo 156º, Código Penal), o direito Penal cria para o médico um dever jurídico de respeito à decisão do paciente, em obediência a disponibilidade da integridade física, retirando-o, portanto da qualidade de garantidor. A retirada do médico da esfera de garantidor propicia a impossibilidade de lhe imputar quaisquer crimes pela omissão que antecipa a morte.

Todavia, há casos em que o paciente deseja o tratamento e o médico, por entender descabido devido ao sofrimento que presencia e a irreversibilidade do quadro, opta por não realizar as intervenções necessárias que ao menos prolongariam a existência do paciente. Nesses casos, “detendo o omitente uma posição de garante, a sua conduta, desde que determinante de uma morte antecipada do enfermo, constitui por via de princípio um homicídio doloso sob a forma de omissão (arts. 131º, 132º e 10º)”.<sup>80</sup>

Destaque-se, por oportuno, que a previsão legal do homicídio simples visa tutelar (proteger) a vida humana, e é a base legal no direito penal para todas as variações que dele derivam: em se tratando de maior desvalor na conduta homicida, a legislação o qualifica; em se tratando de uma conduta piedosa ou realizada com violenta emoção, a legislação o privilegia. A legislação de alguns países (como Brasil e Portugal, por exemplo) segue, ainda, punindo os crimes contra a vida nas variações de auxílio à retirada da própria vida, como é o caso de incitamento ou ajuda ao suicídio.

Como a vedação ao homicídio visa proteger o maior bem jurídico que detém o indivíduo, é importante a discussão sobre o momento em que essa proteção se inicia para o direito penal, sendo possível o enquadramento de uma conduta atentatória a vida na figura homicida. Há, sobre este tema, duas teses, conforme FIGUEIREDO DIAS<sup>81</sup>: para a primeira corrente o momento em que se inicia a vida protegida é o da complementação do

---

<sup>80</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo et al. Op. cit. p. 25.

<sup>81</sup> Comentário ao Artigo 131º. Ibid. p. 6, § 7.

nascimento, nos termos do artigo 66º -1 do Código Civil Português (a jurisprudência alemã adota essa tese); já para a segunda corrente, o momento da proteção da vida extrauterina ocorre com o início do parto. No que tange ao fim da proteção jurídico-penal da vida, esta se dá com a morte cerebral, nos termos do artigo 2º da Lei 141/99. Assim, ainda no ventre, em sendo o feto acometido por doença incurável, que lhe retiraria a possibilidade de sobrevivida após o parto, optando a mãe interromper a gravidez, estar-se-á diante de um aborto (autorizado pelas legislações mais liberais). A eutanásia só se caracteriza como procedimento, ainda que ilegal, a partir do momento em que já haja vida extrauterina<sup>82</sup>.

Visto que a falta de tratamento médico por iniciativa exclusiva do médico, bem como a eutanásia ativa sem que haja pedido da vítima, se inserem na figura do homicídio, no primeiro caso por omissão, passa-se a analisar a questão do menor de idade.

Como é necessário consentimento válido para a cessação ou para a não iniciação do tratamento médico, sendo que a legislação civil não concede ao menor de 18 (dezoito) anos capacidade para os atos da vida civil, e a legislação penal também não a concede ao menor de 16 (dezesesseis) anos, o médico que, atendendo ao pedido do menor, deixa de tratá-lo de forma a antecipar sua morte, pode ser responsabilizado por homicídio Simples ou qualificado (artigo 132º, nº 2, al. c, Código Penal), a depender das circunstâncias do fato.

Assim, a falta de capacidade de consentir do menor, faz com a figura de garante do médico permaneça por toda a relação médico/paciente, não lhe sendo permitido se curvar ao desejo do menor de 16 anos, sob pena de responder por um ato homicida (artigo 10º, nº 2 do Código Penal), seja na forma omissiva (quando deixa de aplicar o tratamento), seja na forma comissiva (quando efetivamente age para o resultado morte).

Deste modo, a diferença sobre o enquadramento do ato omissivo do médico no homicídio dependerá da inexistência de consentimento para o não tratamento no caso dos adultos, e da indiferença para a legislação penal do consentimento do menor em relação ao tratamento médico.

Em se tratando de recém-nascidos<sup>83</sup>, ensina-nos Helena Moniz<sup>84</sup> que, nos casos da eutanásia precoce que se dá, em regra, na modalidade da omissão do tratamento médico

---

<sup>82</sup> Em sentido contrário, Jacques Milliez aduz que o aborto realizado quando há inviabilidade do feto ou doença incurável, estar-se-á diante de uma eutanásia fetal. MILLIEZ, Jacques. Op. cit. 186 p.

<sup>83</sup> No caso dos recém-nascidos não há que se falar em infanticídio (artigo 136º do Código Penal Português; artigo 123 do Código Penal Brasileiro), uma vez que os casos de eutanásia ativa ou passiva não se

aos recém-nascidos acometidos de doenças gravíssimas e irreversíveis, a problemática também se dá no campo da ausência de autodeterminação em relação à vida, presente no caso das pessoas capazes ao recusarem o tratamento. Isto porque, a pessoa adulta opta deliberadamente pela não realização do tratamento, tomando uma decisão consciente e informada. Ao passo que o recém-nascido não possui essa condição (sendo ainda mais desequilibrada a relação médico/paciente do que nos casos em que a criança já exprime seu desejo) e por isso tem o seu tratamento condicionado a opiniões ou interesses de terceiros (pais e equipe médica).

Em que pese reconhecer a fragilidade dos recém-nascidos face aos desígnios que lhes são impostos na omissão de tratamento, a referida autora, buscando retirar da esfera de incidência penal a conduta de quem decide pela omissão, bem como de quem omite o tratamento médico, faz uma analogia entre o recém-nascido inviável e o feto inviável, que pode ter sua gestação interrompida a qualquer tempo, nos termos do artigo 142º, nº 1, c do Código Penal Português. Ora, se o feto inviável pode ter sua formação interrompida legalmente a qualquer tempo é porque, para o direito penal, a antecipação de seu fim é indiferente. Ou seja, se não há viabilidade dentro do útero, nem fora, não faria diferença optar pelo aborto legal, ou pelo nascimento com a conseqüente omissão no tratamento médico, pois ambos teriam o mesmo resultado prático. Assim, seja no aborto, seja na omissão de tratamento (que, em tese, configuraria homicídio por omissão), estar-se-ia diante de fatos atípicos.

No caso de recém-nascidos inviáveis, a eutanásia passiva parece de fato não configurar crime, pois, ainda que o médico agisse de forma a oferecer tratamento, este apenas se daria de forma paliativa. O que é inviável por si só já tem um destino traçado, independente da atuação humana. Aliás, faz-se aconselhável a omissão ou interrupção de tratamento meramente protelatório, em especial em casos de amplo sofrimento, de forma a evitar o encarniçamento terapêutico (distanásia).

---

enquadram nos requisitos legais pra tipificação. Dois requisitos básicos surgem (tanto no Brasil quanto em Portugal) para que se caracterize o infanticídio: ser a mãe a autora da morte do recém-nascido, e estar a mãe sob influência do estado puerperal. Nos casos de eutanásia ativa em recém-nascido, como a pessoa, nesse caso concreto a mãe, está movida pela piedade diante e quadro clínico irreversível, não há que se falar no crime de infanticídio. O enquadramento mais adequado no caso seria do homicídio privilegiado.

<sup>84</sup> MONIZ, Helena. “Eutanásia Precoce: dúvidas e interrogações”. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal: Uma Perspectiva Integrada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp 343-357.

Em relação aos recém-nascidos viáveis, porém acometidos de doenças graves e irreversíveis, não nos parece que a analogia ao aborto legal se mantém. Isto porque há limitação legal ao prazo para o aborto, demonstrando que o direito penal passa a proteger o nascituro a partir de um determinado prazo de gestação. Com mais razão e firmeza, protegerá também após o nascimento, imputando à ausência do tratamento médico a figura do homicídio por omissão.

Em se tratando de eutanásia ativa, seja em relação aos adultos, seja em relação aos menores de idade, em não havendo pedido do paciente pela morte, a conduta médica encontrará sua melhor adequação também no crime de homicídio, seja na forma simples, seja na qualificada (artigo 132º, nº 2, al. c, Código Penal), ou na privilegiada (artigo 133º, Código Penal) a depender do grau de afetuosidade entre o agente e o paciente e da violenta emoção que o toma no momento em que aceita agir para matar por piedade.

## **2.2. Homicídio Privilegiado - Artigo 133º do Código Penal Português**

A morte de uma criança ou adolescente pelos seus descendentes, em tese, indicaria inicialmente, numa análise distanciada do motivo, para um homicídio qualificado, em razão da qualidade da vítima.

No entanto, a qualificadora que incidiria sobre o fato não se confirma nos casos em que a morte é provocada pelo sentimento de piedade de um ou mais descendentes, uma vez que a qualificação “exige que a prática do homicídio revele uma especial censurabilidade ou perversidade do agente”, conforme nos ensinam os Professores Doutores José de Figueiredo Dias e Nuno Brandão<sup>85</sup>. Destaque-se que não é o outro o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça Português, conforme sumário abaixo transcrito:

“I - Não deve considerar-se homicídio qualificado o crime de morte praticado pelo pai e por um irmão da vítima, por ocasião de agressão ao primeiro e na sequência de outras anteriores perpetradas pelo filho assassinado.

**II - O homicídio qualificado em razão do parentesco do agressor e da vítima verifica-se quando acresce ao mal do crime desprezo pelos deveres de respeito, apoio e amizade, inerentes aos laços familiares**” (grifo nosso) (Processo: 047689. Nº

---

<sup>85</sup> DIAS, José de Figueiredo et al. Op. cit. p. 57, § 15.

Convencional: JSTJ00027959. Relator: PEDRO MARÇAL. Data de julgamento: 15/11/1995).

Diante da ausência da especial censurabilidade ou perversidade do (s) agente (s), tecnicamente faz-se mais acertada a imputação do crime de homicídio privilegiado, onde a pena é consideravelmente atenuada.

O homicídio privilegiado traz menor censurabilidade da conduta do agente em virtude da exigibilidade diminuída<sup>86</sup> com a qual ele se depara no momento da prática do ato típico. O descendente que acaba por praticar a eutanásia de forma ativa se encontra no chamado estado de afeto que, apesar de não afastar a incidência do direito penal (é possível entendimento em contrário, conforme será tratado mais adiante no tópico sobre a inexigibilidade de conduta diversa), diminui de forma considerável a pena que lhe será atribuída.

Por certo que só se pode falar em homicídio privilegiado nos casos de eutanásia quando não há pedido expresso e *válido* da vítima. No homicídio privilegiado há a ação de pessoas (tratamos dos ascendentes mais precisamente como forma de demonstrar que a qualificadora do homicídio nem sempre se aplica) que, tomadas do sentimento de piedade, e entendendo ser a morte a melhor solução para o alívio de situação que já se mostra insuportável, age por conta própria, baseado exclusivamente em sua convicção pessoal.

Esse tipo de eutanásia, que não se dá a pedido, e que se enquadraria na forma privilegiada do homicídio, seria a realizada em pessoas que já não podem mais expressar suas vontades, seja pelo estado vegetativo em que se encontra ou pela falta de consciência plena que impeça a validade de um eventual pedido.

Destaque-se, para melhor análise do tipo penal ora tratado que dois são os critérios básicos para o reconhecimento do privilégio: o primeiro é a razoabilidade da motivação – a legislação penal dá prevalência à relação entre a situação que gerou a emoção ensejadora do crime e a sua aptidão para gerar essa mesma emoção. Em relação ao tema aqui proposto, o sofrimento do menor (motivo), advindo de uma doença incurável, seria capaz de gerar em seus descendentes a compaixão (emoção) que levaria ao cometimento do ato típico; o segundo critério seria conhecer, levando-se em consideração o tipo social e psicológico do agente, se a situação vivenciada é compatível com a emoção produzida – ou

---

<sup>86</sup> Neste sentido, Ibid. p. 81, § 1.

seja, qual grau de exigibilidade de atuação conforme a norma é permitido no caso concreto. Nesse critério encontra-se a individualização da conduta do agente como forma de determinar sua culpa no evento criminoso<sup>87</sup>.

Aliás, como já viemos tratando, o ponto crucial a ser discutido no caso da eutanásia precoce, é a validade do pedido do menor de idade, para efeitos de atenuação do fato a ser imputado ao agente. Isto porque, civilmente, o menor de idade é inimputável, o que faz com que suas vontades não sejam juridicamente válidas, salvo exceções legais. Logo, qual seria a relevância do pedido do incapaz pela idade para efeitos de enquadramento legal da conduta de quem aceita seu pedido de morrer?

De acordo com o artigo 130º do Código Civil Português, apenas aos 18 (dezoito) anos a pessoa tem capacidade de se reger. Ou seja, antes dos 18 anos, nos termos do artigo 123º do mesmo diploma legal acima citado, o menor de idade carece de capacidade para o exercício de direitos.

Apesar do próprio artigo 123º do Código Civil Português excetuar essa incapacidade do menor de 18 anos nos casos em que a lei prevê, não há no ordenamento jurídico nacional uma norma que permita expressamente a atenuação do homicídio a pedido do menor.

Ressalte-se que a legislação penal, quando quer tratar de algum assunto referente ao menor de idade o faz expressamente, como no caso do induzimento ao suicídio.

---

<sup>87</sup> Os critérios apresentados são os mesmos utilizados pelo Supremo Tribunal de Justiça, conforme se pode depreender do texto do acórdão transcrito: “I -A compreensível emoção violenta; a compaixão; o desespero; ou um motivo de relevante valor social ou moral constituem cláusulas que apontam para a redução da culpa, ou cláusulas de privilegiamento, ou elementos privilegiadores, traduzindo estados de afecto vividos pelo agente, ou causas de atenuação especial da pena do homicídio.

II - A compreensível emoção violenta é um forte estado de afecto emocional provocado por uma situação pela qual o agente não pode ser censurado e à qual também o homem normalmente “fiel ao direito” não deixaria de ser sensível.

III - **O preceito do art. 133.º do CP coloca à cláusula da emoção violenta maiores exigências do que em relação às restantes cláusulas, sofrendo uma dupla exigência que se configura como um duplo controlo: tem de ser compreensível (sendo que nem a compaixão, nem o desespero estão sujeitos à cláusula da compreensibilidade), e tem de diminuir sensivelmente a culpa do agente; um duplo controlo a avaliar e ponderar nos limites de determinação da culpa** (grifo nosso).

IV - A norma do art. 40.º do CP condensa, em três proposições fundamentais o programa político criminal sobre a função e os fins das penas: protecção de bens jurídicos e socialização do agente do crime, sendo a culpa o limite da pena, mas não seu fundamento. E, na determinação da medida concreta da pena, o tribunal está vinculado, nos termos do art. 71.º, n.º 1, do CP, a critérios definidos em função de exigências de prevenção, limitadas pela culpa do agente. (Trecho de sumário retirado do processo 844/11.8JAPRT, de relatoria do Ministro Henriques Gaspar. Decisão contida no endereço eletrónico <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/97913405528fecce80257c1a00502f20?Op enDocument&Highlight=0,armas,muni/prct.C3/prct.A7/prct.C3/prct.B5es>>).

