

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITOS HUMANOS
ORIENTADOR: PROF. DR. ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS
FRANCISCO SERAPHICO FERRAZ DA NOBREGA FILHO**

**EUTANÁSIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
UMA ABORDAGEM JURÍDICO-PENAL**

**JOÃO PESSOA/PB
2010**

FRANCISCO SERAPHICO FERRAZ DA NOBREGA FILHO

**EUTANÁSIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
UMA ABORDAGEM JURÍDICO-PENAL**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos

Orientador: Professor Dr. Robson Antão de Medeiros

**JOÃO PESSOA/PB
2010**

N754e Nobrega Filho, Francisco Seraphico Ferraz da.
Eutanásia e dignidade da pessoa humana: uma abordagem
jurídico-penal/ Francisco Seraphico Ferraz da Nobrega Filho. - -
João Pessoa: [s.n.], 2010.
117 f. : il.
Orientador: Robson Antão de Medeiros.
Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ.

1. Direitos humanos. 2. Eutanásia - Ótica Jurídico Penal.
3. Eutanásia-Consentimento. 4. Dignidade Humana.

UFPB/BC

CDU: 342.7(043)

FRANCISCO SERAPHICO FERRAZ DA NOBREGA FILHO

**EUTANÁSIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
UMA ABORDAGEM JURÍDICO-PENAL**

TERMO DE APROVAÇÃO

Dissertação aprovada em ___/___/___

Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros (orientador)
Universidade Federal da Paraíba

Prof^a. Dra Renata Ribeiro Rolim
Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Eduardo Sérgio Soares Sousa
Examinador Externo

Aos meus filhos, Bianca e Francisco Neto, dedico esta dissertação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, responsável maior, pela inspiração e iluminação, dando a persistência para vencer os obstáculos e a coragem para enfrentar as situações mais difíceis e delicadas.

Ao Professor Doutor Robson Antão de Medeiros, primeiramente por aceitar a tarefa de orientar uma dissertação em curso. Também, pela competência, capacidade, paciência e humildade. O meu interminável reconhecimento e agradecimento sincero pela confiança depositada.

Aos meus pais, Francisco Seraphico Ferraz da Nóbrega e Maria Elita Sá da Nóbrega, pai e mãe, responsáveis pela minha formação, exemplos de vida, responsabilidade e, sobretudo, caráter.

À minha amada esposa, Nathália, e aos meus filhos, Bianca e Francisco Neto, a minha gratidão, respeito e, sobretudo, amor incondicionais.

Às minhas irmãs, Ana Raquel, Ana Elisabeth e Ana Diva, pela solidariedade, compreensão e, sobretudo, incentivo. Vocês fazem parte desta conquista.

Ao amigo, Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, pela compreensão e disponibilidade, desde o princípio, de vasta bibliografia sobre o tema em estudo.

Ao também amigo e compadre, André Agra Gomes de Lira, diante dos apontamentos necessários para aprimoramento deste trabalho.

À Coordenação do Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal da Paraíba pelo apoio na conclusão desta dissertação, bem como aos professores, Dra. Renata Ribeiro Rolim, pelas importantes orientações durante a fase de qualificação, e Dr. Eduardo Sérgio Soares de Sousa, pela disposição imediata e sem obstáculos em participar da banca examinadora.

Por fim, o agradecimento a todos aqueles que concorreram com as palavras, o gesto, a compreensão, o estímulo e o exemplo para que este fato pudesse acontecer.

RESUMO

O permanente avanço da medicina tem ampliado constantemente a discussão sobre a transição que divide a vida e a morte. A possibilidade de influência no processo da morte por meios artificiais e de eleger o seu momento e forma conduzem ao tema da eutanásia, expressão de significado complexo, gerando uma série de ocorrências que demandam explicação. A problemática revela a confluência de várias disciplinas, inclusive com repercussão na seara do direito, ocasionando situações até então infrequentes. O presente estudo objetiva, dessarte, abordar o tema da eutanásia sob a ótica jurídico-penal. Para tanto, serão inicialmente apreciadas questões relativas à vida e morte e as alterações conceituais sofridas nas últimas décadas, passando, em seguida, à contextualização das diferentes formas de eutanásia utilizadas pelos doutrinadores e sua aplicação sob a ótica do direito comparado. Ato contínuo, será efetivada uma análise dos princípios bioéticos (justiça, beneficência, não maleficência e autonomia) e da ponderação entre o direito à morte digna, derivado da dignidade da pessoa humana, e o direito à vida, ambos com sede constitucional. A pesquisa é finalizada com o estudo jurídico-penal, sob o espectro da Constituição Federal e do Código Penal, das diversas modalidades eutanásicas.

Palavras-chave: eutanásia, vida, morte, consentimento, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The permanent advance of medicine has constantly expanded the discussion on the transition which separates life and death. The possibility to influence the death process by artificial ways and to elect his moment and shape conduct to the euthanasia theme, an expression of complex meaning, generating a series of occurrences that require explanation. The issue reveals the confluence of several subjects, including the repercussion in the Law fields, causing rare situations until now. This present study aims to approach the euthanasia theme under the legal-criminal optics. For this, will be initially considered the questions related to life and death and the conceptual changes occurred in the last decades, passing to the contextualization of different ways of euthanasia used by scholars and their application from the optics of comparative law. Continuous act, will be performed an analysis of the bioethical principles (justice, charity, nonmaleficence and autonomy) and the balance between the right to a dignified death, derived from human dignity, and the right to life, both with constitutional base. The research is finalized with a study legal-criminal, under the spectrum of Federal Constitution and the Penal Code, from the various euthanistic modalities.

Keywords: euthanasia, life, death, consent, human dignity.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
1. DA VIDA, DA MORTE E DO PROCESSO DE MORRER	15
1.1. Da vida	15
1.2. Da morte.....	23
1.3. Do processo de morrer.....	31
2. DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS	36
2.1. Considerações históricas – Eutanásia no Brasil e no mundo.....	36
2.2. Definição de eutanásia e conceitos derivados	48
2.2.1. Eutanásia natural e provocada (autônoma e heterônoma).....	49
2.2.2. Eutanásia solutiva e resolutiva	50
2.2.3. Eutanásia voluntária, involuntária e não-voluntária	53
2.2.4. Eutanásia ativa, passiva e de duplo efeito	54
2.2.5. Eutanásia, ortotanásia, distanásia, suicídio assistido, tratamentos ordinários e extraordinários.....	56
2.3. Aspectos morais – Principais argumentos utilizados na discussão da eutanásia	65
2.3.1. Argumentos favoráveis à eutanásia	65
2.3.2. Argumentos contrários à eutanásia	67
3. DA BIOÉTICA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	71
3.1. Dos princípios informadores da bioética.....	71
3.1.1. Do princípio da justiça	72
3.1.2. Dos princípios da beneficência e da não maleficência	73
3.1.3. Do princípio da autonomia.....	74
3.1.3.1. Do Consentimento Informado.....	77
3.2. Da dignidade da pessoa humana	80
3.2.1. Da necessidade de harmonização do bem <i>vida</i> com o princípio da dignidade da pessoa humana	83
4. DA APRECIÇÃO JURÍDICO-PENAL	89
4.1. Da morte encefálica.....	90
4.2. Do suicídio e suicídio assistido.....	90
4.3. Dos distintos casos eutanásicos	94
4.3.1. Da eutanásia ativa direta.....	95
4.3.2. Da eutanásia ativa indireta	102
4.3.3. Da eutanásia passiva (ortotanásia)	105
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
6. REFERÊNCIAS	111

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Cada vez que respiramos, afastamos a morte que nos ameaça. (...) No final, ela vence, pois desde o nascimento esse é o nosso destino e ela brinca um pouco com sua presa antes de comê-la. Mas continuamos vivendo com grande interesse e inquietação pelo maior tempo possível, da mesma forma que sopramos uma bolha de sabão até ficar bem grande, embora tenhamos absoluta certeza de que vai estourar”.

Arthur Schopenhauer

A eutanásia se tornou uma das questões mais complexas da atualidade, sendo cada vez mais discutida nas diversas sociedades, sobretudo diante dos avanços da tecnologia médica ocorridos no final do século XX, momento do surgimento da disciplina da bioética¹, e também por invocar problemas de natureza existenciais sobre a vida e a morte.

Independentemente da importância da vida humana, fundamento de existência da própria sociedade civil, as reflexões efetivadas pelos mais distintos campos do conhecimento indicam uma indesejável realidade, consistente no fato de que nem os profissionais médicos, tampouco os pacientes, encontram-se preparados para lidar com o natural fenômeno da morte.

Simultaneamente, deve-se aceitar, como pressuposto cultural e histórico, a ocultação geral da morte, fato ratificado pelas diversas fontes de pesquisa consultadas.

Assim, não seria surpreendente uma deliberada omissão do Direito a respeito de um fenômeno sempre vigente na realidade social. Por óbvio, não se pode negar a própria cautela do legislador em tratar da matéria até para evitar o desprezo pela vida do próximo, fato constante no curso da história. Referida situação revela, contudo, a subsistência de outro fenômeno, qual seja, a desconfiança dos médicos a respeito do universo das leis e das imprevisíveis respostas judiciais às suas atuações frente aos casos de maior gravidade.

¹ Atribui-se a Van Rensselaer Potter a utilização da expressão “bioética”, em 1970, para denominar o que, etimologicamente, comportaria a mortal da vida (GOLDIM, 2004). Assim, qualquer que seja o horizonte de reflexão da bioética, torna-se evidente o curto espaço de tempo que medeia entre a total ausência de conceitos e seu exame mais detalhado.

Dessa forma, razões outras, de igual ou superior importância, indicam a necessidade de se efetivar uma apreciação jurídica mais aprofundada acerca do tema, especialmente na seara penal, analisando a vigência dos direitos humanos frente a situações conflitivas que ocorrem com relativa frequência no cotidiano social.

Com efeito, e com fundamento no posicionamento do jurista espanhol Valle Muñiz (1989, p. 156), o tema exige um tratamento jurídico, pois é indiscutível que os avanços na ciência e técnica médicas permitem hoje a manipulação e a manutenção da vida até extremos dificilmente qualificáveis como humanos. A intervenção médica não deveria ser uma intervenção carente de sentido, exigindo, antes, uma finalidade curativa incompatível com estados irracionais e degradantes da manutenção e prolongamento da existência.

Essa apreciação jurídica, porém, foi se tornando uma das questões mais complexas da atualidade, dentro do campo da bioética. A dificuldade reside, sobretudo, no fato de não se tratar de matéria exclusiva da seara do direito, mas também de surpreendente riqueza interdisciplinar, já que relacionada às áreas médica, filosófica, teológica, sociológica, literária, dentre inúmeras outras.

Embora seja objeto de estudos significativos na área do direito, a eutanásia encontra dificuldades para se impor como questão essencialmente jurídica, pois numa “época de pluralismo ético, na qual toda ideologia particular pede para ser reconhecida e respeitada, só pode por o jurista diante da tarefa impossível de projetar uma legislação igualmente representativa de todas as opções” (D’AGOSTINO, 2006, p. 213).

Assim, e por ser questão que envolve uma multiplicidade de áreas do conhecimento, impende levantar alguns questionamentos preliminares que devem ser minuciosamente analisados para embasar o exame da matéria:

1. A vida é considerada um valor sagrado?
2. É possível o direito à vida ceder face à autonomia da pessoa humana?
3. Existem razões ou, até mesmo, um direito que possibilite decidir o momento da própria morte?
4. Como avaliar o grau de informação obtido pelo paciente acerca de seu quadro clínico e a ausência de vícios em seu consentimento favorável à morte?

5. Até que ponto se deve preservar a vida de um paciente, prolongando o processo do morrer, quando inexistente qualquer possibilidade de reversão do quadro clínico?

6. Inexistindo, em muitos casos, condições de vida digna, como assegurar uma morte digna?

7. Quais os riscos e impacto social sobre diagnósticos equivocados?

8. Eutanásia é um direito a uma morte digna ou um delito?

Como se percebe, são questões altamente relevantes, sendo bastante tormentoso encontrar o critério de uma justa solução jurídica para os problemas acima levantados. Portanto, torna-se imprescindível uma reflexão preliminar sobre essas indagações éticas, sob o prisma da superioridade do *direito à vida*, por ser pressuposto dos demais direitos, como também da necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana como valor legitimador do ordenamento jurídico.

Isso porque, caso se adotasse uma abordagem puramente jurídico-penal em relação aos princípios gerais da eutanásia, poderia facilmente acontecer que fossem omitidos diversos efeitos em termos de direito social e de custos das consequências de uma manutenção ilimitada da vida; assim como, ao contrário, um pensamento primordialmente direcionado para a redução de custos no âmbito do direito de saúde poderia perder de vista o lado humano das pessoas individualmente envolvidas (ESER, 2004, p. 24).

No aspecto jurídico-penal, apesar de a legislação pátria atual, salvo algumas exceções, não tratar diretamente a matéria, considera, em tese, como delito a prática da eutanásia, voluntária ou involuntária, como também do suicídio assistido. Apenas seria permitida, de acordo com a maioria da doutrina, a ortotanásia, quando a morte se apresenta inevitável, não devendo ser aplicadas medidas extraordinárias ou fúteis quando ausente o consentimento do paciente ou sua família, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Noutro ângulo, podem-se encontrar diferentes fundamentos para desprezar ou defender a ideia de eutanásia, sendo questão bastante complexa por envolver sujeitos e situações reais, exigindo, ainda, decisões temporais.

A institucionalização da eutanásia poderia criar uma grande insegurança jurídica, já que correria o risco de alcançar casos não previstos, a exemplo de interesses mesquinhos de alguns familiares/amigos, notadamente em uma sociedade de enormes contrastes e dificuldades como a brasileira. Adicionem-se,

também, os avanços da medicina, que provocaram uma alteração no panorama até então existente, a incerteza de critérios como *razoável, interesse, proporcionalidade* e, ainda, a própria questão da autonomia e dignidade da pessoa humana, pois a capacidade da pessoa poderia estar abalada pelas dores sofridas ou sentimento de impotência diante de uma doença.

Em que condições seria válido o consentimento da pessoa humana?

Com efeito, em um norte encontram-se os defensores da eutanásia e do suicídio assistido, por entenderem que essas práticas tornariam mais eficaz o direito de autonomia da pessoa (consentimento), além de cancelar a vontade do paciente a uma *morte digna*. Lado oposto, sustenta-se a necessidade de preservação e manutenção da vida humana, caracterizada como dever do Estado e, portanto, numa escala superior à própria autodeterminação da pessoa, o que evitaria, sobremaneira, possíveis abusos não apenas na morte em si, mas no processo de morrer (SÁ, 2001, p. 69).

Será que a sacralidade e a qualidade da vida seriam princípios necessariamente contrapostos?

As discussões sobre o tema são profundas, envolvendo diversos aspectos, sejam éticos, jurídicos, religiosos, sociais, entre outros, alcançando fortes defensores em quaisquer das esferas, sendo retomadas as discussões quando da ocorrência de casos de grande repercussão nacional e internacional.

A presente dissertação objetiva analisar, em seu início, as principais questões que envolvem o binômio vida/morte, derivadas das mudanças sofridas pelo conceito de morte nos últimos anos, e o próprio processo de morrer, os quais passaram a envolver e exigir reflexões éticas e jurídicas diante da presença e intervenção da ciência e da tecnologia na vida humana.

O segundo capítulo principia com um exame histórico da eutanásia e expressões correlatas desde a antiguidade aos dias atuais, tanto nos ordenamentos estrangeiros como no pátrio.

Em seguida, ainda no mesmo capítulo, e com a finalidade de discutir a adequação das ações adotadas em relação aos pacientes, serão trabalhados a noção de eutanásia, sua classificação e seus conceitos derivados, a exemplo da eutanásia ativa (direta e indireta), eutanásia passiva, ortotanásia, distanásia, suicídio assistido, mistanásia, dentre outros, para estabelecer e delimitar a questão semântica diante das diversas terminologias, expressões que mais confundem do

que contribuem para solucionar a controvérsia. Ainda será efetivada uma análise dos principais argumentos a favor e contra a sua prática.

Ultrapassadas essas fases, impõe-se demonstrar a conexão do direito com a bioética, o que indica a necessidade de adequado tratamento às novas questões surgidas, bem como tratar dos princípios da bioética, notadamente justiça, beneficência e não maleficência, e autonomia da pessoa humana, discutindo algumas posições filosóficas em relação ao problema da eutanásia, dentre as quais podem ser destacadas as de Ronald Dworkin (2003), Engelhardt (1998) e Beauchamp e Childress (2002). Também será dispensado tratamento especial ao princípio do consentimento informado, inclusive travando debates sobre a necessidade de sua observância no ordenamento jurídico pátrio, conferindo forte valor ao poder de disposição dos enfermos.

Ainda no mesmo capítulo, será discutido o princípio da dignidade da pessoa humana, apreciando sua real posição na ordem jurídica e sua aplicação quando em possível conflito com o direito à vida, trabalhando novamente conceitos relativos à liberdade de escolha do homem (autonomia e consentimento), qualidade da vida humana, direito à correta informação, dentre outros.

Por derradeiro, e apenas com a obtenção de aludidos substratos, será possível um exame mais acurado da situação vigente no direito positivo brasileiro, com a análise das diversas posições existentes sobre a eutanásia e seus conceitos derivados, inclusive cotejando o tratamento dispensado por outros países em casos semelhantes, encerrando a pesquisa com a apresentação de novas perspectivas, ainda que *de lege ferenda*, e diferentes interpretações sobre o tema estudado.

Importante consignar ensinamentos de Maria Helena Diniz (2007, p. 319-320):

Como o paradigma válido para toda ciência é o de que o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade, respeitando a dignidade do ser humano, coloca-se em xeque a questão do direito a uma morte digna, ante a possibilidade de situações em que ele pode ser ameaçado. Urge que se faça uma reflexão profunda sobre a compreensão desses problemas tão difíceis, delicados e polêmicos por envolverem aspectos éticos e jurídicos, à luz do princípio do *primum non nocere*, que inspira a beneficência, isto é, a não-maleficência. Trata-se de um princípio ético-jurídico de cautela, contenção, alerta e prudência. Parece-nos que todos os pontos polêmicos levantados só poderão ser solucionados adequadamente se o direito positivo passar a enfrentá-los com prudência objetiva, fazendo prevalecer o bom-senso para preservação da dignidade humana. Por tal razão, é preciso que o legislador e o

aplicador do direito tomem consciência do grande papel a ser exercido numa avaliação segura nas normas gerais e individuais que devem emitir e dos efeitos delas emergentes. Não se podem, portanto, admitir omissões, nem precipitações em torno de questões sobre a vida e a morte. A norma jurídica não pode desrespeitar a dignidade da pessoa humana. Além disso, qualquer decisão tomada deve considerar toda a humanidade e, qualquer que seja ela, envolverá sempre um risco, por ser este uma mera consequência da onisciência humana.

No século XXI é imprescindível que o legislador, o aplicador do direito e o jurista reflitam sobre esses tormentosos problemas, ante o seu conteúdo altamente axiológico, sem olvidarem que a dignidade da pessoa humana é o valor fonte legitimador de todo ordenamento jurídico. A consciência jurídica atual, diante da indiferença de um mundo tecnicista e insensível, precisa ficar atenta a maior de todas as conquistas o respeito absoluto e irrestrito pela dignidade humana, que passa a ser um compromisso inafastável e um dos desafios para o século XXI.

Por essas razões, a pesquisa será desenvolvida, basicamente, através do procedimento de investigação e critério bibliográfico, mediante coleta de dados da literatura nacional e, principalmente, alienígena (método teórico-comparativo), além de análise de casos ocorridos e decisões judiciais, para que, ao final, possam ser alcançados os objetivos propostos, trazendo e construindo novas ideias e valores referentes ao tema abordado, partindo da base normativa representada pelas Declarações e Pactos Internacionais de Direitos Humanos e pelas modernas Constituições, sem que haja, registre-se, qualquer pretensão de esgotá-lo.

1. DA VIDA, DA MORTE E DO PROCESSO DE MORRER

A discussão sobre eutanásia traz como antecedente lógico o binômio vida e morte, até mesmo porque é conceituada, de forma geral, como uma antecipação voluntária da própria morte. Nesse diapasão, são os ensinamentos de Rodrigo Siqueira Batista e Fermin Roland Schramm (2004, p. 35):

Vida e morte podem ser apreendidas como potências ambíguas de um mesmo processo, como no dizer do filósofo Heráclito de Éfeso: *E como uma mesma coisa, existem em nós a vida e a morte, a vigília e o sono, a juventude e a velhice: pois estas coisas, quando mudam, são aquelas, e aquelas, quando mudam, são estas* (apud Kirk et al., 1994). Grifos existentes no original.

Assim, torna-se imprescindível o estudo das questões envolvidas nos conceitos de *vida* – com a importância atualmente reconhecida pelo ordenamento jurídico – *morte* – expondo os vários estágios de classificação e o critério aceito na atualidade – e, na esteira da nova problemática surgida com o passamento, do *processo de morrer*, os quais passaram a exigir reflexões éticas e jurídicas diante da presença e intervenção da ciência e da tecnologia na existência humana.

1.1. Da vida

Em relação à vida humana, tão evidente a sua importância que deve ser situada acima das contingências valorativas do legislador penal, como elemento básico, na órbita do direito constitucional, na configuração de toda sociedade civil, ou melhor, fundamento de sua própria existência.

As normas constitucionais contemporâneas – fundamentadas nos novos instrumentos internacionais –, diferentemente das cartas precedentes, onde a adoção de uma ou outra forma de governo moldava a definição de organização social, privilegiam determinadores valores essenciais, unidos em moralidade positiva do Estado, como normas materiais básicas, em cuja fonte devem se inspirar, necessariamente, os legisladores e, a seu turno, o restante dos operadores jurídicos (NIÑO, 2005, p. 116).

É fundamental não perder de vista que o chamado direito internacional dos direitos humanos modernos nasce como resposta contundente da comunidade internacional à barbárie e abusos cometidos por ocasião da segunda guerra mundial, baseada por ideologias totalitárias e relativistas, que desconheciam o valor do ser humano (MEDINA; GAITÁN, 2005, p. 57).

Com efeito, utilizando novamente as lições de Niño (2005, p. 119), após traumática finalização do conflito mundial do século passado, as potências vencedoras assumiram a tarefa de montar as bases de uma convivência pacífica e tolerante, estabelecendo regras de validade universal tendentes a possibilitar a vigência de um *status* jurídico elementar a todo ser humano, apenas por sua qualidade de tal, já que a tenebrosa experiência reclamava a aparição de um marco institucional que oferecesse alguma garantia para evitar novos horrores à humanidade.

Assim, surgiu a Organização das Nações Unidas e, com ela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948 (precedida da própria Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, proclamada na Conferência Interamericana de Bogotá em 02 de maio de 1948), seguida por várias outras convenções humanistas.

Verdadeira Carta Magna dos direitos humanos, ainda que preterida, em algumas ocasiões, pelos abusos de poder e manipulações, a Declaração tem conservado sua vigência até os dias atuais, tendo nela se instituído direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana.

Essas normas iniciais, e outras que logo seguiram, constituem o núcleo duro do *jus cogens* no campo do direito público internacional. Ou seja, certos direitos humanos fundamentais, descritos e definidos nessa etapa, são considerados hoje como normas fundamentais de direito internacional público, aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional em seu conjunto, superiores à vontade dos Estados e, por conseguinte, insuscetíveis de acordo em contrário (MEDINA; GAITÁN, 2005, p. 58).

Registre-se que as normas de direito internacional geral e características do *jus cogens* são fruto do consenso universal dos Estados, porém, as que se referem a certos direitos fundamentais da pessoa humana possuem também uma íntima conexão com a própria natureza do homem, com os atributos essenciais da pessoa humana.

Ainda, e segundo a mesma doutrina, a proibição de matar um ser humano inocente tem sido recepcionada por todos os sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, com fundamento nos atributos da própria pessoa, pois é inquestionável que se não há direito à vida, inexistente possibilidade de predicar outros direitos (MEDINA; GAITÁN, 2005, p. 59).

Apresenta-se indiscutível que a pessoa humana é o suporte físico de todos os direitos, não se concebendo, ao menos em princípio, a concessão de primazia a qualquer outro bem frente à incolumidade dessa entidade que conforma cada indivíduo.

Ademais, as Constituições do pós-guerra, da mesma forma que os magnos instrumentos internacionais, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o relativo aos Direitos Cívicos e Políticos, junto à instauração de um genuíno respeito pela vida, bem jurídico por excelência, têm incorporado outros que concorrem para afiançar qualitativamente sua plenitude, tais como a integridade física e moral, a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade ideológica (NIÑO, 2005, p. 117-118).

Nesse aspecto, e baseando-se nos ensinamentos de Barbero Santos (1985, p. 18-19), não se trata de direitos e liberdades apenas reconhecidos pela Constituição, mas pré-constitucionais, ou seja, os denominados direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza e dignidade, direitos que lhe são inerentes e que, longes de nascer em uma concessão da sociedade política, hão de ser por esta consagrados e garantidos.

A vida humana, como bem jurídico penal e constitucionalmente protegido, deve ter sua supremacia consolidada, partindo de seu contraste e delimitação com outros bens inerentes à pessoa, tais como a integridade física e moral, dignidade, livre desenvolvimento de personalidade e a liberdade ideológica, todos de recepção destacada nas leis supremas dos modernos Estados de Direito. E, registre-se, o presente trabalho não objetiva modificar esse panorama axiológico para toda a política criminal humanista.

Não se pode negar, contudo, sem prejuízo das distintas posições dos Estados frente ao poder religioso, ainda que naqueles definidos como laicos, a importância da doutrina eclesial na formulação dessa posição da vida humana.

Com efeito, desde a época clássica até os dias atuais, o ideal cristão, compatibilizado com o racionalismo grego, tem sido fonte essencial dos postulados políticos e jurídicos da organização social na Europa, adquirindo, a partir dela, dimensão universal (NIÑO, 2005, p. 39-40).

Em razão desses fatos, torna necessário deter-se, ainda que brevemente, no tratamento dispensado pela Igreja à vida humana.

No plano das declarações oficiais da Igreja Católica, a moral tradicional investiu a vida humana, em todo o tempo, com o caráter de santidade. Para o pensamento católico tradicional, a vida humana poderia ser configurada como bem pessoal, bem comum e dom divino, valor ético por excelência. Sua lesão ou colocação em perigo eram objeto de enfática condenação, tanto no que se refere a condutas homicidas como em torno do suicídio (Suma Teológica).

Sem embargo, ao longo dos anos são percebidos diversos exemplos de materializações desrespeitantes daquela proclamada santidade, demonstrando o paradoxo dessa visão clássica.

Enquanto autorizava o homicídio, seja na defesa da soberania nacional, seja em situação de guerra justa, e elogiava a própria imolação em prol da salvação de outras pessoas ou como expressão de apego a um dogma religioso, não reconhecia ao indivíduo, em situação diversa, a capacidade de deliberação e decisão de ordem a por fim à sua vida, tampouco consentia em causar, ainda que de modo indireto ou eventual, a própria morte, em hipótese de grave, doloroso e incurável sofrimento físico e psíquico.

Resulta, então, que era lícito autodeterminar-se a morrer por Deus, à pátria ou às instituições. Todavia, apresentava-se contrário à ordem natural, ao corpo social e ao poder divino, ainda quando a vida estivesse reduzida a um irremediável sofrimento, o exercício que Nietzsche (1900, p. 79) chamou de suprema expressão da liberdade humana, consistente em eleger o momento da própria morte (NIÑO, 2005, p. 44).

Assim, dentro da tradição ocidental, assinalada pelo cristianismo, o valor supremo da vida humana foi transformado em mandamento, em princípio, ilimitado. Nesse diapasão, e considerando que a vida humana é um tema especial à presente pesquisa, torna-se necessário delimitá-la, precisando o princípio e o fim dessa porção de tempo que medeia a geração e o óbito de um indivíduo da espécie humana.

Na verdade, a ciência moderna distingue quatro momentos que indicariam o começo da vida, quais sejam, fecundação, segmentação, implantação ou nidação e aparição do sulco neural. As propostas consignadas contam com avais que, longe de declinar ante os avanços da ciência, mantêm ou renovam sua força convincente.

Consoante ensina Luis Fernando Niño (2005, p. 70-71):

Es indudable, por ejemplo, que la fecundación del óvulo da lugar a una entidad nueva, con una clave genética original e irrepitable. Se sabe hoy, asimismo, que el blastocito – antes de implantarse – inaugura una red propia de comunicación con el útero materno, a partir de la cual logra, tras el plazo precedentemente señalado, fijarse y comenzar su proceso de segmentación. Sin embargo, es igualmente cierto que sólo la individuación completa permite predicar sobre la existencia de una vida diferenciada, y que, a la luz del fenómeno de gestación bípara, esa individuación sólo se alcanza con certeza en la fase de la segmentación. A la vez, y com ya se anotara, es – apenas – con la implantación que se perfecciona la relación dialogal plena, característica de la especie; hasta su fijación, el cigoto es poco más que um presagio, anunciado por vagas señales de naturaleza hormonal. Por fin, la alta tasa de mortalidad embrionaria y la constatación de fetos anencefálicos, para los que jamás existirá vida psíquica ni – por ende – conciencia ni autodeterminación, conduce a um número creciente de estudiosos a señalar el proceso de desarrollo de la corteza cerebral como definitorio para la propia ontogénesis del individuo humano.

No estado atual da ciência médica, entende-se, de forma amplamente dominante, que a vida humana começa no momento da fecundação, quando o embrião deve ser considerado como um ser vivo, distinto de seus progenitores, com uma carga genética individual e irrepetível (Dicionário Jurídico Espasa, 1999, p. 07).²

² Importante registrar que, no campo do direito penal, o momento da nidação se erige como o mais aceitável, já que, dessa forma, seriam afastadas inúmeras discussões acerca do uso de substâncias abortivas, a exemplo do DIU e das pílulas anticoncepcionais, bem como nos casos de gravidez ectópica, ou seja, desenvolvida fora do útero materno. O Conselho Federal de Medicina, inclusive, aprovou a Resolução n.º 1811, publicada no DOU de 17 de janeiro de 2007, regulamentando a utilização do método contraceptivo conhecido por “pílula do dia seguinte”, reconhecendo a ausência de caráter abortivo.

Na literatura jurídico-penal estrangeira o entendimento preponderante, ao menos nos países de língua germânica e espanhola, é no sentido de que a proteção penal da vida humana intrauterina apenas se inicia com a nidação. Nesse sentido, pode ser conferida a seguinte passagem da decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão: “A dignidade humana compreende a vida humana dependente, e não somente a vida humana posterior ao nascimento ou com uma personalidade já formada. (...) Não é necessário decidir se, como sugerem os conhecimentos da antropologia médica, a vida humana já surge com a fusão do óvulo e do espermatozóide. O objeto dos preceitos impugnados é o aborto e, em particular, a regulação penal; é importante para a decisão, portanto, somente o período de tempo da gravidez. Este abarca, de acordo com as disposições do Código Penal (...) desde a conclusão da nidação do óvulo fecundado no ovário (...) até o início do parto” (BverfGE, NJW 1984, p. 419-422, *apud* Donna, 2003, p. 21).

Nesse sentido, importante registrar que, muito embora admitida a possibilidade de utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias, nos termos do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05), cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, tal fato não implicou, ao menos em linha de princípio, consoante interpretação ocorrida no julgamento, na alteração de referido conceito, podendo se extrair a seguinte passagem do voto condutor:

os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. “Fertilização in vitro”, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana. Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino (ADI 3510/DF).³

Sob a ótica da atual Constituição da República Federativa do Brasil, a vida é considerada como pressuposto de todos os demais, diante da necessidade de preservação da sociedade em todos os seus aspectos. Referida ilação pode ser extraída da própria redação de seu artigo 5º, *verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (*omissis*).

Em síntese, o constituinte brasileiro tutela o direito à vida, cuja garantia se inicia, do ponto de vista biológico, com a fecundação. A partir desse momento, ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida, cabendo ao Estado garanti-

³ Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, J. 29 maio 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=eutanásia&base=baseAcdados>>. Acesso em: 09 ago. 2010.

la, tanto no que se refere ao direito de continuar vivo, como a um nível de vida adequado com a condição humana.