No entanto, há norma geral no Código Penal determinando que o menor entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos tem seu consentimento (expressão de vontade) válido.

Desta forma, nos parece ficar evidente que no caso dos menores de 16 (dezesesseis) anos a imputação feita ao autor da eutanásia ativa seria de homicídio privilegiado. A partir dos 16 (dezesesseis) anos passa-se a considerar a vontade do paciente e, em havendo a eutanásia direta, o autor responderia pelo homicídio a pedido, cuja pena é ainda mais branda (podendo, ainda, não ser aplicada) do que a do homicídio privilegiado genérico.

A título de informação complementar, no que diz respeito ao homicídio privilegiado, não há na legislação brasileira um artigo específico (portanto autônomo) dentro do Código Penal que prevê o homicídio na forma privilegiada. O crime de homicídio é tratado de maneira geral pelo artigo 121 do Código Penal brasileiro, sendo o privilégio trazido em seu § 1º como atenuante da pena. Não há, portanto, uma pena específica (nem mínima nem máxima) para essa forma de homicídio, mas sim uma autorização legal de diminuição da pena total aplicada ao homicídio doloso, seja na sua configuração simples ou qualificada, nos patamares previstos em lei, levando-se em consideração todas as elementares do caso concreto.

Desta forma, tanto no Brasil, assim como em Portugal, a eutanásia configuraria crime de homicídio, a ser atenuado ou não conforme as circunstâncias de sua ocorrência.

Ao que tudo indica, no Brasil, a antecipação da morte de um filho menor de idade, em virtude de doença terminal ensejadora de intenso sofrimento, visando acabar com a agonia vivenciada pelo enfermo, seria tipificada como homicídio simples privilegiado (entrando, portanto, no campo genérico do homicídio, já que não há no ordenamento jurídico brasileiro a figura do homicídio piedoso ou a pedido, e tão pouco algum artigo de lei que criminalize especificamente o homicídio caritativo<sup>88</sup>), uma vez que essa atenuante

---

<sup>88</sup> Apesar da ausência de tratamento jurídico, seja no sentido de criminalizar ou liberar a prática da eutanásia, há no projeto de Lei 236/2012, ainda em tramitação no Senado Federal, um artigo que prevê a eutanásia como crime de homicídio, mas com as penas diminuídas em relação ao homicídio simples. Se o referido projeto de lei for aprovado na sua integralidade, a eutanásia passará a ser tratada formalmente como crime no Brasil, com previsão legal no artigo 122 do novo Código Penal. Em relação ao tema da presente pesquisa, dificilmente um pai ou uma mãe seriam apenados pela antecipação da morte praticada em função do sofrimento extremo do filho acometido de doença terminal, uma vez que haverá previsão no § 1º do artigo 122 do novo Código Penal do perdão judicial, que isentará da pena parentes ou pessoas com estreita relação afetiva com a vítima, a depender das circunstâncias fáticas. A ortotanásia passa a ser tratada expressamente também, nos termos do que informa o § 2º do artigo 122, sendo a conduta de deixar de continuar com o tratamento que mantém a vida artificial do paciente desconsiderada para fins de ilícito penal. Assim, a

da pena é cabível sempre que houver relevante valor social ou moral, ou quando estiver presente a violenta emoção.

### 2.3. Homicídio a Pedido da Vítima – Artigo 134º do Código Penal Português

A atuação do médico, mesmo com o desejo informado, consciente e sério por parte da vítima, na efetivação da morte do paciente através de medicamentos consiste crime em Portugal, assim como na maioria dos países. O fato típico “matar alguém” aqui se configura na forma privilegiada, sendo, por este motivo a pena muito inferior à atribuída ao crime de homicídio previsto no artigo 132º do Código Penal.

Por haver o pedido da vítima, e a piedade de quem aceita lhe tirar a vida, a culpabilidade do fato típico resta diminuída. Só há aplicação de sanção penal nesse caso porque a vida, ainda que em casos de doença que cause intenso sofrimento, é entendida como um bem jurídico indisponível. Logo, o consentimento da vítima não seria válido para excluir a ilicitude<sup>89</sup>, como o é nos demais casos relacionados ao patrimônio e à integridade física.

Vale ressaltar que esse tipo penal, nos casos de eutanásia, só caberia quando se tratasse do modo ativo e direto da boa morte. Ao menos em tese<sup>90</sup>.

Quando se trata da conhecida eutanásia ativa indireta, onde é ministrado medicamentos para aliviar as dores lancinantes do enfermo, porém esse medicamento tem

---

ortotanásia, que já é reconhecidamente um indiferente penal, passa a ser expressamente lícita, podendo ter seu tratamento interrompido tanto o maior de idade quando o menor. (Redação original do artigo 122 do projeto de lei 236/2012, retirada do endereço eletrônico <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>: “Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos. § 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima. 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”).

<sup>89</sup> Consentimento como causa excludente de ilicitude – artigo 38º do Código Penal Português.

<sup>90</sup> Ao menos em tese, pois há uma doutrina que defende a possibilidade de que, nos casos em que a pessoa incapaz pede e é atendida com ajuda de terceiro na prática do suicídio, estaríamos diante de um homicídio a pedido mediato, pois a decisão suicida é irresponsável, e não séria, devido à incapacidade. Logo, a pessoa que a ajuda no suicídio ou utiliza essa situação para produzir a morte responderá por homicídio ou por homicídio a pedido, dependendo da circunstância, na forma de autoria mediata. Ou seja, a vítima seria um instrumento usado para se chegar ao resultado morte. Essa tese é proveniente da Alemanha, onde o auxílio ao suicídio não é punido. Logo, alguns doutrinadores saem com essa solução para a punição do auxílio ao suicídio em alguns casos (solução da culpa). Em Portugal, por haver previsão legal para os casos de auxílio ao suicídio de incapaz, não se aplica esse raciocínio. Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa et al. Op. cit. pp. 145 e ss.

como efeito colateral a abreviação da vida, há consenso no sentido da atipicidade do fato. Neste caso não há ação ou omissão que leve a morte. Há a utilização necessária de um medicamento que, como consequência, acaba por encurtar a vida do paciente. É defendido nesses casos que, diante das dores insuportáveis, do estado de necessidade evidente (para parte dos juristas) em que se encontra tanto o “autor” quanto a “vítima” e da ausência da intenção de matar<sup>91</sup> (o que geraria atipicidade na situação concreta), não há que se falar em punição do médico ou de qualquer outro agente que venha a ministrar as doses no paciente<sup>92</sup>.

É importante destacar que se a vontade do médico que ministra o medicamento paliativo for de matar, e não de tratar, ele responderá por homicídio simples, qualificado ou privilegiado, a depender do caso concreto. Ou seja, não terá direito à atenuante do pedido, uma vez que não foi o pedido que estimulou a ação homicida, mas outra circunstância. Isto porque é possível, em determinado caso concreto, em que a vítima queira o medicamento e saiba das consequências, o médico o utilize por algum interesse patrimonial ou emocional no intuito de efetivamente matar o paciente.

Em relação à eutanásia passiva efetuada pela ação de desligar aparelhos que mantém vivo artificialmente o paciente, tanto o médico quanto um terceiro, desde que guarde relação de afeto com aquele, terão a mesma salvaguarda em relação à impunidade do ato. O que há de facto na eutanásia passiva é a cessação de uso artificial para prolongamento ou manutenção da vida, e não uma ação ativa que acabe por poder configurar homicídio a pedido da vítima.

Há quem defenda que o homicídio a pedido, em situação concreta de sofrimento intenso, não configuraria crime em virtude da aplicação do estado de necessidade. Apesar de juridicamente defensável, os doutrinadores que discordam aduzem que não poderia se tratar de estado de necessidade, pois para sua configuração é indispensável que no momento do “perigo” haja um bem jurídico a ser salvaguardado em detrimento de outro.

---

<sup>91</sup> Na ausência do Dolo direto, que de fato não há nos casos de eutanásia ativa indireta, há quem defenda que, por se enquadrar no tipo descrito na norma penal, haveria uma atipicidade da conduta do médico ou do agente de saúde. Contudo, essa posição não é pacífica, aduzindo o tribunal alemão (BGH) que há que se falar em dolo eventual, uma vez que o médico assume o risco de produzir o resultado morte. Porém, ainda que se reconheça a tipicidade, a conduta do médico não será punida, pois os tribunais entendem estar diante do estado de necessidade, de forma a excluir a ilicitude da ação terapêutica.

<sup>92</sup> ANDRADE, Manuel da Costa et al. Op. cit. pp. 115-119.

Como na eutanásia o que ocorre é o fim da vida, mas não para salvar outra, entendem eles que não estaria o ato de matar excluído pelo estado de necessidade<sup>93</sup>.

Em se tratando da doutrina alemã, Günther Jakobs<sup>94</sup> entende que não são todos os casos de eutanásia ativa que se enquadrariam na figura do homicídio a pedido (previsto no § 216 StGB). Argumenta o doutrinador que na Alemanha não se pune o suicídio, logo também não se pode punir quem auxilia no ato de suicidar (que penalmente é irrelevante). Como então se pode punir o homicídio a pedido, diante da pouca diferença entre o auxílio ao suicídio e o homicídio a pedido?

Por certo há uma diferença entre auxiliar um ato (cujo domínio é do suicida) e exercê-lo propriamente dito (quando o domínio passa a ser do terceiro, portanto de agente externo, diferente do detentor do bem jurídico tutelado). Contudo, a discussão, para além de reconhecer a diferença, versa sobre o acerto ou não da legislação em deixar de punir em um caso, e punir em outro.

Jakobs aduz que a única diferença entre o homicídio a pedido e o auxílio ao suicídio é que no primeiro há divisão de tarefas na persecução do fim (morte), ao passo que no segundo, a persecução do fim (morte) se dá de mão própria<sup>95</sup>. Ou seja, o domínio do fato é diferente, mas a finalidade pretendida pela vítima e pelo autor é exatamente a mesma.

Jakobs prossegue afirmando que o direito penal não se preocupa com outras situações onde se tratam de outros bens personalíssimos<sup>96</sup>, desde que se constate que o solicitador (no caso vítima do homicídio a pedido) organiza seus próprios fins, através da divisão do trabalho. Assim, para o referido autor, em realidade, o homicídio a pedido da vítima não passa de um auxílio ao suicídio, onde houve divisão de tarefas, pois o pedido configuraria uma das formas que tem a pessoa que não quer mais viver de organizar sua morte. Desta forma, o Código Penal alemão deveria ver o ato de auxílio na morte, não como homicídio propriamente dito.

Essa tese defendida por Günther Jakobs encontra argumentos de resistência como:

---

<sup>93</sup> Nesse sentido, Ibid. p. 129.

<sup>94</sup> JAKOBS, Günther. *Suicidio, Eutanásia y Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. 70 p.

<sup>95</sup> Ibid. p. 43.

<sup>96</sup> Destaque-se que a vida é um bem renunciável, apesar de personalíssimo e intransferível. Não fosse assim, o suicídio seria punido juridicamente.

1) a possibilidade de relativização da vida. Defende-se nesse ponto que a vida tem que permanecer como um bem que não admite exceções. Esse argumento se fragiliza quando se pretende justificar a aplicação da punição a título de homicídio para a morte a pedido, mas não se faz quando se trata de auxílio ao suicídio. Colocar a vida no patamar inatingível implicaria na proibição legal de toda e qualquer conduta que contra ela viesse a ser perpetrada. O que de fato não ocorre.

2) a má utilização dessa liberalidade legal de não se punir a morte a pedido, uma vez que pessoas vulneráveis poderiam ser compelidas a pedir pela morte, como forma de retirar a responsabilidade penal de quem pratica a ação. Esse argumento se fragiliza no momento em que se reconhece que todas as liberdades oferecem algum grau de risco de burla. Mas, nem por isso, essas liberdades devem deixar de existir. De mais a mais, o auxílio ao suicídio, não proibido pela legislação alemã, também poderia vir a ser utilizado de forma equivocada, na prática não sendo apenas auxílio ao suicídio, mas induzimento a esse de uma pessoa já fragilizada pela doença.

3) há ainda a dificuldade de se provar se de fato houve o pedido. Nesse ponto, o contra argumento se volta para a necessidade desse pedido ser sério (maduro), da finalidade (morte) ser desejada e de que tudo que envolva a requisição ser devidamente comprovado.

Diante do argumentado, para o doutrinador alemão, a proibição da morte a pedido só se justificaria caso se entendesse ser ele um crime de perigo abstrato (destaque-se que devido a pena aplicada, não foi o entendimento do legislador), nos casos em que o pedido não puder ser considerado objetivamente razoável. Logo, apesar do raciocínio aqui exposto não poder afastar a existência de previsão legal de homicídio a pedido, poder-se-ia exigir que sua aplicação fosse reduzida a casos específicos em que o pedido da vítima não fosse considerado maduro suficiente para ser levado em consideração pelo autor do ato homicida (a criança e o adolescente se enquadrariam perfeitamente nesse raciocínio. É por isso que essa incapacidade legal em decidir sobre suas questões de saúde deve ser discutida. Amadurecer o conceito sobre o menor e a necessidade de que ele tenha respeitada sua autonomia em relação a invasões em seu próprio corpo é evoluir no campo dos direitos fundamentais. É preciso que se entenda que a incapacidade legal impede o menor da realização de atos jurídicos. Nesses casos ele tem que ser representado ou assistido, a

depende da idade. Porém, a expressão da vontade sobre o próprio corpo não é um ato jurídico. Mas um ato que gera consequências jurídicas, muitas vezes graves como responder a um processo crime e ser condenado ao final. É preciso a criação de dispositivos que ofereçam segurança jurídica para quem lida com o menor portador de doença incurável). Entender diferente seria dar o suicídio como única opção a quem sofre e tem o desejo de morrer.

Em relação à eutanásia infantil, como poderíamos analisar o homicídio a pedido?

O artigo 38º, nº 3 do Código Penal nos informa que o consentimento só será eficaz quando dado por pessoa maior de 16 (dezesseis) anos. Diante desse mandamento legal, é possível afirmar que o pedido, em se tratando de menor de 16 anos, não terá validade nenhuma, pela incapacidade de consentimento reconhecida pela própria legislação penal. Cabe destacar que a idade evidenciada pelo referido artigo do Código Penal veio a referendar a idade a partir da qual os menores escapam à necessidade e à intervenção protetora dos responsáveis legais, no que se trata de autorização para tratamento médico.<sup>97</sup> Sendo assim, como já mencionado no tópico anterior, em vindo um médico a atender um pedido de uma pessoa menor de 16 anos, em Portugal, tomado pelo sentimento de piedade, ele estaria inserido, em tese, em conduta tipificada no artigo 133º do Código Penal - homicídio privilegiado.

Já dos 16 anos em diante<sup>98</sup> poder-se-ia afirmar que há permissão para a eutanásia passiva, pois é garantido ao adolescente o direito de recusar o tratamento médico, e, como consequência, ter o encurtamento de sua vida. E, nos casos de eutanásia ativa, o ato médico já seria enquadrado como homicídio a pedido, e não o privilegiado genérico.

---

<sup>97</sup> Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 242.

<sup>98</sup> Destaque-se que o marco de idade do adolescente nos 16 anos, em relação a questões médicas aparece também no artigo 142º, número 5 do Código Penal, onde se admite que após a referida idade a adolescente pode consentir no aborto sem que haja necessidade de autorização dos pais. Abaixo dessa idade, apenas se admite o aborto da adolescente com o consentimento do responsável legal. Deste modo, fica evidente, por um pensamento extensivo do que diz este mandamento legal que, abaixo dos 16 anos, no que tange ao consentimento para tratamentos médicos, a decisão é exclusiva dos responsáveis legais, ainda que, por um critério humanístico, venha-se a ouvir o menor de idade. Ainda neste campo do consentimento para tratamento médico, o Código Deontológico Médico determina, em seu artigo 46º, nº 1, que no caso de menores, são seus responsáveis legais as pessoas que autorizam ou não o tratamento médico. No entanto, apesar de vir a se juntar com o adotado no Código Penal, o CDOM se mostra um diploma mais democrático ao determinar que o menor incapaz deve ser ouvido em sua opinião, ainda que a decisão final seja dos responsáveis legais.

#### **2.4. Incitamento ou ajuda ao suicídio – Artigo 135º do Código Penal português**

Em Portugal, apesar de haver propostas de mudanças da legislação em relação ao suicídio medicamente assistido, o auxílio ao suicídio é punível nos termos do artigo 135º do Código Penal<sup>99</sup>.

Ocorre que uma das formas de se praticar a eutanásia consiste em informar e prescrever medicamentos e dosagens para que o próprio enfermo ministre, de modo a encerrar com sua agonia. Ao agir desta forma, estaria o médico participando de um suicídio assistido, que se enquadraria no segundo núcleo do tipo descrito no artigo 135º (ajudar).

O acesso a determinados medicamentos, bem como o desconhecimento sobre dosagens e seus efeitos levam o paciente a consultar um profissional da saúde para se orientar. Destaque-se que há no atuar do médico, na hipótese de suicídio assistido, a intenção de ajudar a vítima que já deseja a morte, e já está certa da decisão de dispor da sua própria vida, a ter uma morte o menos dolorosa possível. Nessas hipóteses é comum o médico acompanhar todo o procedimento suicida sem, contudo, ministrar pessoalmente nenhuma dose da substância que causará o óbito do paciente. Caso o médico ministre a dosagem, a eutanásia passaria a ser ativa direta, cabendo, nos países onde se proíbe o ato, o enquadramento jurídico de homicídio a pedido da vítima ou homicídio privilegiado (onde não existe a figura do homicídio a pedido da vítima).

No Brasil também é punido o auxílio ao suicídio nas penas que determina o artigo 122 do Código Penal.

Ao contrário do direito português e brasileiro, na legislação penal alemã não há punição a quem auxilia o suicídio, pois o legislador local entende que se o ato principal (suicidar-se) não configura crime, não pode o auxílio (que depende do ato principal) ser considerado crime.<sup>100</sup> Não há, na atuação do auxiliador, violência contra a pessoa que está

---

<sup>99</sup> GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*. Coimbra. 2012. p. 285. Tese (Doutoramento em Direito, especialização em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra. 2012.

<sup>100</sup> No que se refere ao suicídio como indiferente penal, nos ensina Günther Jakobs que “lo que de Kant se comprueba, com poderoso efecto, es su limitacion del derecho a la ordenacion de la libertad externa entre diferentes personas; el comportamiento de la persona sobre sí misma no se definirá más como relación

no processo de suicídio. Assim na Alemanha, não há que se falar em criminalização da conduta de auxílio de quem entrega uma arma ao suicida, ou prepara uma medicação que o levará a óbito.

No entanto, apesar da não incriminação do auxílio ao suicídio na Alemanha, alguns requisitos são exigidos para que o auxiliador não venha a ser implicado como homicida. O primeiro deles é que o auxiliador só pode atuar em suicídios responsáveis<sup>101</sup>, ou seja, de pessoas perfeitamente capazes no momento do ato.

Outro requisito importante na delimitação da atuação do agente para fins de imputação do auxílio ao suicídio ou do homicídio a pedido é saber qual das partes envolvidas (vítima e autor) detinha o domínio sobre a situação, sobre o último e irrevogável ato. Se o domínio da situação estava nas mãos da vítima, claro fica que se trata de participação no suicídio, não punível pela legislação alemã, mas punível pelas legislações brasileira e portuguesa, por exemplo. Se, ao contrário, o poder de decisão do ato estava nas mãos de quem se prestou a auxiliar, a figura típica que se apresenta é o homicídio a pedido da vítima (por certo que se a morte for requerida conscientemente pela vítima).

Seria possível alegar em defesa do médico, ou de terceiros, nas hipóteses de suicídio assistido, que já não mais havia vida a ser protegida pela lei, uma vez que a morte era palpável, previsível e ocorreria em curto prazo devido à doença incurável que acometia a vítima. Ademais, o sofrimento vivenciado pelo paciente era tão extremo que já não seguia mais respeitada sua dignidade, esta sim direito irrenunciável e inafastável. Não obstante, quando uma pessoa em sã consciência resolve pelo fim de sua vida, de um bem que lhe é direito, que lhe pertence e a mais ninguém, não cabe à legislação punir essa retirada. Por esse motivo o suicídio não é punido na maioria dos países ocidentais. Some-se a esses argumentos que viver é um direito e não um dever (apesar da pretensão legal de indisponibilidade do bem jurídico vida dar a sensação de que se tem o dever de viver). Ora,

---

jurídica. (...) La fundamentación usual a mediados de siglo XIX, para explicar la impunidad del suicidio, es, por consiguiente, la de que falta per se una lesión jurídica". JAKOBS, Günther. Op. cit. pp. 35-36.

<sup>101</sup> Claus Roxin defende que o suicídio responsável é aquele cometido por pessoa que obedeça as regras jurídico-penais da imputabilidade. Aduz o referido autor que, considerar irresponsável o suicídio quando for cometido de modo apressado, irrefletido, ou em consequência de humor momentâneo, dera extrema insegurança jurídica, insustentável no âmbito limite entre punibilidade do homicídio e total isenção da pena. ROXIN, Claus. *Apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/459-Artigo-A-apreciao-juridico-penal-da-eutansia>>. Acesso em: 26 fev. 2015. p. 30.

se a pessoa pode tirar sua vida sozinha, em condições muitas vezes muito mais violentas do que com o auxílio de medicamentos, não seria razoável punir quem auxilia na boa morte.

Em relação à eutanásia passiva, onde não é iniciado ou é interrompido o tratamento a pedido do paciente, o que acarretará na morte, não há que se falar em auxílio ao suicídio. Em primeiro lugar a intenção do paciente não é suicida, apesar de saber que sua negativa provavelmente antecipará sua morte; segundo porque ao médico não é facultado intervir se o paciente não quiser, eis que a legislação reconhece a autonomia, derivada da liberdade, do paciente. A recusa do tratamento pelo paciente, desde que devidamente informado sobre as consequências de suas escolhas, retira a responsabilidade legal do médico, deixando este de ser garantidor daquele.

Em relação aos menores de idade há um agravante na pena da pessoa que auxilia no suicídio de pessoa com menos de 16 anos (artigo 135º, 2, Código Penal Português). Isto porque entende o legislador que o menor de 16 anos não possui discernimento nem maturidade suficientes para decidir sobre sua vida. Sendo assim, seu desejo é viciado e inválido por presunção legal. Logo, a conduta de quem o auxilia é mais grave para o ordenamento jurídico do que a de quem auxilia pessoa plenamente capaz.

Assim, a eutanásia infantil a ser realizada na modalidade de suicídio assistido encontra barreira legal rígida e agravada em Portugal.

Ainda no que tange ao auxílio ao suicídio de menores de 16 anos, é possível encontrar dificuldade no momento da imputação do fato típico. Isto porque, devido à incapacidade presumida e a possível condição de ser influenciável, é cabível que o menor de 16 anos, no momento da ação criminosa, não tivesse domínio completo do fato. Ou seja, ele agiria contra sua própria vida, mas influenciado de algum modo. Essa falta do domínio final do fato faz com que o “suicida” seja mero instrumento de sua própria morte, e não seu idealizador. Nesses casos, ao auxiliador seria imputado o crime de homicídio por autoria mediata, e não ajuda ao suicídio. Como a lei não estabelece uma idade mínima para o início do domínio do fato (não havendo, portanto, presunção relativa à idade), resta a análise de caso a caso, independente da idade da vítima.

### **3. Das causas de exclusão da responsabilidade penal – possibilidade de aplicação nos casos de eutanásia precoce?**

#### **3.1. Introdução**

O legislador, na parte geral dos códigos penais, visando garantir a segurança jurídica, lista em seus artigos as causas capazes de impedir a incriminação e/ou a punição deste ou daquele ato, a depender da circunstância em que foi cometido o fato, de forma a afastar a responsabilidade penal. Com isso surge, por razões de política criminal, a previsão de excusas absolutórias que afastam a sanção penal, em que pesem reconhecer a prática da ação delituosa.

Todavia, apesar do reconhecido esforço de tentar calçar por todos os lados as circunstâncias que possam influir ou justificar a atuação do agente, o legislador, por óbvio, não consegue encampar todos os modos de atuação, nem de exclusão existentes.

Neste ponto, é forçoso que a doutrina e a jurisprudência, fazendo uma análise mais aprofundada dos conceitos e dos princípios jurídicos, possibilitem ao prestador de jurisdição afastar a tipicidade, a ilicitude ou a culpabilidade de atos previstos na legislação penal vigente. Como bem nos ensina FIGUEIREDO DIAS<sup>102</sup> *“a causa justificativa, ao contrário do que constitucional e legalmente sucede com o tipo incriminador, não está sujeita em princípio à máxima ‘nullum crimen sine lege’, nem às suas consequências. Sob pena, de outro modo, de se estar a fazer funcionar aquele princípio contra a sua razão teleológica, político-criminal constitucional e dogmática, a saber, de constituir uma garantia contra intervenções arbitrárias do poder punitivo do Estado”*.

Assim, nos tópicos a seguir buscaremos introduzir possíveis circunstâncias, legais e supralegais, em que pessoas (sejam profissionais da saúde, ascendentes ou terceiros) ao praticarem alguma das modalidades existentes de eutanásia, apesar de estarem diante de um fato, em tese, típico, poderiam vir a ter sua responsabilidade penal afastada, ou bastante atenuada.

---

<sup>102</sup> Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal – parte geral. Tomo I. Página 385.

### 3.2. O consentimento como excludente de crime ou como atenuante

Quando se trata de atos tipificados no código penal, mas que foram autorizados, portanto consentidos, pelos detentores do bem jurídico tutelado, em regra (em sendo o bem jurídico disponível), estar-se-á diante de fatos criminalmente indiferentes.

É devido ao consentimento que um boxeador que, com um soco, quebra o nariz de seu oponente, não responde a nenhum processo crime. É por isso também que o médico que faz uma cirurgia eletiva em seu paciente ou um tatuador que faz uma tatuagem não responde por lesão corporal; ou que alguém que pega um bem com a anuência do proprietário não responde por furto. Esses são alguns dos exemplos mais clássicos de atos que contrariariam a norma jurídica caso não houvesse consentimento.

Assim, o consentimento do menor de idade sobre os atos da eutanásia requerida, seja em que modalidade for, no intuito de uma discussão, ainda, puramente acadêmica (pois a eutanásia, em especial a ativa, não é permitida na esmagadora maioria dos países), seria capaz de afastar qualquer tipo de imputação penal?

Para respondermos a essa questão faz-se necessária a disposição sucinta da história do consentimento como excludente do crime no direito<sup>103</sup>. Num primeiro momento, movido por ideias iluministas, o crime foi entendido por Feuerbach, no início do século XIX, como lesão (violação) do direito subjetivo (modelo doutrinal da lesão do direito subjetivo) do cidadão ou do próprio Estado. Para Feuerbach, crime era uma ofensa, sancionada pela lei penal, à ação contrária ao direito de outrem. Assim, a finalidade do Estado era a proteção da liberdade (desse direito subjetivo) pelo direito, e não a promoção da cultura ou da moralidade<sup>104</sup>.

Diante desse entendimento sobre a aplicação do direito penal (apenas às ofensas previstas em lei e ao direito de outrem), entendia-se que, quando havia consentimento de quem sofreria a ação, não havia que se falar em crime, pois, o que de fato existia, era o normal exercício do direito legalmente protegido (o direito de liberdade de ação e disposição).

---

<sup>103</sup> Sobre a história evolutiva do consentimento e do bem jurídico, muito resumidamente tratada neste tópico, recomendamos a seguinte leitura: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, op. cit. pp. 29-134.

<sup>104</sup> Esse pensamento libertário adotado por Feuerbach tem influência direta do que pregava Kant ao separar o direito e a moral.

Em 1834, Birnbaum publica um artigo<sup>105</sup> que vem alterar o paradigma até então vigente, trazendo a ideia de que o crime existiria quando houvesse ofensa não ao direito subjetivo diretamente, mais ao bem jurídico penalmente tutelado. Cria-se aqui a noção de bem jurídico, que legitima a ação do Estado e a existência da limitação legal à liberdade, que ainda nos acompanha.

Assim, o objetivo do direito passa a ser a defesa de bens essenciais, e não mais do homem propriamente dito.

Destaque-se que o conceito subjetivo do direito permanecia intocado nessa construção do bem jurídico por Birnbaum. O que de fato se ultrapassava era o idealismo trazido por ideias iluministas, passando-se a racionalizar o direito de forma a atender a “hipoteca social”, estabelecendo-se, inclusive, a diferença entre crimes naturais e sociais<sup>106</sup>.

O homem passa a ser reconhecido pelo direito não só como um ser da natureza (apenas no plano espiritual), mas também como um ser social, que se desenvolvia no espaço que ocupava (portanto, coletivamente), e disso se originavam valores além dos naturais que também mereciam proteção por parte do direito.

Como bem nos ensina o Professor Doutor COSTA ANDRADE: *“o que aqui fundamentalmente importa reter são os aspectos mais salientes do pensamento de Birnbaum e que antecipam outras tantas vertentes do novo paradigma de compreensão do crime: um novo conceito de objeto e, por isso, um novo conceito de lesão. Ambos concebidos como ‘realidade’ do mundo exterior e definidos, por princípio, à margem da intersubjectividade. Pois, por um lado, é possível referenciar o bem (jurídico) e propô-lo à tutela jurídico-penal sem consideração expressa da relação com o respectivo titular ou portador. Por outro lado e complementarmente, é possível identificar a sua lesão independentemente da atitude ou postura do titular”*<sup>107</sup>.

Com essa nova definição de crime, fica claro que a consequência do consentimento sofre uma importante alteração. Se antes ele excluía o crime por completo, por significar o normal exercício de um direito (liberdade de ação e disposição), com essa nova concepção resta evidenciado que o bem jurídico passa para uma esfera de controle que ultrapassa a

---

<sup>105</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, op. cit. p. 51.

<sup>106</sup> Ibid. p. 53.

<sup>107</sup> Ibid. p. 55.

figura do seu titular. Por consequência, o consentimento perde a qualidade de excluir a ilicitude de toda e qualquer conduta.