Esses conceitos são essenciais e também se identificam com o tema central da presente pesquisa. Ademais, outro ponto a abordar, ainda que sucintamente, seria a definição do momento do nascimento, já que, em termos jurídico-penais, serve de marco delimitador da possibilidade do aborto – antes do nascimento – e de homicídio em qualquer de suas modalidades, incluída a eutanásia – após o nascimento.

Nesse aspecto, parece levar em consideração, ao menos sob o prisma do ordenamento penal pátrio, o início do processo do parto, ainda que antes de completa separação do ventre materno, devido à própria utilização da expressão “durante o parto ou logo após” no tipo penal do infanticídio, previsto no artigo 123 do Código Penal, espécie privilegiada de homicídio.

Superadas essas questões, registre-se que a vida pode, em verdade, ser considerada como um valor, um princípio e também como um direito natural (inerente ao indivíduo e anterior a qualquer contrato social), humano (reconhecido internacionalmente como inerente ao ser humano na Declaração Universal dos Direitos do Homem) e, ainda, fundamental, pois incluído no ordenamento constitucional, sendo sustentáculo dos denominados direitos de primeira dimensão.

Uma das grandes contribuições da fundamentação dos chamados direitos humanos foi justamente de trazer para o lugar central – com tudo o que isso representa – a proteção, inclusive penal, do direito à vida humana.

Com efeito, apesar da divergência quanto à real origem, os direitos humanos, ao longo da história, adquiriram grande importância, sendo constitucionalizados em construções normativas fundantes e, portanto, tutelados pelo Estado. Nesse ponto, e muito embora seja matéria rotineiramente abordada, a evolução desses direitos pode ser representada, utilizando as lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 49-50), em até cinco dimensões.

Como sintetizou o ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

Enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de

titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota essencial da inexauribilidade (MS n.º 22.164).⁴

Já em decorrência do progresso das ciências biomédicas⁵, derivado de verdadeiras revoluções tecnológicas no campo da saúde humana, surgem novos e específicos direitos, vinculados à vida do homem, à eutanásia, reprodução assistida, aborto, entre outros, os quais necessitariam de uma teoria jurídica capaz de assimilar as novidades, controlar as descobertas científicas, assegurando proteção à vida humana. Fala-se, ainda, em uma quinta dimensão, provavelmente influenciada pelos problemas advindos da cibernética.

A situação se torna mais complexa quando se procura desvendar se o direito à vida, previsto na Carta Magna, engloba o dever de viver, ou, caso contrário, se também é garantido o direito à própria morte. Com efeito, em que medida um indivíduo pode legitimamente reivindicar do poder público o direito de ser auxiliado por terceiro na tentativa de implementar sua decisão de por fim à própria vida?

No sentido da indisponibilidade do direito à vida, afirma Alexandre Moraes (1997, p. 91):

O direito à vida tem um conteúdo proteção positiva que impede configurá-lo com um direito de liberdade que inclua o *direito à própria morte*. O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir-se a própria morte, no sentido de mobilizar-se o Poder Público para garanti-la, por meio, por exemplo, de legislação que permita a *eutanásia* ou ainda que forneça meios instrumentais para a prática de *suicídios*. O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza, portanto, nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam, a ativa ou passiva (ortotanásia).

Em posição diametralmente oposta, ensina Sandra Campi (2004, p. 95):

Se é certo que procuramos viver da melhor forma possível, também buscamos e temos o direito a uma morte igualmente boa e digna. O

⁴ Publicada no Diário da Justiça, Seção I, em 17.11.1995, p. 39.206. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=22164&base=baseAcordados>> Acesso em: 09 jun. 2009.

⁵ Aludido fato implicou no surgimento da disciplina da bioética, passando a se questionar a própria existência de limites do direito à vida.

respeito à autonomia da pessoa deve assegurar que não se conduza à morte um paciente que luta com todas as suas forças para permanecer vivo, porém deve igualmente permitir àquele que se sente ultrajado pelas condições de sua vida, sofrendo dores físicas e emocionais, decidir por si próprio quando é a hora de morrer. Obrigar uma pessoa a permanecer viva contra sua vontade é tão moralmente problemático quanto matar a quem quer viver. Há que se fazer uma reflexão sincera e isenta de hipocrisia sobre a eutanásia, buscando um mundo em que as pessoas tenham respeitada sua capacidade de decidir sobre os assuntos mais íntimos de sua vida, incluindo sua morte.

Em atenção ao princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, entende-se que os direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal, inclusive o direito à vida, não são ilimitados, encontrando obstáculos nos demais direitos consagrados no mesmo texto político. Sobre o tema, explicita Bernardo Del Rosal Blasco (1993, p. 07):

De esta forma, si se considera que la vida es un bien indisponible o irrenunciable, y que su protección há que tener carácter absoluto, al margen del cual sea el interes o la voluntad del próprio titular, entonces habrá que aceptar, sin cuestión, que el consentimiento en este terreno es irrelevante y que se sabe castigar cualquier forma de ejecución o de participación em actos tendentes a poner fin a uma vida humana, aunque sea com el consentimiento del sujeto pasivo, pudiendo equiparase la penalidad de estos supuestos a la que se impone en los actos de ejecución o de participación em um delito de homicidio non consentido. Sin embargo, si parte de la idea de que la vida es un bien renunciabile o disponible por parte de su titular, habrá que se reflexionar acerca de cuál deba ser la naturaleza y eficacia del consentimiento em esta cuestión y de cuales limites a la punición de los comportamientos de ejecución o de participación em actos suicidas o eutanásicos.

Dessa forma, e não existindo direitos absolutos, todos eles devem ser analisados frente ao caso concreto, quando deverá ser verificada se a vida merece proteção – inclusive frente à dignidade da pessoa humana – e se sua violação ou tentativa de violação deve ser sancionada pelo direito, consoante será esclarecido em capítulo distinto.

1.2. Da morte

Muito embora a própria demarcação da vida já assuma uma perspectiva pluridisciplinar, torna-se também necessário, para um estudo detalhado da matéria, definir ou, pelo menos, tentar delimitar o conceito de morte, completamente alterado nos últimos tempos, sobretudo em razão dos avanços tecnológicos na área da

saúde, fatos que trouxeram consigo uma série de problemas éticos e jurídicos a demandar profundas discussões sob os mais variados matizes.

As razões apontadas para discussão da matéria se identificam com o tema central desta pesquisa, pois considerando que a existência de vida psíquica e a possibilidade de auto-realização seriam notas definitivas do ser humano, seu desaparecimento definitivo e irreversível assinalaria, em claro paralelismo, o fim da existência individual (NIÑO, 2005, p. 71).

Assim, mesmo não sendo um tema de fácil abordagem, havendo diferentes perspectivas para a percepção e conceituação a morte, desde a sua definição clássica, formulada por Hipócrates cerca de 500 anos antes do nascimento de Cristo⁶, passando pela cessação dos batimentos cardíacos, o atual critério decisivo para reconhecer o momento da morte é a ausência de atividade encefálica, tornando obsoletos os anteriores métodos.

Na verdade, a concepção da morte como fenômeno vinculado estritamente com a cessação dos batimentos cardíacos e da respiração se manteve vigente até o final da década de sessenta.

A partir de então, em razão do desenvolvimento da medicina, com capacidade de prolongar indefinidamente uma vida por meios artificiais – fato que implicou diversos problemas sociais, humanitários, econômicos e na área de saúde pública, como os relativos ao uso de recursos para tratamento dos enfermos, até mesmo diante da limitação dos leitos de terapia intensiva, aliado à necessidade de se possibilitar a realização de cirurgias de transplante de órgãos íntegros por ocasião do óbito – abriu-se caminho à definição da morte como a cessação total e definitiva de toda a atividade cerebral, constatada de forma direta ou indireta.

Nesse sentido, leciona Romeo Casabona (1979, p. 63):

En el presente se estima unánimemente que um deterioro substancial del cérebro es totalmente irrecuperable, es decir, que cuando se produce la muerte cerebral puede entenderse clínicamente muerta una persona, puesto que queda fuera del alcance de la Medicina la recuperación de las funciones del cerebro que son rectoras de otras del organismo, sin las cuales este no puede seguir funcionando autónomamente. Además de que supone la pérdida de la conciencia y

⁶ “Testa enrugada e árida, olhos cavos, nariz saliente, cercado de coloração escura. Têmporas deprimidas, cavas e enrugadas, queixo franzido e endurecido, epiderme seca, lívida e plúmbea, pêlos das narinas e dos cílios cobertos por uma espécie de poeira, de um branco fosco, fisionomia nitidamente conturbada e irreconhecível”. *De Morbis*, 2º livro, parte 5. (apud PESSINI & BARCHIFONTAINE, 2000, p. 255-256).

otras funciones superiores, sin las cuales el individuo no puede realizar su condición de persona.

Com efeito, se a determinação do conceito de morte é complexa, já que o corpo humano vai morrendo por funções e órgãos – uns primeiro e outros depois – o conteúdo da morte deve se equiparar à perda do órgão mais importante, qual seja, o cérebro.

Na verdade, existem diversas perspectivas para a conceituação da morte, podendo-se classificá-la da seguinte forma⁷:

1. Morte clínica, caracterizada pela parada cardíaca (com ausência de pulso), respiratória e midríase parálitica, podendo ser reversível, desde que sejam implementadas adequadas medidas de reanimação;

2. Morte biológica, derivada da morte clínica, mas possuindo caráter irreversível, caracterizando-se pela destruição celular em todo o organismo, fato que habitualmente se desenvolve no lapso de vinte e quatro horas;

3. Morte óbvia, cujo diagnóstico é inequívoco, a exemplo de evidente estado de decomposição corpórea, decapitação, dentre outros;

4. Morte encefálica, compreendida atualmente como sinônimo de morte biológica, nos termos da Resolução n.º 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, sendo caracterizada por uma série de parâmetros que atestam a lesão encefálica irreversível, situação onde todos os comandos da vida são interrompidos. A normatização surgiu em decorrência do advento da Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que disciplinou a matéria em seu artigo 3º:

Art. 3º. A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Segundo informa Maria de Fátima Freire de Sá (2001, p. 81), apesar da adoção de outros critérios complementares, os pontos essenciais para o diagnóstico de morte encefálica seriam os seguintes: I) Em primeiro lugar, verifica-se a história da doença catastrófica – doença estrutural conhecida, ou seja, tumores, infecções,

⁷ Essa classificação utiliza importante distinção trazida pelos doutrinadores Siqueira Batista e Schramm na obra já referenciada, p. 36-37.

acidentes vasculares cerebrais, ou causa metabólica sistêmica irreversível, como a hipoglicemia, uremia, coma hepático etc.; II) Seis horas de observação da ausência de função cerebral são suficientes na hipótese de causa estrutural conhecida, quando nenhuma droga ou álcool estejam envolvidos na etiologia do tratamento. Caso contrário, seriam necessárias 12 horas, mais investigação negativa de drogas; III) Ausência de função cerebral e do tronco encefálico: nenhuma resposta comportamental ou reflexa a estímulos nocivos, na localidade entre a coluna e o crânio; pupilas fixas; ausência de resposta oculovestibular ao teste térmico com água gelada, que é procedido injetando-a no ouvido para a verificação de movimentos oculares; apnéia, que significa a falta de resposta respiratória durante a oxigenação por dez minutos.

5. Morte cerebral, que se distingue do óbito encefálico mediante análise da respiração, já que na hipótese perde-se a consciência da respiração, que permanece funcionando de maneira automática, enquanto que se há morte encefálica o centro respiratório se torna danificado de forma irreversível, com a vida apenas podendo ser mantida com o emprego de instrumentos tecnocientíficos. Em outras palavras, a morte encefálica pode ser traduzida como aquela que compromete irreversivelmente a vida de relação e a coordenação da vida vegetativa, diferente, pois, da morte cerebral ou cortical, que compromete apenas a vida de relação (FRANÇA, 1999, p. 08);

6. Morte jurídica, estipulada no artigo 10 do Código Civil, ao prever que a morte termina a existência da pessoa natural, muito embora a própria norma legal não estabeleça os conceitos de vida e morte.

7. Morte psíquica, onde a percepção psicológica da morte antecede, em um tempo variável, a morte biológica. Nesse caso, o enfermo passa a ter consciência do escoamento progressivo e certo de sua vida, sendo que a maior dificuldade é justamente a identidade entre a morte e o processo de morrer.

A importância dessa classificação se revela quando se percebe que a legislação pátria (Lei 9.434/97) dispõe ser a morte encefálica o marco de cessação da vida de qualquer pessoa humana. A determinação desse momento não é uma questão supérflua, revestindo-se de grande importância, a fim de poder autorizar intervenções lícitas sobre um cadáver – autópsia, extirpação de órgãos ou tecidos, utilização em práticas de estudantes de medicina, entre outros –, ou mesmo para o cumprimento das práticas de piedade familiar e social com os cadáveres.

Considerando que o cérebro é o órgão integrado de todas as funções do organismo, e a partir da experiência acumulada desde meados do século XX, pode-se afirmar que, quando o cérebro se encontra morto em sua totalidade, ocorre a perda irreversível da capacidade de integrar e coordenar as funções físicas e mentais do corpo, o que caracteriza o momento da morte. Nessas circunstâncias, os recursos tecnológicos atuais permitem manter funcionando temporalmente outros órgãos, a exemplo do coração, pulmões, porém ausente o princípio integrador próprio da vida humana, já se tendo iniciado um processo que culminará, em poucos dias, com a cessação de funcionamento de todos os órgãos e aparecimento dos sinais externos da decomposição. (GIRALDO-CADAVID, 2008, p. 61)

Referida situação, segundo Giraldo-Cadauid (2008, p. 61), apenas se faz presente quando todo o cérebro, o que inclui o tronco encefálico e os primeiros segmentos medulares, encontra-se morto. Ou seja, quando já perdida toda atividade funcional e ausente a circulação na totalidade dos vasos intracranianos, chegando a uma situação tal que o tecido cerebral nunca possa recuperar-se.

E o mérito dessa discussão reside no fato de se poder concluir que, caso uma pessoa, por exemplo, em coma profundo ou estado vegetativo tenha um tronco encefálico em funcionamento e preservadas as funções dos centros circulatórios e respiratórios, seu corpo humano segue funcionando como um organismo integrado.

Assim, e se de um lado não há que se falar em eutanásia quanto ao desligamento de aparelhos em pacientes em situações de morte encefálica, muito embora alguns aspectos desse conceito estejam sujeitos a várias controvérsias, por outro resulta ilegítimo estender mencionado conceito a enfermos em coma profundo, em estado vegetativo persistente e a outros pacientes cujo corpo, ainda que enfermo, conserve seu funcionamento integrado.

Todavia, nesse último caso, onde não houve completa cessação das funções do encéfalo, estando o doente com morte aparente (caracterizada pela imobilidade, ausência aparente de respiração e circulação), coma (perda da consciência e da mobilidade voluntária com persistência da respiração e circulação, podendo o coma ser leve ou profundo) ou estado vegetativo persistente (identificado pela destruição do córtex cerebral, parte do encéfalo responsável pelas funções superiores que caracterizam a atividade neurológica humana, com a perda definitiva das funções de relação), a questão não se apresenta tão simples como pode parecer em uma primeira impressão.

Isso ocorre porque muito embora a pessoa legalmente esteja viva, não possui qualquer sensação do mundo que a circunda, podendo permanecer nessa situação por longos anos, inclusive sem qualquer dependência de respirador artificial (CAUDURO, 2007, pp. 17-18). Como consequência, os próprios penalistas têm adequado convenientemente os conceitos essenciais de diversos institutos jurídicos para o tratamento correto dos delitos contra a vida.

Pois bem, apesar dessas definições e muito embora ocupe posição central na vida, sendo a única certeza da condição humana, a morte sempre foi um fator de difícil aceitação e distinta apreciação entre os diversos povos e culturas, por trazer a consciência da vulnerabilidade e a idéia de finitude da pessoa humana, aliada à imprevisibilidade e inevitabilidade de sua ocorrência.

Nesse norte, espreitem-se os ensinamentos de Elisabeth Kübler-Ross (2005, p. 06):

Quando retrocedemos no tempo e estudamos culturas e povos antigos, temos a impressão de que o homem sempre abominou a morte e, provavelmente, sempre a repelirá. Do ponto de vista psiquiátrico, isto é bastante compreensível e talvez se explique melhor pela noção básica de que, em nosso inconsciente, a morte nunca é possível quando se trata de nós mesmos. (...) Cito esses exemplos para ressaltar que o homem, basicamente, não mudou. A morte constitui ainda um acontecimento medonho, pavoroso, um medo universal, mesmo sabendo que podemos dominá-lo em vários níveis. O que mudou foi nosso modo de conviver e lidar com a morte, com o morrer e com os pacientes moribundos.