Essa nova concepção de bem jurídico se confirma e se solidifica na década de 70 do século XIX através do positivismo. A legislação penal começa a ser codificada e concentrada de maneira a informar quais os bens jurídicos o Estado escolheu proteger.

Binding é o doutrinador que melhor esclarece o positivismo, aduzindo que a previsão legal de condutas de todos os tipos (agora questões morais e religiosas passam a fazer parte da esfera do direito) traz a perspectiva de que a lesão ao bem jurídico não gera apenas um prejuízo à vítima, mas acarreta também numa danosidade social (o que faz a incidência do direito ultrapassar a vontade e o interesse da vítima). Assim, para Binding, caberia à legislação penal determinar os bens jurídicos que pretendia acolher, sendo essa escolha limitada apenas pela razoabilidade e pela lógica. Crime, então, seria tudo aquilo que o legislador entendesse que é crime, não restando muito espaço ao indivíduo para uma liberalidade em relação à legislação e a expressão de vontade.

Em contraponto com o que entendia Binding, Liszt<sup>108</sup> acreditava na diferenciação entre a ilicitude formal e a ilicitude material. O que significava que o bem jurídico não vem apenas da lei, mas das relações entre as pessoas e as coisas (material), que acaba por demandar a existência de um direito formal (legislação penal propriamente dita).

Importante ressaltar que para Liszt os interesses a serem protegidos pelo Estado existiam antes e independentemente da lei, assim como o seu conteúdo e a dimensão da danosidade social. Para ele a fonte originária da ilicitude não apenas era formal, mas sim real, material e criadora do direito positivo<sup>109</sup>.

Binding defende que o bem jurídico é um conceito de direito público, ainda que o bem constitua um objeto de direito privado. Essa visão de totalidade e abrangência do bem jurídico faz com que a norma, para manter a integridade do bem, seja oponível ao próprio titular do direito.

---

<sup>108</sup> Binding e Liszt, apesar de positivistas, entendiam o bem jurídico protegido por prismas diferentes. Para o primeiro, bens jurídicos serão tudo aquilo que o legislador quiser proteger (pessoas, coisas, estados). Já para o segundo, bens jurídicos serão interesses sociais que a lei vem proteger.

<sup>109</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, op. cit. p. 67.

Nessa parte do pensamento de Binging já é possível entender porque o consentimento não afastaria como regra (talvez excepcionalmente, e casuisticamente) o crime de homicídio a quem auxilia na eutanásia ativa.

Em tempo, cabe salientar que, em estudo publicado em 1877<sup>110</sup>, Ortmann ocupou-se da questão da punibilidade do homicídio consentido, concluindo pela legitimidade e impunidade da morte que trás em si o consentimento da vítima. Isto porque para Ortmann o que definiria o crime seria a afronta à esfera de domínio que o direito confere à vontade individual. Ou seja, o direito reconhece que seria necessário que o titular do direito subjetivo quisesse exercer esse direito para que a proteção penal fosse exigível. Assim, o domínio sobre o objeto do direito só existiria se a vontade de seu titular também existisse. Não tivesse o titular vontade de exercer o direito, consentindo com o ato de 3º, não haveria que se falar em incidência da lei penal. Apesar da pouca adesão desse entendimento, em especial no que tange ao bem jurídico vida, considerado em regra, mas não em absoluto, indisponível, seria mais lógico, em respeito profundo à autonomia, que a não vontade de exercer o direito à vida afastasse o crime de homicídio de quem auxilia na boa morte.

Pfersdorff, também seguindo a linha do consentimento como gerador da impunidade do ato, define o crime como violação de interesse (portanto uma relação de vontade entre um sujeito e um bem). Em não havendo interesse na defesa daquele bem jurídico, a legislação penal não incide, gerando uma ação indiferente na esfera criminal.

Ainda neste sentido (da exclusão do crime pelo consentimento), Klee equipara a autolesão à heterolesão consentida, aduzindo que se na autolesão não há punição porque não há afronta a vontade alheia, não poderia a heterolesão consentida ser punida, uma vez que também não haveria afronta a vontade, mas o atendimento dela por terceiro. Para o referido doutrinador, a heterolesão consentida nada mais é do que uma autolesão mediata, indireta.

Para os três últimos doutrinadores citados (Ortmann, Pfersdorff e Klee) a consequência da falta de interesse e vontade em exercer, portanto em proteger o direito, com o conseqüente consentimento para o ato, levaria a atipicidade da conduta, uma vez

---

<sup>110</sup> Ibid. p. 90.

que, para eles, a existência da ação consentida retira a agressão ao direito, e afasta a norma penal<sup>111</sup>.

Contemporaneamente, no que tange ao bem jurídico protegido pelo direito penal, temos a importante contribuição de Amelung, criador da teoria da danosidade social. Para Amelung é o sistema social (“lugar de determinação dos efeitos socialmente danosos do crime”)<sup>112</sup> que define a relevância do crime. Dessa forma o direito penal se afasta da figura de garantidor da pessoa, das coisas e dos estados, para ser garantidor da convivência humana em sociedade. Para Amelung, os limites do direito penal não se revelam no interesse ou na vontade da pessoa, mas em espaços exteriores, como a Constituição, com seus princípios fundamentais. Em síntese, se a barreira do direito foge do indivíduo em si, sua instrumentalização, desde que relativizada por esses espaços exteriores, se torna mais possível sob o argumento de atendimento sistema social.

Vale salientar que o princípio da danosidade social não veio substituir o conceito de bem jurídico, mas apenas proporcionar o campo de atuação do direito penal, e a instância de intervenção do legislador, vinculando a existência e legitimidade legal à necessidade de proteção da vida em sociedade. Amelung não se afasta do pensamento do Binding no que tange a escolha dos bens jurídicos pelo legislador, mas limita essa escolha a defesa de bens importantes para a interação em sociedade, seguidores do que já é reconhecido como fundamental pela Carta Magna, e desde que respeitados direitos fundamentais básicos.

Essa teoria da danosidade social criada por Amelung acaba por afastar ainda mais o consentimento como forma de excludente de crime daquele que comete o ao consentido. Isto porque, de acordo com essa teoria o indivíduo não é portador autônomo de dignidade penal, mas sim é protegido como parte da estabilização de um sistema social. Assim, em não sendo ele o objeto, nem o objetivo da proteção penal, seu interesse e sua vontade (portanto, sua autonomia) se veem cada vez mais desprezadas, ao passo que o interesse social nas condutas e como estas afetam a harmonia e o equilíbrio da sociedade viram verdadeiros focos da legislação penal.

Posteriormente, também adotando a teoria da danosidade social, surge o entendimento de Jakobs que trazia como bem jurídico a ser tutelado a própria norma

---

<sup>111</sup> Neste sentido, também KESSLER G. S. *apud* Ibid. pp. 94-95.

<sup>112</sup> Definição oferecida pelo próprio Amelung ao sistema social, conforme nos aponta: Ibid. p. 99.

existente. Para o referido doutrinador era o ordenamento jurídico, e a confiança de que o ferimento às normas teriam consequências legais, que importava na manutenção da estabilização social. Essas consequências legais (penas) tinham como objetivo a confirmação da vigência da norma, e não a punição propriamente dita do ato.

Assim, a consequência que a norma buscava ao punir quem a feria era a confiança daqueles que a ela aderem. Essa confiança é que permitiria a estabilização social e o combate à danosidade social.

A esse pensamento de Jakobs diversas críticas foram feitas, em especial no que tange a nova interpretação de que o bem jurídico protegido passa a ser a norma. Assim, o direito passa a não proteger nada além da própria norma, o que leva a uma expansão do direito penal, em especial pelo seu caráter simbólico. O direito penal passa a não reconhecer mais nenhum limite que não seja ele mesmo, pois ele se presta a defesa de suas normas, não reconhecendo outros bens jurídicos como tuteláveis.

No que se refere ao consentimento, defende Jakobs que este excluiria a tipicidade em situações de bens disponíveis e/ou permutáveis do titular (exemplos: propriedade; sigilo da correspondência; inviolabilidade do domicílio etc), pois nesses casos de fato não haveria proibição legal de agir diante da existência do consentimento. Haveria também que se prestar atenção ao bem que o titular dispunha, pois numa mesma conduta, ainda que consentida, a depender a importância do bem, não se poderia falar em exclusão do tipo, mas em causa de justificação. Exemplo seria a lesão corporal no que tange a um corte de cabelo, a tatuagem (atípica, se consentida); e a lesão corporal oriunda da extração de um órgão para a doação, só aceita excepcionalmente, e em casos específicos. Neste último caso, o consentimento, segundo Jakobs, serviria para justificar a conduta, de forma a torná-la lícita, mas não atípica. Isto porque, determinados bens, ainda que diante do consentimento de seu titular, extrapolam a esfera individual, afetam o sistema social e agridem a norma. Nesses casos a tipicidade estará presente, sendo autorizada apenas a exclusão da ilicitude em casos onde a conduta seja justificável (princípio da ponderação).

Diante do breve resumo sobre a concepção do bem jurídico, sua evolução e sua implicação na esfera do consentimento, é possível perceber que o indivíduo e sua autonomia foram sendo relativizados em benefício de um sistema jurídico que abrangia mais do que a pessoa, coisas, estados. Isso gerou, e ainda gera, uma tomada de poder por parte

do Estado (legislador e jurisdicional) sobre o desejo e o interesse individual, uma vez que só haverá respeito a autonomia nos casos em que a lei, ou excepcionalmente por interpretação do julgador, relativizar o bem jurídico propriamente dito.

Evolutivamente, respeitando-se a importância da defesa de bens jurídicos caros a manutenção do sistema social, o consentimento passa a ser analisado, para efeitos de isenção da aplicação do direito penal ou de redução de pena aplicada, conforme o resultado da conduta. Assim, o resultado passa a ser analisado casuisticamente, levando em consideração o portador do direito, o agente, a conduta (omissiva ou comissiva) em si, as circunstâncias (em especial a abrangência e o objeto do consentimento) e por fim, o resultado.

Conforme nos ensina o Professor Doutor COSTA ANDRADE, *“não pode sustentarse que, pelo menos até ao limite da disponibilidade, o consentimento do ofendido, como expressão da autonomia e da liberdade de acção constitucionalmente sancionadas, afasta, sem mais e invariavelmente, a lesão do bem jurídico e, nessa medida, a danosidade social correspondente à factualidade típica”*<sup>113</sup>.

É possível concluir, então, que existem bens jurídicos que são de suma importância para o sistema social, e por isso o consentimento do titular do direito, expressão pura do gozo de sua autonomia individual, pouca ou nenhuma expressão terá na aplicação da lei penal.

Ainda em relação ao consentimento, FARIA COSTA defende que a eutanásia ativa não configura ilícito penal, desde que praticada por médico, no contexto de um ato médico, com base em pedido sério, instante e expresso do paciente que teve acesso (oferecimento) a todos os tratamentos paliativos, que está em fase comprovadamente terminal e que as circunstâncias que envolvem esse ato médico sejam justificadas e excepcionais<sup>114</sup>. Aduz Faria Costa que a morte da pessoa que não mais deseja a vida por se encontrar em fase terminal de uma doença, é um “deixar de viver” (deixar de viver por não haver mais esperança de vida). Assim, a manifestação da autodeterminação da pessoa que deseja a

---

<sup>113</sup> Ibid. p. 516.

<sup>114</sup> COSTA, José de Faria. “O fim da vida e o direito penal”, op. cit. pp. 796-797.

morte “exige ao Estado e ao Direito a preservação dessa imunidade” (imunidade à pressão exterior sobre a decisão da pessoa)<sup>115</sup>.

Após o brevíssimo e resumido histórico evolutivo da figura do bem jurídico tutelado em confronto com o consentimento em direito penal, o tema que nos interessa passa por análises de duas vertentes: se o consentimento do menor é válido; em sendo, qual a consequência jurídica desse consentimento na situação penal do agente.

Já analisamos no tópico próprio que o menor de 16 anos não possui capacidade legal de consentir na esfera criminal (artigo 38º, nº 3 do Código Penal Português). Isso significa que, de acordo com a legislação, devido à imaturidade civil e penal do menor, os bens jurídicos não são disponíveis para ele como são para os maiores de 16 anos. Apesar da vedação legal expressa, não há consenso em relação a essa falta de capacidade do menor de 16 anos, seja na esfera da doutrina<sup>116</sup>, seja na esfera do entendimento psicossocial em que está inserido o menor.

De acordo com o Professor FARIA COSTA, a eutanásia ativa seria tão somente um procedimento médico, e como tal depende do consentimento do paciente. Como a legislação penal determina a necessidade do consentimento do paciente para os atos médico, o médico, ao ser solicitado para antecipação da morte, se encontrará na sua esfera de atuação, portanto praticando um ato que não fere bem jurídico algum. Contudo, o referido autor defende que o afastamento da utilização do direito penal em relação à eutanásia não se dá em relação ao ato médico praticado em face de paciente menor de idade<sup>117</sup>, ainda que emancipado, nem de doentes mentais<sup>118</sup>. Assim, o consentimento seria capaz de retirar da esfera criminal a conduta da eutanásia, com exceção dos atos praticados em face de menores de idade e de doentes mentais (ambos incapazes perante a lei).

Contrária a essa tese, TERESA QUINTELA DE BRITO afirma que “*estender o acto médico aquele que, à luz da ciência médica, se não identifica com a preservação da vida ou da sua qualidade e, por esta via, afastar a tipicidade penal da conduta do médico é fragilizar a proibição jurídico penal tanto de homicídio como de auxílio activo ao suicídio,*

---

<sup>115</sup> Ibid. pp. 778-779.

<sup>116</sup> Como o entendimento de Amelung, citado na página 43 deste trabalho.

<sup>117</sup> Ao utilizar o termo “menor de idade”, Faria Costa acaba por alargar a abrangência da não aplicação do direito pena, pois deixa de estabelecer um limite mínimo de idade onde seria aceito o consentimento.

<sup>118</sup> COSTA, José de Faria. “O fim da vida e o direito penal”, op. cit. p. 797.

*ao mesmo tempo que se franqueia a porta à insegurança e a incerteza quanto à essência do acto médico*”<sup>119</sup>.

Diante de todo o exposto, a proteção à vida encontra-se cercada das proteções legais e doutrinárias de forma majoritária. É espinhoso defender a disponibilidade da vida, pois a autodeterminação ofertada ao indivíduo não é ilimitada. A autodeterminação caminha na estrada guiada pela legislação, e o sair da estrada expõe o sujeito ativo a uma sanção. No entanto, quando tratamos de um paciente portador de uma doença irreversível e geradora de intenso sofrimento, há uma solidariedade velada que faz entender o desejo pela morte. Afinal, quem não cede diante do sofrimento?

Atualmente resta claro que a eutanásia ativa direta não merece majoritariamente a aceitação da jurisprudência, até mesmo por se tratar de um julgamento contrário a determinação legal existente. Desta forma, cabe a doutrina, primeira máquina que move as mudanças de conceitos jurídicos, interpretar a normas principiologicamente como forma de encaixar na atualidade a legislação muitas vezes ultrapassada.

Aliás, a legislação portuguesa permite expressamente que a interpretação principiológica (princípios fazem parte do ordenamento jurídico assim como as normas) seja causa de afastamento da aplicação do direito penal (artigo 31º do Código Penal).

O consentimento para o ato da eutanásia deveria servir para afastar a lesão ao bem jurídico vida, em especial para o médico, pois não há mais interesse por parte do titular do direito na proteção legal. A eutanásia precoce de fato merece maior atenção, pois se caminha por um campo minado em virtude da imaturidade das decisões. No entanto, não é possível desconsiderar a vontade de quem já tem capacidade de exprimi-la. Se não é possível tomar o consentimento do menor nos mesmos patamares do consentimento do adulto, que ao menos ele sirva de atenuante nas imputações penais que forem feitas a quem auxilia no suicídio ou no homicídio (que deveria ser considerado homicídio a pedido – pena mais branda, e não homicídio privilegiado, como atualmente entende a doutrina).

### **3.3. Inexigibilidade de conduta diversa**

No campo da construção doutrinária sobre o que seriam os elementos da culpabilidade (terceiro integrante do delito – fato típico, antijurídico e culpável), é possível

---

<sup>119</sup> BRITO, Teresa Quintela de. “Eutanásia Activa Directa e Auxílio ao Suicídio: não punibilidade?”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, v. LXXX, p. 582, 2004.

entender que a atitude de pais, mas não só deles, podendo esta construção se estender ao médico também numa situação de extrema complexidade, não só é atenuada pelas circunstâncias, como, a depender do grau de intensidade do sofrimento da criança ou do adolescente, é completamente isenta de qualquer tipo de pena.

Isto porque, apesar do entendimento do agente sobre a proibição da conduta, bem como da intenção em praticá-la (dolo), existem situações extraordinárias em que a atuação conforme a norma passa a não ser exigida, sendo, portanto, afastada a reprovabilidade da ação pelo direito penal<sup>120</sup>.

A inexigibilidade de conduta diversa nasce na Alemanha, como elemento necessário a atribuição de culpa ao agente, dentro da Teoria Normativa da Culpabilidade. Para esta teoria, também conhecida como psicológico-normativa, fundada por Reinhard Frank, não bastava que houvesse dolo (intenção) ou culpa (falta do dever de cuidado) na ação da pessoa. Fazia-se necessária também a presença da censurabilidade, da reprovabilidade. Desta forma, a anormalidade da situação vivenciada poderia acabar por exculpar o agente em virtude do afastamento da reprovabilidade da conduta.

Berthold Freudenthal, importante autor que contribuiu para a teoria normativa da culpabilidade, trouxe a exigibilidade da conduta como elemento diferencial obrigatório entre a culpabilidade e a inculpabilidade. Nesse contexto, a desaprovação a conduta do autor dos fatos só caberia se este podia e devia ter se comportado de forma diferente. Deste modo, em não sendo possível, diante das circunstâncias, agir de forma diversa, a

---

<sup>120</sup> Destaque-se que a inexigibilidade de conduta diversa que é tratada neste tópico é aquela que não encontra previsão legal. É a interpretação do prestador de jurisdição, tendo como base a atuação do homem médio, diante de um fato concreto. Há na legislação, de forma expressa, outras causas de inexigibilidade de conduta diversa, como, por exemplo, o estado de necessidade. Contudo, existe uma diferença tênue entre o que se pretende demonstrar neste tópico (da inexigibilidade de conduta diversa como causa de excludente de culpabilidade supralegal) e o estado de necessidade devidamente previsto em lei. Entendemos que o estado de necessidade legal requer a atuação dentro do meio adequado para um fim adequado. Já a inexigibilidade de conduta diversa tem um conceito mais subjetivo, reconhecendo que nem sempre se age por meios adequados para fins adequados, mas que nem por isso se merece a reprimenda penal. Esse raciocínio encontra-se baseado no que defendia Hans Welzel, conforme se comprova com trecho transcrito, extraído de obra Derecho Penal Aleman. Parte General: “*b) la acción em estado de necesidad tiene que ser ele último recurso. Entre várias posibilidades, el autor há de elegir el mal menor y perseguir subjetivamente el fin de salvacion. El autor tiene, pues, que actuar bajo la presión del peligro a la integridade corporal o la vida. No basta que lá lesión del bien jurídico ajeno sea para ele autor la lesión más cómoda e sencilla.c) Las consecuencias jurídicas: la acción em estado de necesidad es antijurídica cuando no es el médio adecuado para el fin adecuado, pero se ele exculparia por inexigibilidade de la conducta conforme a derecho” (grifo nosso). WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte General. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 213.*

censurabilidade da conduta inexistiria. Consequência: apesar da ilicitude reconhecida do fato, sem a censurabilidade, não há que se falar em responsabilização penal.

Para que fique mais claro o que defendia a teoria normativa da culpabilidade, necessário se faz a análise do que consiste a própria culpabilidade para o direito penal.

Assim, a culpabilidade, no direito penal, se baseia em três vertentes:

1) Culpabilidade como fundamento da pena - configura na possibilidade ou impossibilidade da aplicação da pena ao autor de um fato proibido pela lei penal. Assim, para a aplicação da lei penal ao fato típico e antijurídico exige-se a presença de alguns requisitos, como a capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta que obedeceria a norma. A não existência de qualquer um desses três requisitos, que forjam a culpabilidade como fundamento da pena, não é possível a aplicação da lei penal, mesmo diante de um fato típico e ilícito. É nesse contexto que nasce a ideia de que, mesmo sendo proibidas por lei, algumas ações são isentas de pena em virtude da inexigibilidade de conduta diversa.

2) Culpabilidade como elemento de medição de pena – nesta fase de análise da culpabilidade, a aplicação da pena já está decidida, devendo apenas ser limitado o quanto dessa pena será aplicado ao caso concreto.

3) Culpabilidade como delimitador da responsabilidade individual e subjetiva – essa vertente da culpabilidade impede a aplicação de uma imputação penal objetiva, delimitando o poder do aplicador da lei, e garantindo que ninguém poderá responder por resultado imprevisível, ou se não tiver agido com culpa ou dolo.

Para efeitos da tese de excludente de culpabilidade no que tange a antecipação da morte de descendentes crianças ou adolescentes (podendo o raciocínio ser expandido para casos de adultos, por certo), a vertente que interessa dentro da culpabilidade é a primeira apresentada, onde já se impede de pronto a análise das demais. Diante do sofrimento e da irreversibilidade de um quadro de saúde de um ente querido, havendo solicitação pela antecipação da morte, é possível considerar que qualquer pessoa de média consciência poderia vir a atuar para promover de algum modo a morte do enfermo.

A tese doutrinária da inexigibilidade de conduta diversa, apesar de bem fundamentada, é pouco aceita quando o bem jurídico atingido é a vida. Majoritariamente,

quando a exigibilidade da conduta fica de algum modo comprometida, sendo plausível a atuação do agente, a escolha se dá pela imputação do homicídio privilegiado (onde já se reconhece que a exigibilidade de conduta diversa é bastante diminuída).

### **3.4. Estado de necessidade**

Outra construção doutrinária que poderia vir socorrer os médicos ou os pais no caso da eutanásia precoce, em especial na modalidade de omissão de tratamento, é a esposado por Claus Roxin<sup>121</sup>. Aduz o referido autor que, nos casos de omissão de tratamento de recém-nascidos gravemente deformados e que jamais alcançarão a consciência ou que padecem de um sofrimento incontrolável ou irreversível, deve a ilicitude do ato ser afastada pelo estado de necessidade justificante, tendo como fundamento o interesse do recém-nascido, bem como de seus pais, uma vez que a continuação das medidas conservadoras daquela “vida” representa um peso inexigível.

Informa-nos ainda Helena Moniz que nos Países Baixos há decisões aceitando a eutanásia ativa em recém-nascidos com espinha bífida, trisomia 18 e hidrocefalia, com a exigência de que o procedimento seja realizado por equipe médica diferente da que primeiro analisou a situação, e desde que com o consentimento dos pais, invocando-se também o direito de necessidade e outros conflitos de deveres (manter o recém-nascido vivo por tempo determinado *versus* promover o alívio)<sup>122</sup>.

Em relação a esses interesses ponderados, cabe salientar que é preciso que se criem mecanismos de proteção ao recém-nascido com malformação, pois como ele não exprime seus interesses, levando-se em consideração os interesses dos pais e da equipe médica, é possível que não se observem o interesse dessa vida que se inicia. Muitas vezes pela indisponibilidade (financeira ou psicológica) de se cuidar de um bebê com limitações severas, os pais optam pela eutanásia de seus recém-nascidos. Essa supressão do interesse de um elo interesse do outro deve ser verificada com cuidado, e faz-se necessária a regulamentação dessas hipóteses de forma específica e clara<sup>123</sup>.

Ao interpretarmos o artigo 34º do Código Penal Português, é possível afirmar que pelo ordenamento jurídico penal são aceitos o cometimento de atos considerados ilícitos,

---

<sup>121</sup> ROXIN, Claus *apud* DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit. p. 31, nota de rodapé nº 34.

<sup>122</sup> MONIZ, Helena. Op. cit. p. 353.

<sup>123</sup> Neste sentido, GODINHO, Inês Fernandes. Op. cit. pp. 230-231.

desde que sejam necessários para a proteção de interesses ou valores também protegidos. Assim, esses atos são crimes, mas são justificados pelas circunstâncias relevantes em que são realizados.

Particularmente, interpretando os artigos 34º e 35º do Código Penal Português, nos parece que seria mais adequado falar em estado de necessidade como exclusão da culpa e não como causa de justificação. Isto porque o estado de necessidade justificante para que se caracterize exige a salvaguarda de um bem ou interesse jurídico de maior valor do que o sacrificado.<sup>124</sup> Não nos parece que nessa balança de ponderação de interesses jurídicos a vida seja um bem inferior à autonomia, à autodeterminação (**princípio da imponderabilidade da vida para efeitos de estado de necessidade justificante**)<sup>125</sup>. Ao contrário, é a existência da vida que possibilita todos os outros direitos, inclusive o de autodeterminar-se. Desta forma, para nós a não incidência do direito penal seria sustentada nos casos da eutanásia precoce-infantil no estado de necessidade desculpante, conforme previsão do artigo 35º, 2 do Código Penal. Assim, parece-nos mais correto dizer que o ato de matar a pedido é ilícito nos casos de eutanásia, mas que, levando-se em consideração determinadas circunstâncias, seria possível afastar a culpa do agente.

Essa desculpa que afasta o direito penal de um ato ilícito parece-nos bastante adequada no que tange a eutanásia precoce, em especial no que tange a eutanásia passiva. Ora, o médico que atende exclusivamente ao pedido do menor de idade interrompendo ou deixando de iniciar o tratamento médico deveria ter sua conduta desculpada em virtude da proteção à autonomia do ser humano. Por certo que a autonomia da criança e do adolescente não é de todo ofertada pelas legislações, principalmente pela civil e pela penal. Se o fosse, a utilização do consentimento do menor para efeitos de imputação penal atenuaria em muito a situação do agente de saúde. Mas principiologicamente a criança e o adolescente têm o sentimento do desejo tanto quanto o adulto. Esse paternalismo que desconsidera a capacidade (não legal) do menor de idade acaba por ferir sua dignidade e atentar contra as suas liberdades. Esse mesmo raciocínio pode ser adotado no que tange à eutanásia ativa dos menores (respeito à dignidade humana e a liberdade de escolha daqueles que já tenham idade suficiente para expressar sua vontade), entretanto,

---

<sup>124</sup> Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 439.

<sup>125</sup> *Ibid.* p. 451.

entendemos que nessa forma de boa morte a fragilidade dos argumentos é mais evidente, em que pese a Holanda e a Bélgica terem se baseado também neles para a liberação da eutanásia precoce.

### **3.5. Do risco permitido**

Quando se trata de eutanásia ativa indireta, onde ocorre o encurtamento da vida do paciente em virtude do uso de medicações meramente paliativas nasce para o direito um questionamento: a morte do paciente imputa ao médico e/ou a terceiro que colabora o crime de homicídio?

De forma geral, a essa pergunta, a doutrina<sup>126</sup> e a jurisprudência<sup>127</sup> têm respondido que não, uma vez que o avanço tecnológico nos métodos paliativos, combinados com o consentimento informado do paciente é consequência natural dos avanços na medicina. Ademais, pior seria deixar o paciente morrer suportando severas dores por temor de se utilizar um medicamento que pudesse lhe trazer algum alívio.

No entanto, há os que defendem haver homicídio a pedido da vítima (figura não existente no direito penal brasileiro, mas que se enquadraria no homicídio privilegiado previsto no artigo 121, §1º do CP brasileiro) na prática da eutanásia ativa indireta, sendo o crime praticado com dolo eventual, uma vez que, apesar de não pretendido, o risco da produção do resultado morte é assumido pelo agente.

Apesar da possibilidade da imputação de homicídio em tese ao autor dos fatos, essa antecipação da morte por parte da administração de medicamento, de acordo com o pensamento majoritário, estaria fora do âmbito jurídico penal, desde que consentida, tácita ou expressamente, como já afirmado, seja no caso de pacientes com a doença avançada (moribundos), seja naqueles que ainda estejam num estado menos debilitado.

Ainda no que tange à eutanásia ativa indireta, a discussão mais importante gira em torno de que elemento afastaria o direito penal da conduta que acelera a morte do paciente: a atipicidade ou a justificação?

No campo dos que defendem ser a conduta típica, mas justificável, nasce o argumento de que há um conflito de interesses entre a conservação da vida, que, apesar de

---

<sup>126</sup> Id. “A ajuda médica à morte: uma consideração jurídico-penal”, op. cit. p. 32.

<sup>127</sup> *Leading case* de 11-1966. BGH 42, 301.

sofrida, constitui um bem jurídico devidamente protegido pelas legislações, e a diminuição ou cessação do sofrimento causado ao enfermo através de medicamentos, que, não como finalidade, mas como consequência, acaba por acelerar fim da vida. Neste caso, o médico agiria em estado de necessidade justificante (artigo 34º do CP português), afastando a ilicitude do ato.

Numa segunda interpretação dos mesmos fatos, nasce a defesa de que, na verdade, o ato praticado pelo médico não é típico, eis que o tratamento médico, ainda que tenha como consequência a antecipação da morte, é adequado socialmente (Roxin faz uma crítica à subjetividade do que seria considerado adequação social, ponderando que o melhor seria que a jurisprudência decidisse qual seria a figura –atipicidade ou licitude – que afastaria o crime de homicídio)<sup>128</sup>, e o risco que ele impõe as partes envolvidas é permitido, não podendo, portanto, ser o resultado imputado de forma objetiva ao agente.

É de se pontuar que a intenção do médico ou de terceiro que ministra a medicação que abrevia a vida do paciente não é matar, mas sim aliviar, oferecer conforto a quem está em intenso sofrimento. Carece tal conduta, neste diapasão, de elementos subjetivos do tipo (dolo – por não haver intenção de matar, e culpa – por não haver falta de dever de cuidado). Em havendo um dos elementos subjetivos do tipo, o ato será encaixado em uma das condutas penais previstas, e o autor sofrerá as consequências legais de seu ato.