Todavia, repita-se, cada sociedade possui uma visão específica relacionada à morte e ao ato de morrer, decorrente de seus valores, especificidades, religião, crenças, hábitos e, ainda, em razão do próprio estágio de desenvolvimento. Isso porque a morte não pode ser considerada apenas como um fato biológico, abarcando uma dimensão social. Cada cultura e cada sociedade, na sua evolução histórica, exprimem formas diferentes de vida que traduzem e espelham as concepções hegemônicas de morte (SANTOS, 1993).

Trazendo o conceito de morte para a cultura ocidental, Beatriz Aparecida Ozello Gutierrez e Maria Helena Trench Ciampone (2007, p. 661) afirmam:

Na cultura ocidental, cada vez mais a morte é escondida, pois é considerada um momento de fragilidade e vergonha; portanto, deve acontecer em silêncio para não incomodar ninguém. Como resultado, a grande maioria das pessoas, quando indagadas a respeito, sonham

com a boa morte, em geral, morrer dormindo, pois assim não sentirão a morte e não incomodarão ninguém.

Historicamente, porém, a morte não foi sempre concebida dessa forma, sendo um acontecimento muito mais doméstico e familiar na Idade Média; o caminho para a eternidade e o momento de separação temporária da vida terrena na concepção cristã inicial; até chegar, com o desenvolvimento do individualismo, a ser negada, considerada como um fato extraordinário no curso normal dos acontecimentos. Dessarte, a morte fugiu dos domicílios, dirigindo-se aos nosocômios, cada vez mais preparados para tratar o enfermo, salvar e prolongar sua vida, devido à alta tecnologia aplicada ao contexto da saúde (KÜBLER-ROSS, 2005).

Ao longo da Idade Moderna, o novo discurso humanista trouxe a vontade como fator essencial, aprofundando a imagem do indivíduo decidido a transformar o mundo e o seu próprio destino.

Continuando o itinerário, a humanidade passou a assistir uma dicotomia: vivo, o homem poderia tudo ou quase tudo, movendo-se dentro da lógica do sistema. Morto, inválido ou gravemente enfermo tornava-se um fardo para esse forte mecanismo. Esse drama de permanente insatisfação leva ao próprio desejo da imortalidade, castigado não apenas pela convicção de um término, ao menos físico, para a existência, mas pelas pressões de um marco social que oculta o limite da vida, mantendo o indivíduo reduzido à sua mera funcionalidade mercantil (NIÑO, 2005).

Essas transformações ocorridas em relação à morte, segundo diversos estudiosos sobre a matéria, foram influenciadas pelo sistema econômico capitalista, que gerou uma sociedade industrial que visava materializar e individualizar as pessoas, a disputa pelo enriquecimento e, com isso, a necessária preservação da vida. Era necessário estar saudável para produzir e, conseqüentemente, consumir os produtos industriais. A morte, nessa circunstância, seria um incômodo, já que para compreendê-la e vivê-la tornava-se necessário interromper o ritmo acelerado das produções (ÁRIES, 1989 *apud* ZORZO, 2004, p. 09).

A morte passou a ser considerada um fenômeno indesejável, devendo ser escondida, já que significava um fracasso tanto para a *vítima* como para o profissional de saúde.

No setor da realidade social que interessa para essa análise, a dissociada visão do ser humano alcançou sua máxima expressão na década iniciada em 1960, entre êxitos hospitalares e experiências de laboratórios que traziam prontas soluções para cada paciente e cada doença. Nessa mesma época, a medicina recebeu o reconhecimento de sua função, qual seja, a de curar os enfermos (MENEZES, 2010).

A internação em salas de terapia intensiva, com seu necessário isolamento, contribuiu para escamotear a vivência do morrer até limites eticamente reprováveis e psicologicamente nefastos. Um dos mentores dessa visão fria e sofisticada do maior drama humano, o oncólogo norte-americano David Karnofsky (*apud* NIÑO, 2005, p. 54), sustentou em 1960 que o “objetivo principal do médico era o de salvar vidas a todo custo, aprender mais sobre a enfermidade e promover o progresso médico”.

Em 1972, um documento oficial espanhol reconhecia um elenco básico de direitos do enfermo, contemplando, dentre eles, a informação sobre a gravidade de seu estado. Ano seguinte, o Ministério de Saúde da França se encarregou de difundir, internacionalmente, um informativo alertando sobre a tendência de escamotear a morte, desnaturalizando-a e convertendo-a em tabu, como não fizesse parte dos acontecimentos naturais da vida.

No mesmo texto, também reclamou a superação das deficiências registradas nos centros hospitalares, onde os familiares dos internados e os próprios pacientes padeciam, além infortúnio próprio da enfermidade, do desassossego de uma deficiente e, muitas vezes, tardia informação acerca da evolução do quadro, seu prognóstico e os possíveis cursos de ação e adotar, relacionando tal estado de coisas com a deficiente educação tanatológica dos quadros componentes do pessoal sanitário (NIÑO, 2005, p. 59).

Citado período coincidiu com a publicação da obra de Elizabeth Kübler Ross, acima referida, com valiosas reflexões acerca da real situação dos pacientes hospitalares, introduzindo no panorama cultural do ocidente toda uma nova cultura da morte, o que revelou a necessidade de humanizar a ciência médica, diminuindo a ansiedade de médicos e enfermeiros ante o fim da existência humana.

Pois bem, assim como os avanços médicos têm introduzido variantes na definição de nascimento da pessoa física, idêntico procedimento vem ocorrendo na conceituação da morte. A cessação da vida não ocorre em um momento, senão em

processo gradual em nível celular, devido, em essência, a diversa reação dos tecidos ante a falta de oxigênio.

Dessarte, e mesmo esclarecido que a partir do instante do óbito não há mais espaço para se discutir a questão da eutanásia, o fato é que tal momento, em diversos casos, não surge a partir de um único ato, mas a partir de um devir – o processo de morrer –, sendo muito provavelmente o ponto principal para se lidar com a questão da eutanásia (SIQUEIRA BATISTA; SCHRAMM, 2004, p. 37-38).

Com efeito, se há um século podia-se afirmar que as pessoas que contraíam infecções graves, cardiopatias, cânceres ou sofriam lesões traumáticas apresentavam uma pequeníssima expectativa de vida, é fato comum, hoje, a morte ser considerada um evento que pode ser retardado indefinidamente, durante dias, meses e até anos. Assim, fala-se, mais do que em morte, no processo de morrer.

1.3. Do processo de morrer

A morte, nos tempos hodiernos, passa a ser vista muito mais como um procedimento, um fenômeno progressivo, do que um momento único, razão pela qual se utiliza a expressão *processo de morrer*. Isso também se deve, como ressaltado acima, aos progressos tecnológicos no campo da medicina, que permitiram o prolongamento de uma vida por bastante tempo, mediante manutenção artificial das funções vitais, impedindo que o paciente chegue a óbito mesmo quando inexiste possibilidade de reversão do quadro.

Com efeito, a capacidade quase redentora que a ciência médica adquiriu e vem adquirindo nas sociedades atuais, sobretudo a partir do desenvolvimento integrado de fármacos e meios tecnológicos, permite preservar, sustentar e prolongar a vida até limiares verdadeiramente inconcebíveis ainda há poucos anos, qualificando o que se denomina de medicina intensiva.

A esse respeito, são relevantes os ensinamentos de José de Faria Costa (2004, p. 187-188):

E o que faz esta medicina intensiva? De uma maneira que repete-se, se assume como esquemática e que quase não ultrapassa o sentido da mera informação, ela tem como finalidade a manutenção das funções vitais através de meios artificiais. E quais são, em síntese apertada, esses meios artificiais? São três: o primeiro, o mais comum e o mais conhecido é a ventilação artificial; o segundo é a hemodiafiltração e o

terceiro a consecução de um estado hemodinâmico, levado a cabo por meio de medicamentos vaso-activos. Ora, é com esta parafrenália, da qual se dá aqui tão-só uma palidíssima idéia, que a medicina, *in casu* a medicina intensiva, tem feito progressos absolutamente fantásticos no “estender” o tempo de vida do paciente. E o juízo que se acaba de fazer não tem nada a ver com qualquer futilidade terapêutica ou, como preferimos, com qualquer exacerbação terapêutica. Ele representa a simples e descomprometida apreensão daquilo que quotidianamente se passa na sociedade contemporânea. É, por conseguinte, dentro deste quadro – de um quadro cada vez mais rico e denso, mais complexo e de contornos menos nítidos – que o direito penal dos dias de hoje tem de actuar.

Em decorrência, alterou-se, também, o modo de conviver e lidar com a morte. Isso porque hoje se vive numa sociedade em que predomina o homem de massa em detrimento do aspecto individual, com grande sensação de insegurança, onde os conhecimentos biológicos e as destrezas tecnológicas serviram para tornar o morrer bem mais problemático e de difícil previsão, fonte de complicados dilemas éticos, gerador de angústias, ambivalência e incertezas (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2000, 266).

A morte despiu-se dos tormentos que a cercavam para acontecer nos ambientes preservados das Unidades de Terapia Intensiva, passando a dor a ser travestida com os recursos da moderna indústria química (MINAHIM, 2000, p. 21).

E justamente nesse aspecto ganha importância a distinção entre a cura da doença e o alívio do sofrimento, já que enquanto a medicina se encontra, até certo ponto, bem aparelhada para combater a dor, não se pode dizer o mesmo em relação ao sofrimento, que, a seu turno, possui um sentido mais global que aquela, pois se refere à diminuição da qualidade de vida.

De acordo com as lições de Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (2000, p. 275):

A diferença entre dor e sofrimento tem um grande significado quando temos de lidar com a dor em pacientes terminais. Um dos principais perigos em negligenciar essa distinção no contexto clínico é a tendência dos tratamentos se concentrarem somente nos sintomas físicos, como se apenas eles fosse fonte de angústia para o paciente. Além disso, nos permite continuar agressivamente com tratamentos fúteis, na crença de que enquanto o tratamento protege os pacientes da dor física protege de todos os outros aspectos também. Em outras palavras, a distinção nos obriga a perceber que a disponibilidade de tratamento da dor em si não justifica a continuação de cuidados médicos fúteis. A continuação de tais cuidados pode simplesmente impor mais sofrimentos para o paciente terminal.

A consciência da própria morte representa uma conquista da maior transcendência no processo de constituição do homem. Concebê-la não apenas como um fato situado no tempo e no espaço, mas como um processo de transformação de um estado a outro, dependeu historicamente da interação de uma consciência objetiva, que reconhece a mortalidade, e de uma subjetiva, que afirma a imortalidade ou, quando menos, a transmortalidade. (NIÑO, 2005, p. 61)

Atualmente, é preciso reconquistar a consciência da morte, aceitando a ideia da finitude. E, segundo Niño (2005, p. 62-63), resgatar a certeza da morte implica retroagir a suas exatas dimensões, à angústia difusa e anônima que subsiste na vida cotidiana dos homens, e a socializá-la autenticamente. As relações humanas, conformando uma rede de interferências intersubjetivas, também podem contribuir para a realização do indivíduo nesse momento decisivo de seu existir, enriquecê-lo em reciprocidade e em complemento.

Abstraindo questões religiosas, é indiscutível que a morte, ao impor um limite à própria presença física, instaura uma solução de continuidade, institui um tempo, conferindo um lugar e um sentido a cada instante da vida. Nessa seara, deve-se analisar a questão tanto sob o enfoque do profissional de saúde que conduzirá o processo, bem como sob a ótica do paciente, diante das diversas variáveis que envolvem a matéria, a exemplo da autonomia do enfermo, direito à informação, dignidade da pessoa humana, princípio da beneficência e justiça, dentre outros.

A medicina, ao longo dos tempos, sempre trabalhou no enfrentamento da morte, sua maior adversária, procurando promover uma vida saudável, buscando meios de aumentar a própria expectativa de vida e encarando-a como um resultado accidental, o que vem causando, segundo a maioria da doutrina, deformações no processo de morrer, já que não se pode perder de vista a morte como um fato do ciclo da vida humana.

Como preconiza Márcio Palis Horta (1999, p. 06):

Finalmente, lembra-nos Spinsanti, quando a vida física é considerada o bem supremo e absoluto, acima da liberdade e da dignidade, o amor natural pela vida se transforma em idolatria. A medicina promove implicitamente esse culto idólatra à vida, organizando a fase terminal como uma luta a todo custo contra a morte.

O certo é que, em que pese sejam detectadas as aludidas situações e a paulatina adoção, ao menos nesse campo de estudo, de medidas tendentes a otimizar o ato médico em favor de seu principal destinatário, por via de reformas legislativas e regulamentares, a conjuntura atual ainda dista do ideal, em grande parte derivada da insuficiente formação humanística de seus operadores.

Assim, outro eixo de compreensão do fenômeno começa a ganhar força, caracterizada pelo paradigma de cuidar (*caring*), reconhecendo o declínio e a morte como parte da condição de ser humano e admitindo, quando não mais se consiga curar, a intensificação de esforços no sentido de minimizar o desconforto do morrer. Trata-se de uma maneira de se viabilizar a medicina paliativa, através da filosofia do *hospice*⁸, centro de convivência acoplado ao hospital, enfatizando, através de abordagem por equipes multidisciplinares, o controle da dor do paciente e dos sintomas incapacitantes, objetivando melhorar a qualidade de vida, com a participação da família durante todo o processo. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2000, p. 268 e 276-277).

Novamente, devem ser utilizadas as lições de Márcio Palis Horta (1999, p. 03):

O cenário da morte e do morrer se transforma não só para os pacientes incuráveis e terminais, mas também para os próprios médicos. Estes chegam até a por em discussão um dos princípios deontológicos no qual tradicionalmente sempre se inspiraram. Desde a antiguidade, no juramento de Hipócrates, obrigavam-se eles a jamais ministrar medicamentos letais mesmo a pedido do paciente. Que sucederia se viesse a cair esse pilar da ética médica? Creio que a própria relação médico-paciente estaria comprometida, pois que seu principal elemento – confiança no médico – seria definitivamente abalada por incontornável suspeição. Imagine-se a situação do doente perguntando para si mesmo se a próxima injeção é para ajudá-lo a curar ou para matá-lo.

(...)

Tal entendimento, por mais inequívoco e transparente que seja, não deve nos conduzir à insensibilidade diante de alguns argumentos levantados pelos que defendem a mudança desta norma deontológica. Um dos mais consistentes nos lembra que a angústia mais profunda do moribundo de nossos dias é a de ser abandonado no momento em que, segundo a ciência médica, não há mais nada a fazer. Outro, nos diz que a própria medicina cria situações desumanas e depois se recusa a assumir responsabilidade por elas. E, ainda, que, muitas vezes, o próprio médico, apelando para valores hipocráticos, na verdade abandona o doente, porque a morte não é da sua competência. O lado positivo desses argumentos, aponta Sandro Spinsanti, teólogo católico

⁸ Dentre eles o *Hospice Movement*, fundado em 1967, em Londres, pela Dra. Cicely Sanders.

e bioeticista italiano, “está na exigência de reflexão sobre a finalidade da profissão médica, nos termos concretos de sua prática atual”; e ainda ao fato de que “as novas condições do morrer obrigam os médicos a se ocuparem também da morte do ser humano”.

Com os limites da vida e morte definidos, ou pelo menos atualizados segundo o progresso da ciência, poder-se-ia ingressar no plano das confrontações do bem jurídico *vida* com outros, de base igualmente constitucional.

Todavia, é justamente a partir dessa perspectiva que surgem diversos questionamentos éticos e jurídicos no contexto da eutanásia na ética médica contemporânea, os quais devem ser enfrentados, não sem antes efetivar a análise da própria expressão ‘eutanásia’, com o reordenamento das diferentes espécies incluídas sob essa denominação genérica, evitando-se quaisquer equívocos na sua apreciação.

2. DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS

O presente capítulo objetiva contextualizar a matéria, estabelecendo uma visão geral acerca do instituto da eutanásia e buscando seu significado desde os tempos mais remotos até a atualidade, bem como procurando delimitá-la e distingui-la de conceitos assemelhados, com a finalidade de fornecer o substrato necessário à correta apreciação ética e, sobretudo, jurídica do tema abordado.

2.1. Considerações históricas – Eutanásia no Brasil e no mundo

A eutanásia é uma prática que existe desde os primórdios da existência do homem, fazendo parte, inclusive, de diversas tradições culturais. Acerca de seu real significado, ensina Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2001, p. 18):

etimologicamente, a palavra eutanásia significa boa morte ou morte sem dor, tranqüila, sem sofrimento. Deriva dos vocábulos gregos *eu*, que pode significar bem, bom e *thanatos*, morte. No sentido que tinha em sua origem, a palavra eutanásia significaria, então, morte doce, morte sem sofrimento.

Essa expressão foi utilizada pela primeira vez pelo historiador latino Suetônio, no século II d.C., ao descrever a morte do imperador Augusto: “A morte que o destino lhe concedeu foi suave, tal qual sempre desejara: pois todas as vezes que ouvia dizer que alguém morreria rápido e sem dor, desejava para si e para os seus igual eutanásia (conforme a palavra que costumava empregar)”. (SIQUEIRA BATISTA & SCHRAMM, 2004, p. 34)

Séculos depois, um santo da Igreja Católica, Thomas Morus, defendeu a prática da eutanásia em sua obra *Utopia* (1516), aconselhando a morte ao doente, consoante se percebe da passagem a seguir (*apud* PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2000, p. 289-290):

Se a enfermidade não é somente incurável, mas significa um tormento e um martírio contínuo, os sacerdotes e as autoridades devem dizer a tal enfermo que, dado que não é capaz de assumir as exigências da vida e é um peso para os outros – e insuportável para si próprio (...) –, não se deve obstinar em alimentar a epidemia e o mal e não deve titubear em morrer, pois a vida para ele é um tormento.

Posteriormente, em 1623, época do Renascimento, Francis Bacon, em sua obra *Historia vitae et mortis*, emprega o termo eutanásia em seu significado mais próximo do atual, não se relacionando apenas ao sentido etimológico grego, mas possuindo a idéia de “prestar atenção em como o moribundo deixa a vida mais fácil e silenciosamente”, passando a questão a tomar cunho filosófico (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2000, p. 289).

Pois bem, conforme ressaltado, a eutanásia sempre foi prática regularmente existente e aceita ao longo da história. Maria Helena Diniz (2007, p. 324-325) traz interessante esboço histórico sobre a matéria, tornando-se necessária a sua transcrição:

Platão, em seus Diálogos, lembra a respeito da afirmação de Sócrates de que “o que vale não é o viver, mas o viver bem”. (...) Entre os povos primitivos era admitido o direito de matar doentes e velhos, mediante rituais desumanos. O povo espartano, por exemplo, arremessava idosos e recém-nascidos deformados do alto do Monte Taijeto. Em Atenas, o Senado ordenava a eliminação de anciãos doentes, ministrando-lhes veneno (*conium maculatum*) em banquetes especiais. Já houve até mesmo quem afirmasse que os guardas judeus tinham o hábito de oferecer aos crucificados o *vinho da morte* ou vinho Moriam, contendo substância causadora de um sono profundo e prolongado, para que não mais sentissem as terríveis dores e caíssem em letargia, passando insensivelmente à morte. Os brâmanes eliminavam recém-nascidos defeituosos e velhos enfermos, por considerá-los imprestáveis aos interesses comunitários. Na Índia lançavam no Ganges os incuráveis, mas antes lhes vedavam a boca e as narinas com lama sagrada. Na Birmânia enterravam-se, com vida, idosos e doentes graves. Na Antiguidade Romana, Cícero afirmava (*De Legibus*, III, 8,19) que era dever do pai matar filho disforme, e César, ao colocar seu polegar para baixo, autorizava a eutanásia, concedendo ao gladiador um modo de escapar da desonra e da morte com grande agonia. Os povos nômades das regiões rurais da América do Sul, para evitar que ancião, ou enfermo, sofresse ataque de animais, matavam-no. Os celtas matavam crianças disformes, velhos inválidos e doentes incuráveis. No Japão, outrora, o filho primogênito tinha o ônus de abandonar pais idosos e doentes na Colina da Morte, onde acabavam falecendo. Na era medieval, entregava-se ao soldado mortalmente ferido o punhal de misericórdia para que, com ele, se suicidasse, evitando um prolongado sofrimento ou que viesse a cair em poder do inimigo, mas, nesse caso, não vislumbramos eutanásia ativa alguma, mas sim induzimento ao suicídio. O povo esquimó ainda tem o costume de deixar doentes e idosos sobre o gelo, abandonando-os à sua sorte, até que a morte chegue.

Por seu turno, Diego Gracia (*apud* PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2000, p. 287-288) divide a história da eutanásia em três períodos distintos: a eutanásia ritualizada, medicalizada e a autonomizada.

A primeira época é assim denominada em razão da existência de uma ritualização no momento da morte, presente em diversas culturas, o que contribuía para humanizar esse momento, bem como ajudava a integrar e assumir a ruptura pessoal, familiar e social, as quais são inseparáveis da morte. Nos casos de impossibilidade da humanização da morte, permitia-se a sua aceleração, mediante atuação de familiares, sacerdotes ou feiticeiros, dentre outros.

A eutanásia medicalizada nasce na Grécia com o surgimento da medicina científica, estendendo-se até a Segunda Guerra Mundial, quando o médico passou a ter a função de cuidar dos enfermos, deficientes e anciãos, devendo utilizar da eutanásia apenas quando necessário.

Desde a antiguidade, várias culturas recomendavam a eutanásia, seja de forma direta ou indireta, diferentemente do cristianismo, que a desqualifica, numa atitude de solidariedade para aqueles que sofrem. A partir, porém, da época nazista, onde houve um grande massacre aos judeus, deficientes e homossexuais, formou-se uma forte reação contrária à eutanásia.

Atualmente, o paciente passou a ser protagonista, sendo visto como sujeito portador de direitos. O consentimento informado passou a ser um poderoso instrumento em favor do enfermo, que tem o direito de exercer sua autonomia, inclusive para decidir, senão sobre sua morte, ao menos quanto ao seu morrer. Trata-se do período da eutanásia autônoma.

Nessa época, surgem diversas alterações na estratégia da medicina, sendo aprovada em 1973 a *Carta dos Direitos dos Enfermos pela Associação Americana dos Hospitais Privados*, ressaltando o princípio da autonomia e reconhecendo os direitos do enfermo, sendo este visto como um portador de direitos.

Como ressaltam Pessini & Barchifontaine (2000, p. 291):

Estamos na era dos direitos humanos e descobrimos que entre eles está o direito a decidir – dentro de certos limites, é claro – a respeito das intervenções que se realizam no próprio corpo, isto é, a respeito da saúde e da enfermidade, o da clássica relação médico-doente, hoje se chama de “direito ao consentimento informado”; e no âmbito da vida e da morte chama-se “direito à própria morte”.

Apesar das intensas discussões jurídicas, éticas, filosóficas, religiosas, dentre outras, a eutanásia, nos tempos hodiernos, é prática ora regularmente aceita, ora permitida total ou parcialmente, ou, ainda, proibida em diversos países, podendo-se apresentar, com fundamento nas lições de José Roberto Goldim (2009) o seguinte esboço histórico sobre o tema⁹:

- 1931-1936 – Proposta e rejeitada na Inglaterra. Importante ressaltar que no ano de 1935 surgiu uma das primeiras associações favoráveis à eutanásia no mundo, denominada *Exit*. Atualmente, a associação também funciona na Itália, Escócia, Austrália e outros países.

Há notícias de que em julho de 2002, a *Exit*-Austrália distribuiu cerca de 500 kits chamados *death bags* (sacos da morte), ou *exit bags* (sacos de saída), montados sob medida, com o qual pessoas poderiam praticar o suicídio. Essa prática recebeu fortes críticas, sob o argumento de se tratar de kits para a prática potencial de homicídios, sendo citado como exemplo o caso *Herbert Lerner*, de 78 anos, confesso por ter sufocado sua esposa utilizando o referido saco por ela encontrar-se com Mal de Alzheimer.

- 1934 – Permissão do homicídio piedoso no Uruguai. A norma, que ainda continua em vigência, foi instituída no Código Penal¹⁰ por influência do professor espanhol Jiménez de Asúa, havendo possibilidade de o agente permanecer impune, previstas as condições legais. Interessante registrar que o mesmo Código chegou a admitir, inclusive, o aborto consentido, norma que foi revogada em 1938, mantendo-se, porém, a disciplina relativa à eutanásia. Apesar dos cuidados na abordagem legal da matéria, ao longo da vigência da norma, a jurisprudência uruguaia não contém uma única sentença aplicada à hipótese, não se

⁹ Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/textos.htm#eutanasia>>. Acesso em: 25 maio 2009.

¹⁰ Art. 37 do Código Penal do Uruguai: “Del homicidio piedoso. Los jueces tienen 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”. Como requisitos para o perdão judicial, é necessário que o agente tenha bons antecedentes, atuado movido pela piedade e atendendo a súplicas reiteradas. Caso ausentes os requisitos, ainda pode ser aplicada uma minorante, prevista no artigo 46, n. 10, do mesmo Código: “Atenúan el delito aún cuando hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción, las siguientes: (...) 10 (móviles jurídicos. Sociales o altruistas) El Haber obrado por móviles de honor o por otros impulsos de particular valor social o moral”. Interessante que o artigo 315 continua tipificando a participação em suicídio, não havendo previsão de perdão judicial, o que termina por tornar mais grave a conduta de auxiliar alguém a suicidar-se que a de matá-lo pessoalmente, sob motivação compassiva.

sabendo se pela ausência de casos ou inaplicabilidade da faculdade de perdoar (VILLAS-BÔAS, 2005, cap. VI).

- 1939 – Programa nazista da eutanásia – *Aktion T4*. Relata-se que em seis centros de extermínio foram executadas aproximadamente 100.000 (cem mil) pessoas em menos de dois anos, já que o programa restou suspenso em agosto de 1941. “Depois de uma injeção de morfina-escopolamina, os pacientes em estado de sonolência eram levados em grupos às câmaras de gás. Incineravam-se os cadáveres e se comunicava a morte às famílias por falsos motivos” (SANTOS, 1992, *apud* FELIX, 2006, p. 54). Tratava-se, na verdade, de um movimento eugênico, materializando a proposta de higienização social.

- 1957 – Aceitação pela Igreja do princípio do duplo efeito, consistente na aceleração da morte como consequência indireta das ações médicas que são executadas visando o alívio do sofrimento de um paciente terminal.¹¹

- 1968 – Associação Mundial de Medicina adota resolução contrária à eutanásia.

- 1973 – Início das discussões na Holanda com o caso *Postma*, sendo a eutanásia aceita na década de 90 e legalizada em 2001, desde que observados alguns requisitos, quais sejam: tratar-se de doente incurável, maior de dezesseis anos (os adolescentes entre doze e dezesseis anos podem recorrer à eutanásia se houver concordância dos pais), capaz de compreender as informações médicas e de decidir com base nelas; deve padecer de sofrimento insuportável, confirmado pelo médico que o assiste.

O pedido deve ser voluntário, expresso e reiterado. O caso deve ser levado a uma comissão multidisciplinar, que, diante da avaliação concreta do mesmo, autorizará a intervenção médica para antecipar a morte. Deve-se preencher formulário detalhado, a ser entregue ao Ministério Público, que confirmará a consonância com as exigências legais. Atualmente, a Holanda é o país de referência na matéria, por ser aquele em que a eutanásia é admitida com maior amplitude,

¹¹ É de incumbência do médico tomar todas as medidas ordinárias destinadas a restaurar a consciência e outros fenômenos vitais, e empregar medidas extraordinárias quando estas se acham ao seu alcance. Não tem, entretanto, a obrigação de continuar de forma indefinida o uso de medidas em casos irreversíveis. De acordo com o critério da Igreja Católica, chega um momento em que todo o esforço de ressuscitação deve suspender-se e não nos opomos mais à morte. Papa Pio XII, *Prolongação da vida*.

atraindo, inclusive, pessoas de outros países europeus, que desejam a *morte piedosa*.¹²

- 1980 – Declaração do Vaticano, com a proposta do duplo efeito e descontinuação do tratamento fútil.
- 1991 – Tentativa frustrada de introdução da eutanásia no Código Civil da Califórnia.
- 1995 – Encíclica “*Evangelium Vitae*”, de autoria do Papa João Paulo II, assegurando a possibilidade de renúncia a tratamentos extraordinários ou desproporcionados.¹³
- 1996 – Entrada em vigor nos territórios do norte da Austrália da Lei dos pacientes terminais, que permitia a eutanásia ativa, a qual foi revogada em 1997.
- 1997 – Julgamento pela Corte Constitucional da Colômbia onde, por maioria de votos (6x3), foi admitida a eutanásia passiva. Nesse caso, em razão de sua importância para o tema, tornam-se necessárias algumas considerações.

O artigo 364 do Código de 1936 continha semelhante disposição à do Código Penal uruguaio acerca da possibilidade de perdão judicial para a eutanásia, mantida a ilicitude da conduta. Posteriormente, tal benefício foi retirado do sistema, sendo decidido, em maio de 1997, através da sentença C-239/97, pela exclusão de penalidade para os médicos que cometessem a *eutanásia piedosa*, permitindo ao paciente uma morte digna.

Segundo a Corte colombiana (MERCHÁN-PRICE, 2008, p. 43):

Si un enfermo terminal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, em ejercicio de su libertad, sin que el Estado está habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción que um tercero Le ayude a hacer uso de su opción.

¹² Em 1973, na Holanda, uma médica geral, Dra. *Geertruida Postma*, foi julgada por eutanásia praticada em sua mãe com uma dose letal de morfina. A mãe havia feito reiterados pedidos para morrer. Foi processada e condenada por homicídio, com uma pena de prisão de uma semana (suspensa), e liberdade condicional por um ano. Nesse julgamento foram estabelecidos critérios para ação do médico. Desde a década de 1990, a eutanásia passou a ser um procedimento aceito na Holanda, porém ainda não legal, desde que mediante a observância de alguns critérios propostos durante o julgamento do caso *Postma*. Atualmente, a eutanásia e o suicídio assistido tornaram-se procedimentos legalizados na Holanda, sendo a lei aprovada em 10 de abril de 2001, entrando em vigor no ano subsequente.

¹³ Quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou a eutanásia. Exprime antes a aceitação da condição humana diante da morte. Papa João Paulo II, Encíclica *Evangelium Vitae*.

Ou seja, o Estado não poderia se opor à decisão do indivíduo que não deseja seguir vivendo e que solicita auxílio para morte, quando sofra uma enfermidade terminal que lhe produza dores insuportáveis, incompatíveis com sua ideia de dignidade. Isso porque a dignidade humana seria o princípio fundamental, o pressuposto essencial da consagração e efetividade do sistema de direitos e garantias contemplado na referida Constituição.