### **3.6. Proibição de intervenções ou tratamentos médicos arbitrários**

Inicialmente, para que seja possível o entendimento sistemático da proteção à saúde e a vida de um lado e a autodeterminação de outro, é preciso ter em conta que o tratamento médico indicado e consentido (necessidade do consentimento contida nos termos do artigo 156º, Código Penal) não é considerado ofensa à integridade física, conforme preceitua o artigo 150º, número 1 do Código Penal Português. Assim, a atuação permitida do médico que provoca lesão corporal (agravando o quadro do paciente, por exemplo) ou até mesmo a morte, desde que não tenha havido falta do dever de cuidado, não configura fato típico para o direito penal.

Visando tutelar o direito de escolha, reconhecendo ser o tratamento médico um procedimento volitivo que respeita a aspectos de íntima convicção diante do quadro

---

<sup>128</sup> ROXIN, Claus. *Apreciação jurídico-penal da eutanásia*, op. cit. Loc. cit. Acesso em: 26 fev. 2015. p. 15.

médico corretamente informado, a legislação busca sancionar o agente de saúde que pratica um ato médico sem o consentimento do paciente, nas penas previstas no artigo 156º do Código Penal.

Deste modo, ao tratarmos da eutanásia, nomeadamente na forma passiva (ortotanásia), utilizando-se de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, seria um contrassenso o médico que acata ao pedido de interrupção do tratamento (ou pela não iniciação do tratamento) feito pelo paciente ser condenado pelo crime de homicídio omissivo ou a pedido da vítima. Isto porque, no que tange especificamente a questões de saúde e de tratamento médico, a legislação penal optou por proteger a autonomia (liberdade/autodeterminação) do paciente<sup>129</sup>, considerando que as consequências do não tratamento (agravamento do quadro clínico ou morte) são irrelevantes penais.

No sentido da preservação da autonomia do paciente em detrimento da atuação do médico, nos esclarece Helena Morão que “no conflito entre vida e autodeterminação, gerado no âmbito da relação médico – paciente, a ordem valorativa constitucional aponta para a adoção de um modelo de decisão que dê prevalência à autonomia do paciente”<sup>130</sup>. É importante entender que a autonomia do paciente é guardada por um princípio muito caro ao ser humano: a dignidade humana. É a este princípio, abrangente e protetivo, que deve conectar todas as vertentes da eutanásia passiva (mas não só dela), como forma,

---

<sup>129</sup> O Professor Manuel da Costa Andrade, em suas anotações ao artigo 156º, contidas no *Comentário Conimbricense do Código Penal*, aduz que existem exceções no que diz respeito à atuação do médico contra a vontade do paciente (ANDRADE, Manuel da Costa et al. Op. cit. pp. 391-392). Uma delas se refere ao salvamento do suicida em casos de tentativa de suicídio. Por certo que a pessoa ao se suicidar deseja ter sua vida ceifada, e, portanto, não deseja ser tratada ou salva por médicos. Assim, ao recuperar uma pessoa que tentou se suicidar, o médico poderia presumir que esta não desejava ser resgatada de seu intuito final. Logo, sua não atuação não poderia se configurar o crime ajuda ao suicídio por força do artigo 156º, por absoluto respeito à autonomia do suicida. Contudo, caso o médico decidisse agir não estaria ele praticando o crime de tratamento arbitrário por força do previsto no artigo 154º, número 3 do CP português. Entende Costa Andrade que há, nesse caso específico, um direito de necessidade justificante. Em síntese, tanto a atuação do médico, quanto a sua não atuação, nos casos de resgate ao suicida, são indiferentes penais. A outra exceção se daria no contexto de prevenção de epidemias, doenças contagiosas, onde prevalece o interesse jurídico supra individual (saúde coletiva). Há ainda a obrigação do médico em tratar pessoas que estejam submetidas ao cárcere (por força do artigo 35º do *Código de Execução das penas e Medidas Privativas da Liberdade*) sempre que estiver presente caso de inconsciência do preso ou que haja grave perigo para a vida. Esse dever do médico se dá em virtude da responsabilidade do Estado para com as pessoas que estejam sob sua guarda. Ressalte-se que Costa Andrade defende que nos casos em que o preso estiver enfermo, sendo ele o único beneficiário do tratamento, há que se defender seu direito a negativa do tratamento, uma vez que a reclusão não é capaz de afastar a autonomia da pessoa em relação às questões que lhe dizem exclusivamente respeito.

<sup>130</sup> MORÃO, Helena. Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 16, n. 1, jan./mar. 2006. p.60

inclusive, de evitar a experimentação médica do paciente, a coisificação da pessoa sob o falso manto do tratamento médico.

Cabe salientar, por importante construção doutrinária que derruba a ilicitude da conduta do médico que se omite a prestar o tratamento médico ao paciente, que há entendimento no sentido de que a vontade do paciente, seja impedindo seu início, seja interrompendo o tratamento, afasta a condição de garantidor<sup>131</sup> do médico, impedindo, dessa forma, que ele venha a ser responsabilizado por homicídio a pedido da vítima<sup>132</sup>.

A título de comparação entre os ordenamentos jurídicos, o legislador brasileiro, ao contrário do português, optou por proteger a vida do indivíduo, independente de sua vontade, no que tange à obrigatoriedade do tratamento médico. O artigo 146 do Código Penal brasileiro determina que não haverá constrangimento ilegal na ação do médico que trata o paciente contra a vontade deste. Ou seja, ao contrário do que indica a legislação portuguesa, o médico no Brasil não abandona em momento algum seu papel de garantidor, devendo agir, inclusive, contra a vontade do paciente<sup>133</sup>, mesmo que ao final não consiga lhe salvar a vida. Há um questionamento em relação ao referido mandamento legal no sentido da sua não recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil, ante a escolha da Assembleia Constituinte em colocar como primado da nação brasileira a dignidade humana, de onde se desdobra o direito a autonomia de cada indivíduo. Contudo, a legalidade da ação que obriga o médico a agir e ao paciente a se submeter à intervenção médica ainda está em vigor.

Há quem defenda (entendimento minoritário) que a aceitação do médico pelo não tratamento requerido pelo paciente significa a aceitação do pedido de morte. Isto porque, ao não se tratar uma doença, a consequência possível será a morte. Em ocorrendo a morte

---

<sup>131</sup> Helena Morão destaca que “este limite ao dever de tratar não se traduz nem num dever de cessar o tratamento, cuja violação acarretaria a ilicitude do comportamento médico que optasse por manter a vida do paciente, nem numa autêntica permissão para omitir, mas antes numa não-proibição da omissão, ou seja, num espaço livre de direito”. Ibid. p. 84.

<sup>132</sup> Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa et al. Op. cit. pp. 385 e ss.

<sup>133</sup> Decisão que exemplifica a jurisprudência brasileira no que é pertinente ao tratamento médico contra vontade do paciente: “APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. **Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares.** Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70020868162, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2007)” (grifo nosso).

derivada da doença, estaria o médico, por ter se omitido ao tratamento, para esses doutrinadores, inserido nas penas do artigo 134º do Código Penal. Essa posição não merece prosperar, uma vez que não há no caso concreto o dolo homicida, mas apenas a ação de acatar ao direito de uma pessoa em não se submeter a um tratamento médico. Ademias, como já explicitado anteriormente, a recusa do tratamento retira do médico a qualidade de garantidor, pois não há dever diante da vontade negativa de quem teria o direito. Cabe salientar que, para que seja efetivo o afastamento do crime de homicídio a pedido da vítima pelo desejo do enfermo em não se tratar, é importante a análise do artigo 38, números 2 e 3, Código Penal. Em síntese, faz-se obrigatório para fins de exclusão do crime que o consentimento (aqui transformado em expressão do desejo de não tratar a doença) ofertado carregue em si uma vontade séria, livre e esclarecida (dever de esclarecimento por parte do médico – que garante a validade no campo jurídico do exercício da autodeterminação, nos termos determinados pelo artigo 157º do Código Penal português) do titular do direito. Destaque-se que há aceitação do consentimento presumido (artigo 39, CP português), desde que lastreado por boas evidências de que essa teria sido a vontade do paciente, caso ele pudesse se expressar.

No que consiste no objeto da presente pesquisa, em relação ao menor de 16 (dezesseis) anos, o consentimento não terá validade, por expressa previsão legal (artigo 38, nº 3 CP português). Assim, se não há validade no consentimento, não haverá também na falta dele, pois a legislação concede aos pais o dever/direito de escolher pelos filhos menores se eles serão ou não submetidos ao tratamento médico.

Ou seja, o menor de idade, com mais precisão aqueles que têm até 16 anos, são obrigados por lei a suportar o tratamento médico, muitas vezes mais agressivo do que os próprios sintomas da doença, pois a lei não lhe permite recusar o tratamento.

Apesar dessa limitação legal de escolha, a pessoa que sofre os efeitos da decisão dos responsáveis é o menor de idade, por isso deveria ele ser ouvido. Até que ponto a incapacidade legal pode interferir no direito de autodeterminação do ser humano?

Entendemos que o limite se encontra no momento em que a decisão dos pais não versa acerca de bens patrimoniais, mas do bem estar físico do menor, de questões que só a própria pessoa pode sentir e testemunhar sobre. Neste ponto da intimidade extrema, onde a doença se instala de forma inequívoca, sendo o menor a única pessoa que sente a dor, o

enfraquecer da alma diante da agonia, deveria caber a ele, assistido pelos pais (e não representado), quem escolheria se quer ou não o tratamento médico. E essa escolha deveria ter o condão de isentar a equipe médica de quaisquer responsabilidades penais, uma vez que se trata da obediência de um desejo personalíssimo, possível e legal. Diferir a dor do menor da dor do adulto, as consequências da doença no menor das consequências da doença no adulto é desumanizar a pessoa apenas pela sua idade. É transformar a pessoa em objeto, e como objeto fica a cargo da decisão de terceiros. No sentido da necessidade do respeito ao desejo do menor nos casos de tratamento médico, bem como da possibilidade de afastamento do direito penal nesses casos, nos ensina COSTA ANDRADE, “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante”<sup>134</sup>.

Em conclusão, é possível construirmos uma ponte entre o desejo do menor e a atuação do médico, observando que sua vontade deve ser tomada como parâmetro para a realização do tratamento ou não. A inobservância dessa vontade implicaria no crime previsto no artigo 156º do Código Penal. Já a obediência do desejo do menor sobre os atos médicos indesejados (que levarão a morte pela falta de tratamento – eutanásia passiva) serviria para afastar a qualidade de garantidor do médico, bem como a incidência do direito penal sobre a conduta omissiva.

---

<sup>134</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 603.

## CONCLUSÃO

A eutanásia é um procedimento que ninguém quer enfrentar, seja pessoalmente seja por meio de um ente querido.

No entanto, é necessário que a sociedade continue evoluindo, se despindo de superstições e preconceitos de modo a permitir que as pessoas adultas ou não possam decidir livremente pelo seu próprio destino.

O estudo realizado para elaboração deste trabalho construiu a percepção de que o Estado tem maior controle sobre a prática dos desejos individuais do que deveria ter, adentrando claramente na esfera privada transformando em bens jurídicos tuteláveis sentimentos e noções de existência muito pessoais.

Por certo o Estado deve proteger a vida, deve tutelar práticas médicas a fim de evitar o abuso terapêutico, deve obrigar o respeito ao que é caro socialmente através de suas normas. Mas a relevância dos bens ditos jurídicos e, portanto, tuteláveis, é cíclico e renovável em certa medida.

A vida, apesar de ser muito protegida, não é defendida em absoluto pelo direito (pelo Estado). As exceções são legais, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal – nos casos dos países onde se utiliza a pena de morte; e também são supralegais, como, por exemplo, a inexigibilidade de conduta diversa. O que demonstra que a vida é um bem semirrígido, movimentado, sempre com cautela, em situações extremas. A eutanásia seria uma dessas situações extremas, onde, ao contrário das outras escusas, legais ou supralegais, não está envolvido direito de vida de terceiro, mas da própria parte passiva.

A grande dificuldade do presente estudo não se deu em relação ao entendimento de que o Estado não deve cercear o indivíduo de materializar seu desejo pela antecipação da morte em situações extremas, isto é bastante evidente para quem defende o respeito à liberdade individual de escolha (autonomia). O grande impasse se deu no campo da capacidade do menor de idade. Não só pelas limitações que a legislação traz, mas pela imaturidade de uma decisão tão definitiva, bem como pelas consequências penais para aqueles que auxiliam de alguma forma na prática da eutanásia.

Note-se que discutir sobre a vida e sobre a morte ultrapassa em muito o que entendemos como direito. Essa discussão habita mais do que o campo jurídico, religioso e filosófico: habita o íntimo do ser humano, desfaz o instinto mais primitivo que é a luta pela continuidade de sua existência.

Pedimos licença para usar a primeira pessoa do singular neste ponto específico, por se tratar de um momento pessoal, mas que contribuiu na formação desta conclusão. Trago neste momento um fato real e extremamente difícil que vivenciei no decorrer destas pesquisas e que me fez entender que a existência de uma legislação que regulamente a eutanásia precoce muito pouco alteraria a atitude dos responsáveis pelo menor. Durante a elaboração desta dissertação tive uma gravidez de risco devido à pré-eclâmpsia, tendo como consequência o desenvolvimento placentário anormal. Meu filho nasceu prematuro, com restrição de crescimento, o que impôs 22 (vinte e dois) longos dias de UTI (Unidade de Terapia Intensiva) neonatal. Na UTI neonatal conheci pais de bebês com síndromes que os levariam a óbito em poucos dias, ou meses se os bebês fossem mais fortes, e também de prematuros extremos acometidos de todas as falhas de desenvolvimento fetal. Em todos os pais desses bebês condenados pelas suas condições de saúde não vi o desejo de antecipar a morte. Todos estavam esperançosos num milagre, confiantes na evolução da medicina. Infelizmente, enquanto estive com meu filho na UTI neonatal presenciei o falecimento de 3 (três) desses bebês.

O que pretendemos concluir com essa vivência, somado ao que pudemos captar das pesquisas realizadas é que a existência da legislação não vulgariza o procedimento da eutanásia, como defendem algumas linhas contrárias ao procedimento. Não haverá quem autorize ou deseje pela morte de um filho em situação extrema de sofrimento porque a lei existe. A legislação é importante, aliás, essencial, para que os profissionais da saúde possam atuar com mais segurança e para que, em última instância, possam os pacientes menores e seus responsáveis optar com a certeza do respaldo legal pela interrupção do sofrimento.

É importante salientar que a falta de legislação que regulamente as circunstâncias do cabimento da eutanásia, reconhecendo os avanços da medicina, e, em especial, sua limitação, coloca a margem pessoas em avançada agonia que não possuem boa condição financeira. Isto porque, como há países que permitem a eutanásia precoce (como Holanda e

Bélgica), basta que os responsáveis levem o menor enfermo a um desses lugares para que possam realizar legalmente o procedimento. O mundo se torna mais desigual quando o exercício de direitos fundamentais (autonomia e dignidade humana) é ligado ao poder econômico que se tem.

Aos menos providos de bens resta o suicídio, muitas vezes no momento de desespero, de forma bruta, contrariando muitas vezes tudo o que a pessoa acreditou durante sua vida; ou então a procura de clínicas clandestinas que façam os procedimentos necessários para a morte tranquila. Aos que nem capacidade de se suicidar possuem, pela limitação física ou por estarem em estado vegetativo, resta a sobrevida em agonia.