Registre-se, ainda, que por eutanásia piedosa entendeu-se a hipótese de ortotanásia (ou eutanásia passiva voluntária, dependendo do conceito a ser adotado), então trazida como a suspensão de meios extraordinários de sustentação da vida em caso de pacientes cuja terapêutica se revelasse fútil, mediante sua anuência.¹⁴

No mesmo ano (1997), houve aprovação pelo Estado do Oregon (EUA) de legislação permitindo o suicídio assistido, apenas admitido quando o paciente

¹⁴ No grupo minoritário dos países americanos que admitem o perdão judicial para o homicídio compassivo, cite-se, ainda, a Bolívia, cujo Código Penal data de 1935 e segue, no artigo 257, o modelo uruguaio, possibilitando também, segundo o que dispõe o artigo 39 do diploma boliviano, a substituição por penas alternativas. Em outros países latino-americanos, a tendência é que a eutanásia, enquanto morte dada ao doente por comiseração ante seu sofrimento, faça jus à atenuação da pena, tal como se observa na Costa Rica (artigo 116, Código Penal de 1941), Argentina (após a reforma de 1967. Por não haver menção expressa a eutanásia, há quem considere que se aplica a ela o artigo 83, referente à participação em suicídio, com pena reduzida em relação ao homicídio. O artigo 41, parágrafo 2º fala em “móveis altruístas” como causa de redução de pena) e Brasil. No Peru, o projeto Cornejo-Jimenez para o Código peruano incluía o tipo homicídio piedoso, com pena atenuada em relação ao homicídio simples, mencionado como causa de não temibilidade o *agir por impulso de um motivo altruísta*. O Código Penal do Peru de 1924, por seu turno, foi bastante benéfico quando, em seu artigo 157, admitiu a impunidade do auxiliador que agiu por compaixão, punindo a ajuda ao suicídio apenas se movida por motivação egoísta. Não há remissão expressa à eutanásia, o que leva parte da doutrina supor que deva ela ser tratada nesse país de modo equivalente ao auxílio a suicídio, resultando em possível causa de absolvição. No âmbito da América Central, destaca-se o extenso Código de Defesa Social de Cuba (1936), que se refere, no mesmo artigo 437, à eutanásia e ao induzimento ao suicídio como delitos autônomos, distintos do homicídio e com penas inferiores. Dentre os países da América do Norte, os códigos estaduais mexicanos não tratam da eutanásia, embora prevejam sanções para a participação em suicídio. No Canadá, o Código Penal não contempla o tipo referente à *eutanásia*, mas deixa expresso, em seu artigo 14, que o consentimento da vítima não afeta a responsabilidade penal de quem lhe promove a morte. Em 1983, todavia, a Comissão de Reforma do Direito daquele país propôs a legalização da interrupção de tratamento em doentes terminais, submetendo-se a sanções penais o médico que mantivesse tais tratamentos contra a vontade do paciente. Grife-se que o móvel humanitário somente é aceito nesse país quando implica um transtorno mental transitório, causado pela emoção experimentada ante o sofrimento do padecente. Por fim, é importante frisar que, em 1974, o Conselho Geral da Associação Médica Canadense já considerara a ordem de não reanimar como decisão exclusivamente médica, no exercício da adequada prática profissional. Nos Estados Unidos, a legislação varia de estado a estado, já se tendo discutido mesmo se haveria um direito constitucional a morrer, o que foi repellido pela Suprema Corte. Essa decisão, todavia, não obsta que alguns Estados sejam mais benevolentes quanto à possibilidade de antecipação da morte (VILLAS-BÔAS, 2005, capítulo VI).

possuir previsão de menos de seis meses de vida, estando em condições mentais de tomar a decisão. Ressalte-se que, apesar de contestada a referida legislação pelo Governo Federal, a Suprema Corte Americana decidiu, por maioria de votos (6x3), manter a norma, batizada de *morrer com dignidade*.

Desde a sua vigência, diversas pessoas que desejavam auxílio para morrer tiveram suas solicitações atendidas, sendo que algumas delas desistiram da idéia após receberem tratamento paliativo, especialmente controle de dor ou outros sintomas, encaminhamento para *hospices* ou tratamento de depressão.

- 2002 – Legalização da eutanásia na Bélgica, através de norma semelhante à holandesa, excluindo, porém, os menores de 18 anos de solicitarem tal procedimento. Atualmente, a Suíça¹⁵ e o Estado do Oregon (EUA) permitem o suicídio assistido, enquanto que Holanda, Bélgica e Luxemburgo (2008) admitem, além de tal prática, a possibilidade de eutanásia.

- 2010 – Entra em vigor, em abril de 2010, o novo Código de Ética Médica, que confere ao doente um maior poder de decisão sobre o seu tratamento¹⁶.

Aproveitando-se das lições de VILLAS-BÔAS (2005, cap. VI), verifica-se, entre os países europeus, que o Código Penal Português de 1995, seguindo as lições do diploma anterior de 1984, tipifica o homicídio privilegiado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, com pena prevista de um a cinco anos. Também tratou do homicídio determinado por pedido sério, instante e expresso do doente, ao que corresponde pena de até 3 anos. Isso faz supor um tratamento diversificado nos casos de eutanásia involuntária ou voluntária. O mesmo

¹⁵ O procedimento pode ser realizado sem a participação de um médico, além de que a pessoa que deseja morrer não necessita estar em fase terminal.

¹⁶ Importante registrar alguns artigos do novo Código de Ética Médica:

É vedado ao médico:

Artigo 24 – Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Artigo 31 – Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Artigo 34 – Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal

Artigo 41, Parágrafo único – Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

instrumento normativo ainda trata do auxílio e incitamento ao suicídio, sendo ambos puníveis naquele país.

Afirma, também, que na Espanha o Código de Ética e Deontologia médica posiciona-se em sentido similar ao do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal, pela abstenção da distanásia. A norma espanhola se opõe à eutanásia ativa, voluntária ou involuntária, sendo mais tolerante quanto à eutanásia passiva, em que inclui a interrupção de suporte de vida.

Tem-se entendido que a não iniciação ou a interrupção de tratamento que retarde a morte de pacientes terminais, em vida vegetativa ou de neonatos problemáticos pode ser admitida, desde consentida pelo paciente ou por seu representante legal, como exercício de recusa terapêutica.

Ainda, a Constituição espanhola assevera, apesar da garantia do direito à vida, que não haverá, sob hipótese alguma, submissão a torturas, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, o que tem permitido a interpretação no sentido da possibilidade de abstenção consentida de tratamento, em casos nos quais se considere que há degradação na manutenção da vida. Esse fato é corroborado em virtude de o diploma penal espanhol tratar apenas daqueles que deram causa ou cooperaram ativamente com atos necessários e diretos para a morte de outrem, omitindo-se quanto à forma passiva, presumindo-se, dessarte, sua atipicidade.

Ademais, a conduta ativa possui pena reduzida em relação ao homicídio na modalidade simples, desde que presentes os requisitos da petição séria, expressa e inequívoca, feita por quem sofra de enfermidade grave, que conduziria necessariamente à morte, ou que produza graves padecimentos permanentes e difíceis de suportar. Já a eutanásia indireta ou de duplo efeito não é punível naquela legislação, com fundamento na ausência de dolo e dever objetivo de cuidado pelo médico, manifestado, *in casu*, na analgesia adequada, solicitada pelo paciente, ainda que esta venha a encurtar a perspectiva vital, não intencionalmente.

Já no que tange ao suicídio assistido, vários projetos vieram a tratar da matéria, mesmo após repercussão do caso Ramón Sampedro¹⁷, porém o Código Penal espanhol manteve como delito o auxílio ao suicídio de paciente terminal, apresentando-o como tipo privilegiado em relação ao homicídio.

¹⁷ O caso será explicitado no decorrer desta pesquisa.

Na França, o Código Penal de 1993 é bastante rigoroso com a eutanásia, estabelecendo igualdade de tratamento em relação ao homicídio simples, com pena de até trinta anos. Registre-se ser admitida apenas a suspensão de tratamento em caso de doente terminal, consoante Código de Deontologia Médica, que se posiciona contrariamente à futilidade terapêutica.

Na Alemanha, a abordagem tornou-se um pouco mais difícil em razão dos problemas derivados do programa *Aktion T4*, preferindo a doutrina denominar a eutanásia de ajuda para morrer, a qual é punida com uma pena inferior a do homicídio. No caso da eutanásia passiva, a posição de garantidor por parte do médico e parentes próximos afasta o tipo da omissão de socorro, recaindo-se na hipótese de delito omissivo impróprio ou comissivo por omissão.

Além disso, não é permitido tratar um paciente contra a sua vontade, ainda que caso de risco de morte, desde que tal recusa tenha resultado de decisão consciente do enfermo, dispensando-se, ainda, o uso de medidas prolongadoras da vida, mesmo a alimentação artificial, quando o paciente já se encontra imerso no processo de morrer. Por fim, importante lembrar que, no ordenamento alemão, a participação em suicídio é impunível, desde que o ato final seja perpetrado pelo próprio suicida, que deve estar em pleno gozo de suas faculdades mentais.

No Brasil, apesar de não haver tipo específico, a eutanásia é considerada pela doutrina, com base no vigente Código Penal, como homicídio, podendo ser enquadrada, dependendo das condições em que foi praticada, em qualquer de suas modalidades, seja simples, privilegiado ou qualificado.

Sobre a evolução legislativa do tema no país, ensina Maria Elisa Villas-Bôas (2005, cap. VII):

Na história legislativa brasileira vigeram três codificações penais. A primeira, em 1830, ainda na fase imperial; a segunda, em 1890, logo após a Proclamação da República, e a atual, de 1940. Além delas, alguns projetos de Código Penal ganharam repercussão, como indicativo da opinião vigente em suas épocas, influenciando, em alguns pontos, o legislador final. Disso são exemplos o Projeto Sá Pereira e o Projeto Alcântara Machado, ambos antecedendo o Código de 1940. (...) No que concerne ao tema em estudo, é de se registrar que os Códigos penais de 1830 e de 1890 não trataram da eutanásia. O tratamento dado por esses diplomas ao tipo penal referente à participação em suicídio era então considerado paradigma para a punição conferida a quem desse a morte a outrem, atendendo a solicitação da vítima. O Código de 1830 - que, leciona Jimenez de Asúa, teve importante influência do Código Napolitano de 1819 e do Código Francês de 1810, influenciando, por sua vez, o Código Espanhol de 1948 - dispunha, em

seu artigo 196: “ajudar alguém a suicidar-se ou fornecer lhe meios para esse fim com o conhecimento de causa - pena de prisão de dois a seis anos”. Apesar das várias reformas sofridas em seus sessenta anos de vigência, não se incluiu uma disciplina específica para o “homicídio piedoso”. De forma bem semelhante, acrescentando, porém, a figura da indução, o Código de 1890 previa, no artigo 229: “induzir ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer lhe meios com conhecimentos de causa - pena de prisão celular por dois a quatro anos”. Em seu artigo 26, o referido Código deixava claro que o consentimento do ofendido não excluía a intenção criminosa, salvo nos casos de ação penal (ali chamada “ação criminal”) privada, o que não se aplicava à situação. (...) O Projeto Sá Pereira, de 1927/1928, trazia, no artigo 189, a hipótese de homicídio a pedido ou com o consentimento da vítima como causa de atenuação genérica, que consistia em ceder a piedade provocada pela situação irremediável de sofrimento em que se encontrava a vítima, antes suas súplicas. (...) Já o projeto Alcântara Machado somente admitia o consentimento do ofendido no caso de bens disponíveis, situação em que afastava a punibilidade do delito, (...). O Código de 1969, arrimado no projeto de Nelson Hungria, ferrenho opositor da eutanásia, não chegou a vigorar no Brasil. (...).

Importante, ainda, ressaltar em que em 1984, juntamente com a proposta de reforma da Parte Geral do Código Penal, havia também um anteprojeto para modificação da Parte Especial (artigo 121, §§ 3º e 4º), incluindo a previsão expressa da eutanásia, fato que, todavia, não veio a se concretizar.¹⁸

De acordo com informações da professora Maria Helena Diniz (2007, p. 332), foram apresentados diversos projetos no Congresso Nacional, ora para permitir ao médico o desligamento dos aparelhos de um paciente em estado de coma terminal ou a omissão de medicamentos que apenas prolongariam inutilmente uma vida vegetativa, sem possibilidade de recuperação, ora para definir a eutanásia como crime hediondo.

Ainda tramita no Senado Federal um projeto de Lei 125/96, elaborado desde 1995, estabelecendo critérios para a legalização da morte sem dor, prevendo a possibilidade de que pessoas com sofrimento físico ou psíquico possam solicitar a realização de procedimentos que visem à própria morte.

¹⁸ Assim previa o anteprojeto:

Eutanásia

Parágrafo 3º. Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

Pena - Reclusão, de três a seis anos.

Exclusão de lícitude

Parágrafo 4º. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Isso, porém, não implica que seja prática inexistente nos hospitais do país, já que, segundo matéria publicada, em 2005, no jornal Folha de São Paulo¹⁹, diversos médicos confirmavam ser a eutanásia um procedimento comum de abreviação do sofrimento do doente e de sua família.

José Roberto Goldim (2009) também explicita matéria publicada na “Vidas em Revista”, em 08 de março de 2004, onde estão relatados diversos casos de eutanásia, inclusive involuntárias, nos centros médicos de São Paulo e Rio de Janeiro, assumidas pelo cirurgião Carlos Alberto de Castro Cotti e assim relatados:

Um paciente com icterícia, que não conseguia se alimentar e recebia alimentação artificialmente. O paciente tinha dores e recebia morfina. Era um absurdo mantê-lo vivo naquelas condições. (1959)

Um paciente com metástases cerebrais, pulmonares e intestinais generalizadas. Quando as metástases ósseas o atingiram a dor era violenta. (1964)

Um paciente com carcinomatose, com bloqueio de rim. Foi muito triste porque era meu amigo, tinha 52 ou 54 anos.

Outro depoimento médico pode ser evidenciado:

Há quarenta anos, era moço e cheio de entusiasmo pela minha profissão. Atendi minha prima Maria Ester. Logo ao primeiro exame descobri um tumor no seio esquerdo que pelo aspecto e localização me levou a suspeitar de sua malignidade. Enderecei-a ao grande cirurgião e amigo Paulo Cezar Andrade, que ante a biópsia positiva praticou a mamectomia total e extirpou a rede ganglionar auxiliar. Segui-se um longo tratamento com radioterapia de segurança. Não tinha decorrido um ano, ela começou a apresentar sintomas digestivos e impressionante emagrecimento. – Eduardo, disse-me ela, eu estou com a mesma doença que matou minha mãe. De fato minha tia tivera exatamente essa doença e a evolução era idêntica. Procurando desviar-lhe o pensamento, aleguei que complicação em curso era devido às aplicações de Raio-X. Mas a doença continuou sua marcha inexorável com sofrimentos inerentes ao caso. Pedi, então, os exames de sangue. Intercedi junto ao laboratório amigo que assinalasse a positividade deste último. Ao receber o resultado mostrei-lhe tudo. À medida que a enfermidade ia-se agravando fui aumentando a dosagem do opiáceo chegando ao ponto de ser convidado pela Fiscalização de Medicina a comparecer perante seu diretor a fim de explicar essa indução à morfomania. Relatei o caso ao meu amigo Salgado Filho que, de pronto, compreendeu meu propósito e liberou o meu receituário. E minha prima faleceu sem sofrimentos morais e físicos. Sendo assim, eu pratiquei a eutanásia e duvido que qualquer outro colega não o fizesse. (RODRIGUES *apud* CAUDURO, 2007, p. 78-79)

¹⁹ Folha *online*. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u105876.shtml>>. Acesso em: 11 jun.2008.

Esses exemplos demonstram não ser a eutanásia prática meramente eventual, inclusive quando ausente qualquer manifestação de vontade do enfermo ou seus familiares, tornando-se necessária a desmistificação de seu conceito e suas variantes, objetivando verificar a legalidade dos procedimentos médicos e subsidiar a apreciação jurídico-penal da matéria.

2.2. Definição de eutanásia e conceitos derivados

Consoante já ressaltado, em seu sentido etimológico a palavra eutanásia – derivada do vocábulo grego *eu*, prefixo que significa bom, boa, e *thanatos*, substantivo equivalente a morte – alude, simplesmente, à boa morte.

Ao longo dos séculos, contudo, esse conciso sentido terminológico foi-se tornando mais difuso, traduzindo-se em ‘morte rápida e sem tormentos’, ‘morte digna, honesta e com glória’, ‘bela morte’; ‘morte tranquila e fácil’, ‘morte misericordiosa ou piedosa’, apenas para explicitar alguns significados que se prodigalizaram (NIÑO, 2005, p. 81).

Sobre o assunto, doutrina Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2001, p. 19):

O primeiro sentido de *euthanatos* fazia referência a facilitar o processo de morte, sem, entretanto, interferência neste. Na verdade, conforme o sentido originário da expressão, seriam medidas eutanásicas não a morte, mas os cuidados paliativos do sofrimento, como acompanhamento psicológico do doente e outros meios de controle da dor. Também seria uma medida eutanásica a interrupção de tratamentos inúteis ou que prolongassem a agonia. Ou seja: a eutanásia não visaria à morte, mas a deixar que esta ocorresse da forma menos dolorosa possível. A intenção da eutanásia, em sua origem, não era causar a morte, mesmo que fosse para fazer cessar os sofrimentos da pessoa doente. Atualmente, porém, tem se falado de eutanásia como uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a. O conceito foi modificado e tem causado muita confusão.

Além de serem bastante diversificados os posicionamentos a respeito da eutanásia, também são variados os significados dados pelos autores a essa expressão e os termos a ela correlatos, outorgando razão aqueles que, como Patrick Verspieren, encontraram em seu conceito um paradigma de ambiguidade semântica (NIÑO, 2005, p. 82).

Para uma correta abordagem do tema, torna-se necessário o delineamento dessa heterogênea constelação, explicitando os conceitos de eutanásia, distanásia, ortotanásia, auxílio ao suicídio, mistanásia. Ainda se fala em eutanásia ativa, direta e indireta, eutanásia passiva, eutanásia voluntária e involuntária, testamento vital, métodos ordinários, métodos extraordinários, dentre outras expressões.

Como ressaltam Siqueira Batista e Schramm (2004, p. 31):

Em verdade, há uma intensa polissemia do termo eutanásia, gerando inúmeros equívocos. Um exemplo é a confusão de conceitos como *eutanásia* e *ortotanásia*, este último termo significando *a morte no seu tempo certo, sem os tratamentos desproporcionais (distanásia) e sem abreviação do processo de morrer (eutanásia)* (Horta, 1999). Ademais, há inserção – e de certa forma, mescla – com conceitos tais como *homicídio por piedade* e *suicídio*, o que acaba por atribuir uma conotação pejorativa à palavra, trazendo grande prejuízo – e até preconceito ao debate. Por isso a necessidade de se “limpar” um pouco mais o conceito. (grifos no original)

No mesmo norte, esclarece Débora Diniz (2000, p. 01):

Este preciosismo conceitual, apesar de nos soar exagerado, não é apenas uma tentativa de demarcar territórios por meio da recriação de termos, exercício muito comum às novas disciplinas, como é o caso da bioética. Mais do que lutar pelo reconhecimento de autoridade, os diferentes conceitos procuram dominar as sutilezas de uma prática que, certamente devido ao fato de sua natureza-limite lidar com as fronteiras da vida, está dentre as mais delicadas da bioética.

Antes de qualquer estudo sobre a questão semântica, diante das diversas terminologias adotadas, que mais confundem do que contribuem para solucionar as controvérsias, torna-se importante ressaltar que a presente apreciação não limita a tal análise, sob pena de tornar a discussão estéril, mas tem a finalidade de estudar e comparar a própria adequação das ações adotadas pelo corpo médico em relação aos pacientes e os efeitos jurídicos dela decorrentes.

2.2.1. Eutanásia natural e provocada (autônoma e heterônoma)

Parece plausível começar por discernir entre os casos em que a morte ocorre naturalmente sem sofrimentos e aqueles onde a conduta humana, seja pela própria mão do moribundo, seja com a intervenção de terceiros, contribui para aliviar

o padecimento da agonia, ora abreviando-a ativa ou passivamente, direta ou indiretamente, ora limitando-se a confortá-lo.

Deixando, pois, de lado os casos de morte/eutanásia natural, o esforço será dedicado aos casos de eutanásia provocada/voluntária.

Utilizando interessante classificação adotada por Luis Fernando Niño (2005, p. 82-84), sob essa denominação genérica (eutanásia provocada ou voluntária) serão agrupados distintos casos em torno de duas pautas básicas, quais sejam, o autor e a atitude adotada a respeito do curso vital.

Em relação à primeira dessas classificações, torna-se necessário diferenciar a eutanásia *autônoma*, conceituada como a preparação e provocação da própria boa morte, sem a intervenção de terceiros, da *heterônoma*, resultante da ação ou participação de outras pessoas, ressaltando que a primeira espécie será desprezada do campo de exame, por constituir, em qualquer caso, matéria estranha ao tratamento jurídico-penal racional.

Com efeito, mencionado fato se justifica em razão da proximidade existente entre essa modalidade eutanásica e o suicídio, ao menos sob a perspectiva jurídico-penal, já que a criminalização deste último não possui, nos tempos modernos, relevância criminal, diferentemente daquele que instiga, induz ou presta auxílio ao suicídio de outrem.²⁰

2.2.2. Eutanásia solutiva e resolutiva

Outra classificação a ser adotada, desta feita segundo a atitude frente ao curso vital, seria a distinção da eutanásia em solutiva – também denominada de pura, lenitiva, autêntica ou genuína – e resolutiva.

A eutanásia solutiva seria aquela consistente no auxílio ao morrer desprovido de todo efeito de abreviação do curso vital. A mitigação do sofrimento mediante calmantes que não incidam na duração desse percurso, o controle das

²⁰ “Ao abordar a eutanásia realizada pelo próprio interessado, Casabona (1994) a assemelha ao suicídio sob a perspectiva do tratamento jurídico-penal, considerando que, em ambos os casos existe a vontade direta de morrer e o ato de privar-se da vida; a eutanásia autônoma seria, para ele, uma espécie do gênero suicídio. Entretanto, o próprio autor ressalva que conceitualmente ela difere do suicídio, pois a eutanásia seria a aceleração do momento da morte que se apresenta mais ou menos próxima como único meio de abreviar o sofrimento físico e moral derivado de uma enfermidade terminal ou de uma debilidade irreversível; já o suicídio consistiria em quitar-se violenta e abruptamente a própria vida que não se deseja mais viver por qualquer outro motivo e em circunstâncias diferentes” (FELIX, 2006, p. 19).

sufocações ou espasmos, a assistência psicológica e/ou espiritual ao enfermo ou ancião são expressões dessa espécie de eutanásia.

Mencionada modalidade, uma vez observado o consentimento do paciente, não apenas carece de relevância típica, senão que traduz, genericamente, um dever moral e jurídico. Nesse contexto, observe-se a posição de Claus Roxin (1999, p. 12), quando assevera:

Pode-se chamar de ‘eutanásia pura’ a hipótese em que se ministram ao moribundo meios lenitivos, que não possuam efeitos de diminuir-lhe o tempo de vida. Tal conduta, se praticada por desejo ou consentimento do paciente, é, obviamente, impunível. Na hipótese de não poder mais o moribundo emitir uma declaração de vontade, ou já não estar ele em condições de o fazer de modo responsável, a conduta também será impunível, se corresponder à sua vontade presumida – como em regra deverá ser o caso.²¹

Já o seu paralelo, eutanásia resolutive, divide-se nas modalidades libertadora, eugênica e econômica, “configurando o traço distintivo o motivo que impulsiona o agente, ocorrendo, em todas elas, a redução ou supressão do curso vital, podendo ser ou não no interesse do sujeito passivo, bem como mediante seu consentimento ou não”²² (FELIX, 2006, p. 20).

A eutanásia libertadora ou terapêutica seria aquela praticada por razões solidárias, sendo a piedade o motivo determinante de tal ação e com a finalidade de eliminar o sofrimento do doente, acelerando o momento da morte.

Ao examinar referida problemática, Jiménez de Asúa (1929, p. 252-253, *apud* FELIX, 2006, p. 21) destaca a necessidade de se diferenciar a eutanásia praticada por médico, considerando tratar-se de verdadeira *cura*, desde que nos seus justos limites, daquela praticada por familiares ou amigos fieis e desinteressados do doente (homicídio piedoso), quando pode ensejar o perdão

²¹ Consoante Roxin (*apud* FELIX, 2006, p. 20), em virtude da obviedade de suas soluções, mal se faria necessária mencionar este grupo de problemas, se não fossem possíveis as hipóteses em que, contra o desejo do paciente, a eutanásia pura é prestada ou omitida. Exemplo da primeira situação é trazido pelo autor quando aduz o caso do moribundo que recusa a injeção de meios que lhe aliviem a dor, porque deseja viver a sua morte em plena consciência, sem vê-la transformada num sono suave. A segunda situação remete ao caso em que o anestésico não é ministrado, ou é aplicado em quantidade insuficiente, apesar de o moribundo o requerer de modo expresso, sendo que o médico, mesmo podendo, não está evitando sofrimentos desnecessários ao paciente.

²² O conceito se diferencia do adotado por Niño (2005, p. 83), quando assevera que tal modalidade é caracterizada por incidir na duração do prazo da vida, seja reduzindo-o, seja suprimindo-o, no interesse do enfermo ou ancião e com seu consentimento prévio e autodeterminação ou de seus representantes legais.

judicial, desde que não guiado por um motivo egoístico, consoante se percebe da seguinte passagem:

O problema da morte dada por compaixão ao doente incurável e doloroso, consciente do seu mal e do seu estado, que deseja abreviar seus padecimentos deve ser resolvido com justiça e humanidade. Mas para achar uma solução correcta é necessário fraccionar o tema. É preciso distinguir a eutanásia médica da prática do homicídio por piedade exercida por familiares ou amigos fiéis e desinteressados..

O médico, diz-se, não pode praticar a eutanásia com o premeditado desígnio de produzir a morte; mas chega a ele como um meio de cura. Por desgraça, a medicina nem sempre cura; na maior parte das vezes só alivia os padecimentos. Curar não é só dar a saúde, é aliviar também. Mas, quando o médico, ante dores exarcebadas e intoleráveis, aplica meios analgésicos e narcóticos é com a consciência de que abrevia a existência do enfermo, de que lhe acelera o fim dos seus dias cruéis. Mas ao médico não o guia a intenção de matar o paciente, nem ainda por piedade, mas o seu desígnio é aliviá-lo, diminuir-lhe o sofrimento.

A eutanásia eugênica ou selecionadora consiste na supressão indolor de pessoas portadoras de doenças contagiosas e incuráveis, de deformidades, além de recém-nascidos com malformações, com a finalidade de promover o melhoramento da espécie humana, não se exigindo que o enfermo esteja próximo da morte. Já a eutanásia econômica consistiria na morte de anciãos e inválidos, doentes mentais e loucos irrecuperáveis, com o escopo de aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis, extintas de valor vital, e aliviar o sistema de saúde com gastos desnecessários (FELIX, 2006, p. 23).

Como ressaltou Deusdedith Sousa (1995, p. 152):

Tais modalidades revelam a torpeza e maldade de algumas pessoas. E, por incrível que possa parecer, ambas têm defensores extremados, como Binet-Sanglé, Carlos Richet, “o apóstolo do homicídio eugênico”, e Binding, homens de notável saber científico. Essa tríade famosa advogou, nos seus escritos, forrados de muita ciência, a matança das chamadas “vidas sem valor vital”. Delas utilizou-se Hitler, no seu “programa eutanásico”, de 1939, cuja execução coube a Karl Brandt que acabou sendo enforcado, por decisão do Tribunal Neuremberg.

Por certo, a eutanásia eugênica e econômica consistem, na verdade, em homicídios qualificados (art. 121, §2º, I, do Código Penal), cuja real finalidade se pretende acobertar-se com eufemismos, ao contrário da eutanásia libertadora, que pode causar a boa morte ao paciente, com o objetivo de aliviar a sua dor e o seu sofrimento.

Isso porque, atualmente, compreende-se a eutanásia como o emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, de forma diversa de seu curso natural, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que o afligem ou em razão de outro motivo de ordem ética (a exemplo do paciente comatoso). Existe, dessarte, um elemento essencial em sua configuração, qual seja, a intenção do agente envolvido, já que a morte deve se constituir a sua finalidade primária, movido pela piedade e compaixão humanitária (LEPARGNEUR, 1999, p. 03).

Apenas cabe referir-se à eutanásia, sob o risco de violentar, em caso contrário, o marco semântico da questão, quando os valores em conflito com o supremo, configurado pela vida humana, são, excludentemente, a dignidade e a liberdade desse mesmo ser. Por isso, tem-se notado a sinonímia entre eutanásia e o direito a morrer com dignidade (NIÑO, 2005, p. 85).

2.2.3. Eutanásia voluntária, involuntária e não-voluntária

Importante ressaltar que a eutanásia pode ser dividida, de acordo com o consentimento do paciente em voluntária, involuntária e não-voluntária.

A eutanásia voluntária, como o próprio nome deixa entrevê, ocorre quando há a vontade livre, informada e consciente do paciente sobre o processo de morte, o qual não consegue por fim à vida e solicita ao médico ou a alguém da família a ajuda para morrer. Em alguns países, essa vontade do doente, quando impossível de ser efetivada, pode ser substituída pela da família, como era a proposta inicial de mudança da legislação penal brasileira, admitindo-se, inclusive, a validade da presunção de vontade do paciente, desde que possa ser provada por outros meios.

Peter Singer (1998, p. 188) assevera que, nessa espécie, também se encontram as pessoas incapacitadas de manifestarem sua anuência no momento do padecimento da enfermidade, desde que efetivada em momento anterior, posicionando-se da seguinte forma:

Quando ainda tem boa saúde, uma pessoa pode pedir a eutanásia por escrito se, por acidente ou doença, tornar-se incapaz de tomar ou expressar a decisão de morrer, em decorrência de dor ou da privação de suas faculdades mentais, não havendo nenhuma esperança plausível de que venha a recuperar-se. Ao matar alguém que fez tal pedido, reafirmou-o diversas vezes e se encontra agora num dos estados que

descrevemos, uma pessoa pode perfeitamente alegar que agiu com o consentimento de quem foi morto.

Já a involuntária ocorre nos casos em que o paciente não deseja a eutanásia, sendo a sua intenção contrariada por sua família ou equipe médica. Condenável sob o ponto de vista moral e jurídico, assemelha-se à prática de homicídio.

Por outro lado, fala-se também em eutanásia não-voluntária (considerada em alguns países ora dentro do conceito da eutanásia voluntária, ora na involuntária), quando não há manifestação de vontade do paciente em relação à morte provocada, seja por encontrar-se em estado de inconsciência, seja por se tratar de incapacidade definitiva ou, ainda, por qualquer outro motivo.

Ensinam Débora Diniz e Sérgio Costa (2008, p. 13) que tal diferenciação ganhou força após publicação, em 1988, de um relato anônimo em um dos mais importantes periódicos médicos do mundo, "*Journal of American Medical Association*" (JAMA), intitulado "*It's over, Debbie*", creditado a um jovem médico residente lotado em uma enfermaria de oncologia, fato que levantou, ainda, inúmeras outras discussões bioéticas.²³

2.2.4. Eutanásia ativa, passiva e de duplo efeito

Quanto ao modo de execução (ao ato em si mesmo), a eutanásia pode ser classificada em ativa (direta e indireta), de duplo efeito e passiva.

Segundo Maria Helena Diniz (2007, p. 323), a eutanásia ativa ou por comissão, também denominada de benemortásia ou sanicídio:

não passa de um homicídio, em que, por piedade, há deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia, da

²³ Debbie era uma mulher de vinte anos de idade, internada em um centro de tratamento oncológico, em fase terminal de câncer de ovário. Durante uma crise de dor o médico residente foi acionado para vê-la. Era a primeira vez que os dois se encontravam. Sonolento e cambaleante – estes são os dois adjetivos que resumem o estado de espírito do residente na narrativa – o médico é recebido por uma mulher destruída pela dor. O único diálogo travado entre os dois resumiu-se a um suplício de Debbie que lhe dizia "doutor, acabe com isso". Bastou essa frase para que o médico injetasse uma dose excessiva de morfina em Debbie, o suficiente para provocar-lhe a morte imediata. O autor do relato, que assumiu para si a responsabilidade pelo ato, sabia que o medicamento mataria Debbie e justificou o feito em nome do direito de Debbie de deliberar sobre sua própria morte.

insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento, empregando-a, em regra, recursos farmacológicos, por ser prática indolor de supressão da vida.

A eutanásia ativa pressupõe uma intervenção direta que provoca a morte do paciente para lograr, desse modo, dar fim aos sofrimentos de sua agonia, que ocorre, por exemplo, quando se lhe ministra uma substância letal. Trata-se de matar outra pessoa com a finalidade de evitar que esta sofra de forma demasiada ou permaneça em condições de vida consideradas indignas, pressupondo ato direto e voluntário de por fim à vida.

Maria Helena Diniz (2007, p. 323-324) cita como exemplos os casos dos Drs. Hackenthal, médico alemão que aplicou uma dose de cianureto em uma enferma incurável de câncer de pele que, após treze operações, estava completamente desfigurada, e Harold Shipman, médico inglês que cumpre prisão perpétua desde 2000 por ter matado 15 senhoras idosas com injeções de heroína (um inquérito apurou que durante os 23 anos de medicina assassinou, na verdade, 215 pacientes seus, havendo forte suspeita de que matou mais 45).²⁴

Dentre as modalidades dessa espécie, podem ser citadas a eutanásia ativa direta – quando se tem por objetivo maior o encurtamento da vida mediante atos positivos – e eutanásia ativa indireta ou de duplo efeito – onde o tempo de vida pode ser reduzido indiretamente através de medicamentos ministrados para aliviar a dor.