Por certo que não é cabível vulgarizar a vida, tampouco permitir o alargamento danoso do espaço em que ela não se encontra amparada. O direito à vida deve sempre ter seu núcleo duro blindado, principalmente em proteção a ação de terceiros. Porém, não é cabível a proteção da vida periférica, da que está ao largo do que seria viver com dignidade, quando seu próprio detentor não mais deseja habitar esse mundo.

Ademais, é de difícil compreensão entender o porquê de se aceitar a morte agonizante, em sofrimento, mas não se aceitar a eutanásia ativa. Em nome do sagrado a sociedade, as leis, e a religião obrigam a pessoa a viver no mais absoluto sofrimento. Não seria a paz da alma sagrada também?

Não importa a idade, não importa se nascido ou no ventre. À sociedade não é facultado o direito de escolher pela manutenção do sofrimento alheio. A tolerância seria a chave nos casos de eutanásia ativa em qualquer fase da vida ou da formação humana. Como o procedimento é volitivo, quem não o deseja ou o entende pecado, que não o faça.

O direito penal serve para punir quem atenta contra as liberdades. No contrato social, ao aceitarmos ceder algumas de nossas liberdades para o bem da vida em sociedade, precisávamos de meios para nos defender daqueles que atentassem contra a paz social e as liberdades individuais. É nesse contexto que nasce o direito penal, como a última medida a ser tomada, diante de ferimento a bens jurídicos de importantíssima relevância. Sendo assim, por sua natureza, não poderia ser o direito penal limitador da liberdade pessoal que não atenta contra bens jurídicos de terceiro.

Qual seria a lesividade da eutanásia? Auxiliar na morte de alguém que não deseja mais viver, ciente de todas as informações de seu quadro clínico, diante de uma situação

extrema, de forma indolor e pacífica, atendida por uma equipe médica competente, não deveria ser crime. Na verdade o médico é um instrumento que o paciente (tido como vítima pelo direito) usa para alcançar um fim desejado e escolhido com liberdade e consciência. Ao final, em não podendo se punir o morto, pune-se o instrumento.

Há ainda uma incongruência legal, legitimada pela sociedade eleitora (a qual, por motivos óbvios, os legisladores buscam agradar), de que o aborto é permitido (não no Brasil, onde o é apenas excepcionalmente. Mas na Europa de forma majoritária), mas a eutanásia não. Seria a vida em formação menos valorosa do que a vida que se deteriora? Seria o direito a autonomia da mulher mais importante do que o da autonomia do paciente? O que diferencia essas vidas? O que diferencia a mulher do paciente incurável? Não há diferença entre a vida intrauterina e a extrauterina no plano filosófico e religioso, logo o aborto deveria ser tratado como a eutanásia. Ou melhor, a eutanásia deveria ser tratada como o aborto, a fim de se defender a autonomia da mulher sobre seu corpo e a do enfermo que sofre de doença grave e incurável sobre sua vida.

Em síntese, talvez não seja possível falar em direito de morrer, pois antagônico ao direito à vida e a perpetuidade da espécie. Todavia, resta completamente defensável que todo ser humano tem liberdade de morrer (o suicídio comprova, mas limita, se tomado como única forma de morte legal aos pacientes, essa liberdade), independente da idade. A liberdade à autonomia sobre a própria vida deveria prescindir de autorização legal, mas deveria ter regulamentação em seu procedimento, de forma a evitar abusos e mau uso, em especial em se tratando de menores de idade.

Adentrando na esfera jurídica-penal concluímos que as legislações não pretenderam autorizar que o consentimento fosse um excludente seja de ilicitude, seja de culpabilidade, nos casos de homicídio a pedido. As legislações tratam como exceção ao afastamento do direito penal pelo consentimento os crimes contra a vida, deixando claro para a sociedade que não são tolerados os atentados à vida, salvo para se proteger outra vida (como é o caso da legítima defesa e do estado de necessidade). Nesse ponto o artigo 134º do Código Penal Português, bem como o § 216 do StGB, não deixam dúvidas ao prever expressamente que a legislação penal se aplica aos casos de retirada da vida, ainda que a pedido de quem a detenha, demonstrando que para o direito a vida é um bem indisponível (em relação a ação

de terceiros, pois em relação ao atentado contra a vida pela própria pessoa – suicídio- não há que se falar em proteção legal) e deve ser protegida em todas as instâncias como tal.

No Brasil, embora não se tenha um enquadramento típico específico do homicídio a pedido como há em Portugal e na Alemanha, o legislador também optou por blindar o bem jurídico vida nos artigos 121 e seguintes do Código Penal, não permitindo sua retirada em nenhuma circunstância que não as exceções legais e supralegais já existentes (em nenhuma dessas exceções se encontra o homicídio a pedido nem o auxílio ao suicídio).

É possível defender neste ponto que as legislações adotam uma postura paternalista em relação à pessoa, prevendo que, diante da fragilidade psíquica e física em que se encontra o ser humano em determinado ponto de sua vida, ocorre uma contaminação na pureza desse pedido de morrer (consentimento viciado). Então, optam essas legislações por continuar a proteger o bem jurídico vida (ainda que o seu detentor não mais deseje essa proteção), mas de forma abrandada, uma vez que não seria proporcional punir da mesma forma um terceiro que mata com intenções torpes, ou fúteis, ou alheias a vontade da vítima, daquele que pratica o homicídio ou o auxílio ao suicídio com a intenção de fazer cessar um sofrimento, de trazer conforto a quem não vê mais sentido na sua continuidade existencial. Todavia, apesar de não explicitamente, o legislador parece não ter deixado de considerar casos de eutanásia quando elaborou a legislação penal no que se refere ao homicídio a pedido e ao auxílio ao suicídio, pois além de abrandar o *quantum* máximo da pena, permite, inclusive, a sua não aplicação ao deixar prever pena mínima. A falta de previsão legal da pena mínima significa que o legislador deixou a cargo do julgador a possibilidade da não aplicação na prática da pena (uma espécie de perdão da pena). Note-se que quando o legislador quis impor ao julgador a aplicação efetiva de uma pena de prisão no caso de ajuda ou auxílio ao suicídio, ele o fez no caso dos menores de 16 (dezesseis) anos (artigo 135º, número 2 do Código Penal), onde prevê uma pena mínima de 1(um) ano, e também nos casos de homicídio privilegiado (artigo 133º, Código Penal).

Infelizmente essa não aplicação da pena possível pelo disposto nos artigos 134º, nº 1 e 135º, n º 1, ambos do Código Penal, não beneficia em nada o médico ou qualquer outra pessoa que venha atender ao desejo da criança e do adolescente (menor de 16–dezesseis). Primeiro porque não se aceita a validade do pedido do menor de idade devido a sua incapacidade de consentir (ou seja, o pedido deste menor não é capaz de trazer nenhuma

escusa penal), conforme previsto nos termos do artigo 38º, número 3 do Código Penal, no que diz respeito ao homicídio a pedido. Logo, a pessoa que atendesse ao pedido pela morte feito pelo menor incapaz responderia pelo homicídio privilegiado (uma vez que se afasta a forma privilegiada especial com que é tratado o homicídio a pedido), cuja pena mínima é de 1 (um) ano. Segundo porque o artigo 135º, número 2 do Código Penal é expresso ao agravar a pena de quem auxilia no suicídio do menor de 16 anos, iniciando-a em 1 (um) ano, não deixando espaço para interpretações em contrário. Deste modo é possível perceber que, para o menor de 16 (dezesesseis) anos não há bens jurídicos penalmente protegidos que sejam disponíveis.

Aliás, ainda em se tratando dos tipos auxílio ao suicídio e homicídio a pedido em relação aos menores de 16 (dezesesseis) anos, importante observação faz Inês Godinho<sup>135</sup> quanto à previsão legal que agrava em relação ao auxílio ao suicídio e o silêncio em relação ao pedido do menor de 16 (dezesesseis) anos no homicídio a pedido. Aduz a referida autora que “Já antes afirmamos que estes dois tipos são comumente considerados como tipos privilegiados do tipo-base corporizado pelo homicídio simples. No entanto, a ausência de uma circunstância agravante específica no art. 134º pode revelar ter resultados perniciosos, impossibilitando uma solução intermediária entre tipo privilegiado e um qualificado.” Ou seja, como não há previsão legal em relação ao pedido do menor de 16 anos no que tange ao homicídio a pedido, e, por força do artigo 38º, ser o menor incapaz de consentir, ou esse homicídio teria que aplicar analogicamente o previsto no número 2 do artigo 135º, o que não nos parece viável pela vedação, em obediência ao princípio da legalidade, da utilização a analogia ou da extensão de norma que agrava a situação do processado criminalmente; ou poder-se-ia enquadrá-lo no homicídio qualificado, conforme previsão legal do artigo 132º, número 2, alínea c, o que também não nos parece viável, pois a intenção de matar tem em si uma ação nobre, que é atender a uma pessoa em estágio terminal de uma doença, que está a sofrer sem chances de regresso a um estado de saúde que lhe possibilite uma vida digna. A saída diante dessa lacuna legal, no nosso entender, seria de fato a utilização do enquadramento da conduta no homicídio privilegiado (artigo 133º, Código Penal).

---

<sup>135</sup> GODINHO, Inês Fernandes. Op. cit. p. 173.

Para o futuro, a melhor solução a dar para a eutanásia ativa direta é legalizá-la, reconhecendo-a como um ato médico (neste ponto estamos de acordo com FARIA COSTA<sup>136</sup>), impondo requisitos claros e intransponíveis, de forma a resguardar em primeiro lugar os interesses e a vontade do paciente, estabelecer um órgão fiscalizatórios desses procedimentos, como há na Holanda e na Bélgica. Quanto à situação dos menores de idade, pensamos que é preciso estender para eles a possibilidade da eutanásia ativa, através de uma legislação mais severa do que em relação aos adultos, em especial no que tange a verificação do amadurecimento da vontade deles diante da realização do procedimento. É mandatório que quaisquer legislações que tratem sobre a eutanásia precoce ou infantil conte ainda com um sistema de freios e contrapesos, onde a equipe médica seria vigilante em relação a eventual interesse dos pais na morte do menor, e vice-versa. Pais (responsáveis) e equipe médicas seriam uma espécie de garantidores da observância daquilo que corresponderia ao melhor interesse do menor, sendo possível que tanto um quanto outro tomasse medidas judiciais para impedir a instrumentalização da mente e do corpo do paciente menor de idade.

Após os estudos realizados, entendemos por não defender a possibilidade da eutanásia ativa direta para os menores de 12 anos<sup>137</sup>, momento em que entendemos já haver capacidade para consentir sobre as questões da sua própria existência. Entendemos, portanto, que a legislação holandesa é mais adequada quando se trata da eutanásia ativa direta para os menores de idade.

Ressalte-se que na Bélgica, apesar de não constar o limite mínimo de idade na legislação que admite a eutanásia ativa, na prática, pela necessidade do pedido formal pela boa morte, bem como pela necessidade de consciência do menor em face das

---

<sup>136</sup> COSTA, José de Faria. “O fim da vida e o direito penal”, op. cit. pp. 796-797.

<sup>137</sup> Jean Piaget publicou um estudo sobre a maturidade infantil, onde expôs que a criança dos 3 aos 8 anos de idade entende a regra moral como absoluta, inquestionável. Não há ainda o discernimento de que a regra obedece também a critérios subjetivos, como a intenção das pessoas, nem a possibilidade de quebrá-la, pois ainda não se entende o caráter da autonomia. Dos 8 anos aos 11 anos, o referido autor defende que já se começa a construir um sentimento de justiça, de entender a aplicação da regra nas situações concretas. Essa construção do entendimento da regra como sendo algo exterior que deve ser aplicado em casos concretos e excepcionado em outros, obedecendo a requisitos de igualdade e equidade desagua na formação de princípios internos que sustentam a vontade consciente do menor (a autonomia) a partir dos 11-12 anos de idade. PIAGET, Jean *apud* GRACIA, Diego et al. “Toma de decisiones en el paciente menor de edad”. *Medicina Clínica*. Madri, v. 117, n. 5, p. 180, jan. 2001.

consequências do procedimento, só será possível sua realização em pré-adolescentes e adolescentes.

Não acreditamos que estejamos prontos para a retirada da esfera de proteção do direito penal do homicídio a pedido, uma vez que ainda é preciso enfrentar a verificação da qualidade desse pedido. Diante da fraqueza, do sofrimento, da vida torturante, o pedido pela morte é algo que ocorre mais cedo ou mais tarde. Assim, não é qualquer pedido que deve servir para excluir o crime de homicídio. Até mesmo por entendermos que todo ser humano torturado pela doença em algum momento requer a antecipação da morte, é que defendemos ser necessário que esse seja um procedimento médico, onde haverá profissionais treinados e capacitados para lidar com os estágios da doença sem ceder a um momento específico de desespero. No entanto, é preciso dar ao julgador meios de não aplicação de pena, como já fizeram os legisladores de Portugal ao não preverem pena mínima para o homicídio a pedido e o auxílio ao suicídio, ou então previsões legais que excluam a imputação do crime a quem pratica o ato piedoso num momento de desespero do doente terminal, reduzindo, desta forma, o **“âmbito de proteção da norma que incrimina o homicídio a pedido”**<sup>138</sup> em virtude de um motivo relevante que leva a prática de um ato considerado razoável diante do caso concreto.

Em relação à eutanásia passiva, com mais urgência se faz necessário atribuir ao menor capacidade de escolher pela realização ou não tratamento médico. Quem sofre todas as invasões e dores do tratamento é o próprio menor e não seus responsáveis. A dignidade que se toma, ao se tomar a liberdade de escolha é a do menor, e não de qualquer outra pessoa. Logo, a ele deve caber optar ou não pelo tratamento médico, ciente que essa escolha provavelmente lhe acarretará o encurtamento da vida. Também aqui pensamos ser a idade mínima para a escolha 12 (doze) anos.<sup>139</sup> Aliás, a Convenção de Oviedo já determina que a opinião do menor tem que ser levada em consideração (artigo 6º, número 2), reconhecendo ser um direito humano garantido ao menor o de ser ouvido.

Em conclusão, duas são as necessidades que se levantam na discussão da eutanásia precoce e infantil:

---

<sup>138</sup> DIAS, Jorge Figueiredo et al. Op. cit. p. 33. Grifos no original.

<sup>139</sup> Optamos por sugerir 12 (doze) anos como a idade mínima para que as legislações atribuam capacidade para escolher sobre sua saúde, integridade física e vida, pois essa é a idade em que se tem o marco de transição entre a infância e a adolescência, rompendo-se com a imaturidade infantil. A criança, no nosso sentir, de fato não possui condições de mensurar os conceitos de vida, integridade física, doença, saúde etc.

1) É preciso que haja mais investimento econômico e científico em métodos de cura, bem como nos paliativos, no que tange ao tratamento das crianças. Infelizmente, as investigações científicas em relação aos males que acomete o menor são menos frequentes e apoiadas do que as realizadas relação aos adultos, simplesmente pelo fato de que quantitativamente mais pessoas adultas adoecem do que crianças. Logo, os esforços para novas descobertas científicas se concentram onde há maior demanda, e, principalmente, onde o tratamento pode ser melhor comercializado visando retorno econômico do investimento feito em pesquisas. Em sendo possível proporcionar métodos paliativos que forneçam bom grau de suportabilidade da doença (ou até mesmo de cura), a eutanásia precoce ou infantil toma um lugar ainda mais distante na decisão de se interromper a vida ou não do menor.

2) Bastante necessário também é que os legisladores ao menos proponham o debate acerca da dimensão do respeito ao exercício da autonomia de cada indivíduo pelas leis (como consequência concedendo ao menor a capacidade legal de escolha); promovendo o melhor interesse do menor, nos casos em que os responsáveis, tomados pelo sentimento (natural) do apego e do medo, não aceitem o procedimento da eutanásia. Por certo, o direito não é imutável, ao contrário se molda de acordo com os anseios sociais, protegendo essencialmente o que é importante para a manutenção da sociedade. A evolução ou a involução de uma sociedade modifica o tratamento dado aos bens jurídicos e faz com que tenhamos por obrigação o exercício do pensar. A eutanásia, em especial a infantil/precoce, não é um assunto fácil, muito menos de ampla aceitação. Não há um gráfico oficial, por se tratar de crime na grande maioria dos países, mas a realidade é que a eutanásia precoce/infantil já é praticada nas Unidades de tratamento intensivo do mundo, assim como é a eutanásia em adultos. Logo, faz-se recomendável que se comece debater o antecipar da morte (como forma de tratamento terapêutico de uma doença irreversível e que causa intenso sofrimento), e que se apresentem projetos de lei que visem amparar a parte da população que se vê a margem, como forma de se construir o limite da intervenção estatal na esfera privada da pessoa de qualquer idade.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Médico – SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa et al. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*. 2ª ed. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

AZEREDO, Diogo. *Eutanásia: Pedir para morrer em Portugal*. Disponível em: <<https://jpn.up.pt/2014/03/17/eutanasia-pedir-para-morrer-em-portugal>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

BARBAS, Stela. “Morte e dignidade humana numa perspectiva jurídica”. In: NUNES, Rui; REGO, Guilhermina; DUARTE, Ivone (coord.). *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2.

BARRETO, João. “A Morte na Sociedade Contemporânea”. In: NUNES, Rui; REGO, Guilhermina; DUARTE, Ivone (coord.). *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2. pp. 47-54.

BBC BRASIL. *Morre menina chilena que havia apelado a presidente por eutanásia*. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150515\\_chilena\\_eutanasia\\_apelo\\_vale ntina\\_morte\\_pu](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150515_chilena_eutanasia_apelo_vale ntina_morte_pu)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BECA, Juan Pablo; LEIVA, Alejandro. “¿Podría ser aceptable la eutanasia infantil?”. *Revista Chilena de Pediatría*. Santiago, v. 85, n. 5, pp. 608-612, set./out. 2014.

BECA, Juan Pablo; MCNAB, María Elena. “¿Existen Límites en la Decisión de los Padres Sobre el Tratamiento de sus Hijos?”. *Revista Chilena de Pediatría*. Santiago, v. 81, n. 6, pp. 536-540, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 20ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Processo: ADPF nº 54/DF, Ministro Relator Marco Aurélio, Brasília, j. 12 abr. 2012.
- BRITO, Teresa Quintela de. “Eutanásia Activa Directa e Auxílio ao Suicídio: não punibilidade?”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, v. LXXX, pp. 563-611, 2004.
- BRITTO, José Henrique Silveira de (coord.). *O fim da vida*. Braga: Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, 2007.
- CAJAZEIRAS, Francisco. *Eutanásia: enfoque espírita*. Algés: Verdade e Luz, 2013.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: Anotada*. 4ª ed. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CAPLAN, Arthur. *Ten Years After Terri Schiavo, Death Debates Still Divide Us: Bioethicist*. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/health/health-news/bioethicist-tk-n333536>>. Acesso em: 11 ago. 2016.
- CARMO, Marcia. *Professora argentina apela por ‘morte digna’ da filha de dois anos*. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110817\\_argentina\\_morte\\_digna\\_mc.s.html](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110817_argentina_morte_digna_mc.s.html)>. Acesso em: 21 fev. 2015.
- COSTA, José de Faria. “O fim da vida e o direito penal”. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. pp. 759-808.
- COSTA, José de Faria; KINDHÄUSER, Urs. *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- CUNDIFF, David. *A eutanásia não é a resposta*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- DANTAS, Eduardo. “Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente”. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra, a. 4, n. 8, pp. 115-134, 2007.
- DIAS, Augusto Silva. *Direito Penal: Parte Especial – Crimes contra a vida e a integridade física*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo. “A ajuda médica à morte: uma consideração jurídico-penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim. São Paulo, v. 21, n. 100, pp. 15-39, jan./fev. 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal*: Parte Geral. 2ª ed. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge Figueiredo et al. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: Parte Especial. 2ª ed. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DEUTSCHE WELLE. *Idosos fogem da Holanda com medo da eutanásia*. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/idosos-fogem-da-holanda-com-medo-da-eutan%C3%A1sia/a-1050812>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERREIRA, Flávio. *Bebê morre em PS à espera de atendimento*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/agora/policia/pl2405200601.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

FOSTER, Charles. *Human Dignity in Bioethics and Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2011.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Tutela Penal do Direito à Vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GILLMAN, Ollie. ‘My daughter is no longer my daughter... the light from her eyes is now gone’: Mother tells of heartbreak behind the hardest decision any parent could make - to let her disabled child die. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2808516/My-daughter-no-longer-daughter-light-eyes-gone-Mother-tells-heartbreak-hardest-decision-parent-make-let-disabled-child-die.html>>. Acesso em: 22 mai. 2015.

GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*. Coimbra. 2012. 477 p. Tese (Doutoramento em Direito, especialização em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra. 2012.

GOLDIM, José Roberto. *Caso Nancy Cruzan*: retirada de tratamento. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/nancy.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

GOLLOP, Thomaz Rafael. *Ainda o aborto (legítimo) em razão da anomalia fetal*. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/2100-Ainda-o-aborto-legitimo-em-razo-da-anomalia-fetal](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2100-Ainda-o-aborto-legitimo-em-razo-da-anomalia-fetal)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. *A liminar do STF sobre aborto em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir?*. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/2558-A-liminar-do-STF-sobre-aborto-em-casos-de-anencefalia-onde-estamos-e-para-onde-deveramos-ir](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2558-A-liminar-do-STF-sobre-aborto-em-casos-de-anencefalia-onde-estamos-e-para-onde-deveramos-ir)>. Acesso em: 26 fev. 2016.

GRACIA, Diego et al. “Toma de decisiones en el paciente menor de edad”. *Medicina Clinica*. Madri, v. 117, n. 5, p. 179-190, jan. 2001.

GRAELL, Fernanda. *Criança de três anos morre por falta de equipe para realizar transplantes*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/03/crianca-de-tres-anos-morre-por-falta-de-equipe-para-realizar-transplantes.html>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; TROSTER, Eduardo Juan. “Crianças e adolescentes gravemente enfermos”. In: CONSTANTINO, Clóvis Francisco; BARROS, João Coriolano Rego; HIRSCHHEIMER, Mário Roberto (coord.). *Cuidando de Crianças e adolescente sob o olhar da ética e da bioética*. São Paulo: Atheneu, 2009. p. 87.

HOLLAND, Stephen. *Bioética: enfoque filosófico*. São Paulo: Loyola, 2008.

INSTITUT EUROPÉEN DE BIOÉTHIQUE. *Dossier de l’Institut Européen de Bioéthique: L’euthanasie des mineurs en Belgique*. Disponível em: <<http://www.ieb-eib.org/fr/pdf/20150302-euthanasie-des-enfants.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. *The Dossiers of the European Institute of Bioethics: Euthanasia of Newborns and the Groningen Protocol*. Disponível em: <<http://www.ieb-eib.org/fr/pdf/20150204-groningen-eng.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

JACKSON, Emily; KEOWN, John. *Debating Euthanasia*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

JAKOBS, Günther. *Suicidio, Eutanásia y Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

LUSA. *Bloco vai apresentar projeto de lei sobre legalização da eutanásia*. Disponível em: <[http://www.rtp.pt/noticias/pais/bloco-vai-apresentar-projeto-de-lei-sobre-legalizacao-da-eutanasia\\_n914673](http://www.rtp.pt/noticias/pais/bloco-vai-apresentar-projeto-de-lei-sobre-legalizacao-da-eutanasia_n914673)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. *Eutanásia foi praticada na Bélgica pela primeira vez a um menor*. Disponível em: <<http://observador.pt/2016/09/17/eutanasia-foi-praticada-na-belgica-pela-primeira-vez-a-um-menor/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

LUX. *Mãe consegue autorização na Justiça para tirar a vida à filha de 12 anos*. <<http://www.lux.iol.pt/internacionais/nancy-fitzmaurice-sofrimento-morte-crianca/1574624-4997.html>>. 21 fev. 2015.

MATOS, Mafalda Francisco. *O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos: uma perspectiva jurídico-penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MILLIEZ, Jacques. *A eutanásia do feto: medicina ou eugenismo?*. Porto: Ambar, 2002.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. t. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONIZ, Helena. “Eutanásia Precoce: dúvidas e interrogações”. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal: Uma Perspectiva Integrada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONTEIRO, Fernando Conde. “A aplicação das normas no âmbito jurídico-penal: reflexões epistemológicas”. In: ANDRADE, Manuel da Costa (coord.). *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. Lisboa: Rei dos Livros, 2013. pp. 151-172.

MORÃO, Helena. Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 16, n. 1, pp. 35-84, jan./mar. 2006.

NANCY, Isabella. *My heart is raw*. Disponível em: <<https://teambede.com/2016/04/30/my-heart-is-raw/>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

NETO, Luísa. *Novos Direitos: ou novo(s) objecto(s) para o Direito?*. Porto: Universidade do Porto, 2010.

- NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. “O incapaz e o consentimento informado”. *Seqüencia*. Florianópolis, a. XXVII, pp. 287-302, dez. 2007.
- OSSWALD, Walter. *Sobre a morte e o morrer*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.
- PAPPÁMIKAIL, Lia. *Adolescência e Autonomia: Negociações Familiares e Construção de Si*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2013.
- PARLAMENTO EUROPEU, Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade de Oportunidades. *Relatório de 6 de junho de 2002 sobre direitos em matéria de saúde sexual e reprodutiva (2001/2128(INI))*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0223+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acesso em: 25 abr. 2016.
- PASQUALINI, Juliana Campregher. “A perspectiva histórico-dialética da periodização do desenvolvimento infantil”. *Psicologia em Estudo*. Maringá, v. 14, n. 1, pp. 31-40, 2009.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- PÚBLICO. *Valentina quer morrer e chamou a Presidente do Chile: Aos 14 anos, menina chilena diz não aguentar mais os danos provocados no seu corpo pela fibrose quística*. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/valentina-quer-morrer-e-chamou-a-presidente-do-chile-1687717>>. Acesso em: 30 set. 2015.
- R7. *Criança de três anos morre na fila por atendimento em hospital em Japeri (RJ)*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/balanco-geral-rj/videos/crianca-de-tres-anos-morre-na-fila-por-atendimento-em-hospital-em-japeri-rj-20102015>>. Acesso em: 25 abr. 2016.
- RODOTÀ, Stefano. *La Vida y Las Reglas: Entre el derecho y el no derecho*. Madri: Trotta, 2010.
- RÖHE, Anderson. *O Paciente Terminal e o Direito de Morrer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROXIN, Claus. *Apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/459-Artigo-A-apreciao-jurdico-penal-da-eutansia>>.

Acesso em: 26 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: VEGA, 1993.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para Morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SANTOS, Laura Ferreira dos. *Ajudas-me a morrer?: a morte assistida na cultura ocidental do século XXI*. Lisboa: Sextante, 2009.

\_\_\_\_\_. *Testamento Vital: O que é? Como elaborá-lo?*. Lisboa: Sextante, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SBS DATELINE. *Allow Me To Die: Euthanasia in Belgium*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hCRpuTRA7-g>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

SCHUMANN, Kay H. “Reflexão de Binding/Hoche – Simultaneamente uma breve reflexão sobre a proteção da vida em direito penal”. In: COSTA, José de Faria. KINDHÄUSER, Urs. *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE. *Testamento Vital: Um direito dos cidadãos*. Disponível em: <<https://servicos.min-saude.pt/utente/Info/SNS/RENTEV>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

SILVA, Ana Rita Reis da. *Considerações jurídico-penais acerca da eutanásia passiva*. 2011. 146 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, especialização em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra. 2011.

SILVA, Felipa Martins; NUNES, Rui. “The Belgian case of eutanásia for children, solution or problem?”. In: *Revista Bioética*. Brasília, v. 23, n. 3, set./dez. 2015.

TAVARES, Miguel Sousa. “A Eutanásia põe questões médicas e jurídicas muito complicadas”. Disponível em:

<[http://sicnoticias.sapo.pt/opinionMakers/miguel\\_sousa\\_tavares/2016-02-29-A-Eutanasia-poe-questoes-medicas-e-juridicas-muito-complicadas](http://sicnoticias.sapo.pt/opinionMakers/miguel_sousa_tavares/2016-02-29-A-Eutanasia-poe-questoes-medicas-e-juridicas-muito-complicadas)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

TESSARO, Anelise. *Atipicidade penal do aborto por anomalia fetal incompatível com a vida: uma análise jurídico-criminal pelo viés dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/9509-Artigo-Atipicidade-penal-do-aborto-por-anomalia-fetal-incompativel-com-a-vida-uma-anlise-jurdico-criminal-pelo-vis-dos-Direitos-Humanos>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

THE DOSSIERS OF THE EUROPEAN INSTITUTE OF BIOETHICS. *Euthanasia of Newborns and the Groningen Protocol*. Disponível em: <<http://www.ieb-eib.org/fr/pdf/20150204-groningen-eng.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

THE GUARDIAN. *Euthanasia and assisted suicide laws around the world*. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2014/jul/17/euthanasia-assisted-suicide-laws-world>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

THE WORLD FEDERATION OF RIGHT TO DIE SOCIETIES. *A Plea for Beneficent Euthanasia*. Disponível em: <<http://www.worldrtd.net/news/plea-beneficent-euthanasia>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

TORRES, José Henrique Rodrigues. *Aborto e legislação comparada*. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S000967252012000200017&script=sci\\_arttext](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S000967252012000200017&script=sci_arttext)>. Acesso em: 21 fev. 2015.

TV ANTENADO. *Crianças com problema mental ou físico são enterradas vivas em tribos indígenas*. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=5dkY\\_fTAX64](https://www.youtube.com/watch?v=5dkY_fTAX64)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

VERHAGEN, Eduard; SAUER, Pieter J. J. “The Groningen Protocol — Euthanasia in Severely Ill Newborns”. *The New England Journal of Medicine*. Boston, v. 352, n. 10, pp. 959-962, 10 mar. 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte General. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAGANELLI, Margareth Vetis. Eutanásia Social: “Morte Miserável” e a Judicialização da Saúde. *Derecho y Cambio Social*. Lima, n. 43, a. XIII, 2016.