Nesse diapasão, fala-se em eutanásia ativa indireta ou de duplo efeito, quando o objetivo principal das ações médicas encontra fundamento no alívio do sofrimento de um paciente, sendo a morte acelerada em razão dos métodos utilizados (efeito indesejado), fato que ocorre, por exemplo, no emprego de uma dose de benzodiazepínico para minimizar a ansiedade e a angústia, gerando,

²⁴ Podem ser elencados diversos casos dessa modalidade de eutanásia, como, por exemplo, o do fazendeiro canadense *Robert Latimer*, que foi condenado a dois anos de prisão em 1998 por causar a morte de sua filha Tracy, que sentia fortes dores devido a uma paralisia cerebral; o do francês *Vicent Humbert* que, em 24 de setembro de 2000, sofreu um acidente automobilístico, ficando tetraplégico, cego e surdo, vindo a falecer em 27 de setembro de 2003, mediante administração de alta dose de barbitúricos através da sonda gástrica, após fracassadas tentativas de se obter autorização para a eutanásia; o da francesa *Chantal Sébire* que sofria de um raro tumor incurável, estava com o rosto deformado e sentia fortes dores, suicidando-se em 2008, por não ter conseguido autorização para a eutanásia; além do italiano *Piergiorgio Welby*, que sofria de distrofia muscular, sendo alimentado por tubos, falecendo em dezembro do ano de 2006, mediante desligamento dos aparelhos, após sucessivas negativas para autorização da eutanásia (GOLDIM, 2009).

secundariamente, depressão respiratória e óbito. (SIQUEIRA BATISTA E SCHRAMM, 2004, p. 34).

Ao discorrer sobre a modalidade referida, Osmard Andrade Faria (*apud* FELIX, 2006, p. 26) denomina-a de agatanásia, já que possui o sentido de “morte consequente ao duplo efeito medicamentoso, administrado o fármaco com a intenção de propiciar alívio ao paciente, mas que acaba por lhe acarretar a morte, não buscada intencionalmente”.

A eutanásia passiva poderia ser definida como a omissão de um tratamento imprescindível ou de qualquer meio que contribua para a prolongação da vida do paciente. Também pode ser abarcado em seu conceito o abandono do tratamento já iniciado, cessando todas e quaisquer ações que tenham por fim prolongar a vida, tudo com a finalidade de evitar interferir em um processo causal de consequências letais. Nesse norte, encontra-se a posição de Laura Lecuona (1997, p. 99):

Es importante no asimilar la distinción entre eutanásia activa y eutanásia pasiva a la distinción entre acción y omisión, pues aunque pudiera encontrar-se algún parentesco entre ellas, no son exactamente equivalentes. Um médico que desconecta el respirador de um paciente, por ejemplo, ciertamente está realizando una acción: está haciendo algo, a saber, retirando un aparato y por lo tanto dando muerte al paciente cuya vida dependía del mismo. Sin embargo, esa acción normalmente se clasificaría como um acto de eutanásia pasiva, puesto que sin el respirador la muerte del paciente sobreviene naturalmente, sin major intervención por parte del médico. Aquí, el médico no da muerte activamente a um paciente, sino que pasivamente le deja morir.

Assim, apesar da divergência doutrinária²⁵, pode-se entender, nos termos da corrente majoritária, encontrar-se também enquadrada no conceito de eutanásia passiva a conduta equivalente ao desligamento dos aparelhos médicos que mantêm as funções vitais do paciente.

2.2.5. Eutanásia, ortotanásia, distanásia, suicídio assistido, tratamentos ordinários e extraordinários

A dificuldade da questão não reside apenas em delimitar o conceito de eutanásia, tampouco suas modalidades, sendo tarefa penosa distingui-la de termos

²⁵ Pessini e Barchifontaine (2000, p. 293) entendem que a eutanásia passiva ou negativa não consistiria numa ação médica, mas na omissão, ou seja, na não aplicação de uma terapia médica com a qual poderia se prolongar a vida da pessoa enferma.

que, à primeira vista, seriam semelhantes, mas que, geralmente, expressam um significado extremamente diferenciado, a exemplo da ortotanásia, distanásia, suicídio assistido, mistanásia, tratamentos ordinários e extraordinários.

A expressão *ortotanásia* tem origem etimológica grega, significando o morrer corretamente, de forma mais humana e digna. Também nominada de eutanásia passiva²⁶, antidistanásia, pareutanásia, configura a morte natural decorrente da não utilização ou da interrupção de tratamento terapêutico, cuja aplicação ou permanência seria inútil, em se tratando de quadro clínico irreversível.

Nessa ótica, a ortotanásia poderia ser entendida como o direito de morrer dignamente e, de modo paralelo, como a exigência ética de auxiliar a quem procura exercer esse direito.

No mesmo caminho, novamente o posicionamento de Maria Helena Diniz (2007, p. 330-331):

a eutanásia passiva, ou ortotanásia, é a eutanásia por omissão, consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares.

E continua:

a ortotanásia é o ato de deixar morrer em seu tempo certo, sem abreviação ou prolongamento desproporcionado, mediante a suspensão de uma medida vital ou de desligamento de máquinas sofisticadas, que substituem e controlam órgãos que entram em disfuncionamento. Caso típico foi o ocorrido nos Estados Unidos, quando a mulher do Dr. Messinger, dermatologista de Michigan, deu à luz, após 25 semanas de gestação, um menino de 750g sem malformação grave evidente, e o neonatologista do hospital, devido à prematuridade extrema, colocou-o em um ventilador e submeteu-o a uma avaliação prognóstica, por ter calculado que teria 30 a 50% de possibilidade de sobrevivência. Uma hora após o parto, o Dr. Messinger desligou o ventilador e foi acusado de assassinato, porque não aguardou os resultados dos exames do sangue colhido do cordão

²⁶ Importante esclarecer que, em virtude da posição de não interferência médica, surge nova confusão conceitual, já parte da doutrina diferencia a ortotanásia da eutanásia passiva, consistindo a primeira na suspensão ou omissão de medidas que perderam sua indicação médica, por se tornarem inúteis para o paciente, muito embora possam ser adotadas medidas paliativas para aliviar o sofrimento da pessoa em vias de falecer, enquanto que a segunda ocorreria na hipótese de suspensão ou omissão deliberadas de medidas que seriam ainda indicadas no caso específico, o que conduziria ao óbito do paciente (CÁS, 2008, p. 04).

umbilical, que indicou hipóxia gravíssima, o que impossibilitaria a sobrevivência do recém-nascido.²⁷

A Lei Estadual paulista n.º 10.241/99, no art. 2º, XXIII e XXIV, prescreve serem direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida e optar pelo local da morte. Interessante que esse diploma legal, sancionado pelo ex-governador Mário Covas, foi, segundo se noticia, utilizado por ele quando de sua morte.

Por outro lado, a Resolução do CFM n. 1805/2006²⁸, que permitia a ortotanásia, foi questionada pelo Ministério Público Federal, tendo a Justiça Federal, através de decisão do magistrado Roberto Luis Luchi Demo, proferida nos autos do processo sob n.º 2007.34.00.014809-3, determinado a sua suspensão em 23 de outubro de 2007, de onde pode se extrair a seguinte passagem:

Entretanto, analisada a questão superficialmente, como convém em sede de tutela de urgência, e sob a perspectiva do Direito, tenho para mim que a tese trazida pelo Conselho Federal de Farmácia nas suas informações preliminares, no sentido de que a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família, não elide a circunstância segundo a qual tal conduta parece caracterizar crime de homicídio no Brasil, nos termos do art. 121, do Código Penal. (...). Desse modo, a glosa da ortotanásia do mencionado tipo penal não pode ser feita mediante resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda que essa resolução venha de encontro aos anseios de parcela significativa da classe médica e até mesmo de outros setores da sociedade. Essa glosa há de ser feita, como foi feita em outros países, mediante lei aprovada pelo Parlamento, havendo inclusive

²⁷ Outros casos podem ser citados, como a da americana *Nancy Cruzan* que, em 11 de janeiro de 1983, após acidente automobilístico, ficou em estado de inconsciência e sem possibilidade de vida de relação, tendo o Tribunal do Estado do Missouri, em junho de 1990, determinado a retirada dos procedimentos de nutrição e hidratação assistida. Além disso, outro caso de grande repercussão ocorreu em relação à americana *Terri Schiavo* que, devido a uma parada cardíaca em 1990, ficou em estado vegetativo, vindo a falecer, após a retirada da sonda que a alimentava e hidratava, em 31 de março de 2005, após longa disputa familiar, judicial e política (GOLDIM, 2009).

²⁸ Art. 1º. É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. Parágrafo 1º. O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou ao seu representante as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. Parágrafo 2º. A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário. Parágrafo 3º. É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2º. O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito de alta hospitalar.

projeto-de-lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional. (...). Do exposto, **DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA** para suspender os efeitos da Resolução CFM nº 1.805/2006. (Grifos no original).

Superadas essas questões, importante registrar que os defensores da ortotanásia afirmam que tal prática apenas reconhece o momento natural da morte de um indivíduo, sem que se promova ou acelere esse processo, situação que, repita-se, distingue daqueles pacientes que já se encontram com morte encefálica, vez que, nessa hipótese, permite a Lei n.º 9.434/97 a retirada dos órgãos para fins de transplantes.

Dessa forma, muito embora haja discussões no âmbito da medicina, no plano jurídico já se encontra identificado o limite para a tutela do direito à vida.

Ademais, segundo aduzem os seus defensores, todo tratamento médico deveria ser analisado sob a ótica do benefício potencial do paciente, evitando-se que o esforço da medicina possa se voltar contra aqueles a quem pretende proteger.

A ortotanásia permitiria ao doente que já entrou na fase final de sua doença, e àqueles que o cerca, enfrentar seu destino com certa tranquilidade porque, nessa perspectiva, a morte, não é uma doença a curar, mas algo que faz parte da vida. Uma vez aceito esse fato, que a cultura ocidental tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre curar e cuidar, entre manter a vida, quando for o procedimento correto, e permitir que a pessoa morra, quando sua hora chegou (MARTIN *apud* FELIX, 2006, p. 36).

Assim, quando há o empenho em estender a vida além das possibilidades fisiológicas e do desejo dos pacientes, surge o que se chama de escarniçamento terapêutico, obstinação terapêutica, futilidade médica ou distanásia, questão oposta à eutanásia e consequência necessária do não emprego da ortotanásia.

Chama-se, portanto, de distanásia²⁹ o prolongamento artificial do processo de morte, com sofrimento do doente, mesmo que os conhecimentos médicos, no momento, não prevejam qualquer possibilidade de cura ou melhora.

²⁹ Tal expressão foi utilizada inicialmente por Morcache, em 1904, no seu livro *Naissance et mort*, “significando uma agonia prolongada que origina uma morte com sofrimento físico ou psíquico do indivíduo lúcido. O vocábulo é frequentemente utilizado também no intuito de designar a forma de prolongar a vida de modo artificial, sem perspectiva de cura ou melhora” (Pessini, 2001, *apud* SIQUEIRA BATISTA; SCHRAMM, 2004, p. 32).

Para esclarecimento da matéria, ensina Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 25):

Em franca oposição ao conceito de eutanásia, a distanásia (do grego *dis*, afastamento, e *thánatos*, morte) consiste no emprego de recursos médicos com o objetivo de prolongar ao máximo possível a vida humana. [...] o ato de prostrar o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil.

A distanásia consiste em prolongar a vida vegetativa de um indivíduo, lançando mão, para isso, dos meios extraordinários de reanimação com que hoje conta a ciência médica. Pode-se defini-la como o conjunto de cuidados médicos que se administram a um enfermo desesperançoso e em fase terminal, com o fim de retardar o máximo possível uma morte iminente ou inevitável.

As derivações morais e jurídicas dessa nova situação não são de fácil compreensão e, dado seu paralelismo com a eutanásia, será conveniente dedicar-lhe atenção especial nesta pesquisa.

Com efeito, ordinariamente se fala da vida como bem e objeto de proteção jurídica. É hora, todavia, de se questionar se não é esta uma alusão formalista à vida, entendida como quantidade de tempo, com total desprezo de sua qualidade.

Nesse norte, uma das possíveis questões levantadas pela ética com o avanço da medicina e das técnicas de manutenção da vida está na discussão sobre o prolongamento ao máximo da existência humana sob qualquer forma, mesmo quando inevitável a morte iminente e à custa de extremo sofrimento por parte do paciente. É que podem ocorrer situações onde os tratamentos médicos se tornem atentatórios à dignidade da pessoa humana, estando o paciente em risco constante de sofrer medidas desproporcionais.

Nesses casos, há fortes defensores da não-intervenção, desde que respeitada a vontade do paciente, não podendo tal prática ser considerada criminosa, mas simples reconhecimento da morte como fato inevitável, decorrente da própria condição humana.

Afirma Maria Helena Diniz (2007, p. 346):

Como todo ser humano é mortal, deve-se aceitar, naturalmente, o declínio e a morte como parte da condição humana, pois não se pode, indefinidamente, evitar o óbito, por ser um mal que fatalmente ocorrerá,

havendo moléstia invencível. É preciso dar ênfase ao paradigma de cuidar e não de curar, procurando aliviar o sofrimento. Não há como evitar a morte; ela sempre existiu e existirá; a vulnerabilidade humana torna-a inevitável, por maior que seja o avanço da tecnologia médica. (...). É preciso convencer-se de que, além do não matar e do não adiar simplesmente a morte, está o desafio de aprender a amar o paciente terminal. (...). Parece-nos que o princípio da sacralidade e o da qualidade da vida não se opõem, mas se completam. Uma exagerada preservação da vida pode ser conducente ao desrespeito de determinados doentes em estado terminal. Isso é assim porque a moléstia destrói a integridade do corpo, e a dor, a integridade global da pessoa. Por isso, a medicina deveria, ao cuidar dos que estão no processo de morrer, aliviar seu sofrimento físico-psíquico.

Para enriquecimento ilustrativo, pode-se citar o processo de morte do então eleito Presidente da República Federativa do Brasil, Tancredo Neves, em 1985, que perdurou por 36 dias, mediante a utilização de todos os recursos disponíveis para manutenção da vida.

Outro caso bastante comentado se deu quanto da publicação no *Washington Post*, em maio de 1991, por Dr. *Jonh Hansen*, de uma história nominada de Escolhendo morte ou Mamba em UTI. Nela, três missionários foram aprisionados por uma tribo de canibais, cujo chefe lhes ofereceu escolherem entre morte ou mamba – mamba é uma serpente africana peçonhenta, cuja picada inflige grande sofrimento antes da morte certa ou quase certa. Dois deles, sem saber do que se tratava, escolheram mamba e aprenderam da maneira mais cruel que mamba significava uma longa e torturante agonia, para só então morrer. Diante disso o terceiro missionário rogou pela morte logo, ao que o chefe respondeu-lhe: “morte você terá, mas primeiro um pouquinho de mamba”³⁰ (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2000, p. 264).

Consoante já ressaltado a questão é bastante complexa, até porque não há precisão nos conceitos de *obstinação terapêutica*, *meios ordinários* (caracterizados por serem disponíveis para grande número de casos, sendo habitualmente utilizados e de aplicação temporária) e *extraordinários* (restritos a alguns casos, custosos e de alta tecnologia, possuindo aplicação permanente e caráter agressivo), *proporcionais* (intervenções onde os custos e os desgastes produzidos são adequados aos resultados esperados para o bem do enfermo) e *desproporcionais* (meios que parecem exagerados se comparados aos resultados previsíveis).

³⁰ Também é importante lembrar o longo processo por qual vem passando o atual vice-Presidente da República Federativa do Brasil, José Alencar, em tratamento de câncer há, aproximadamente, 14 anos.

Segundo ensinam Débora Diniz e Sérgio Costa (2004, p. 13), quando se trata de omissão deliberada de meios terapêuticos ordinários e úteis, inexistem dúvidas de configurar-se eutanásia criminosa, vez que se produz uma morte evitável, em princípio, ao eliminarem-se procedimentos que eram, por si, aptos para manter a vida.

Caso diverso, porém, seria a não utilização de meios extraordinários, cuja omissão terapêutica não teria eficácia, como, por exemplo, na hipótese de um paciente em fase terminal que opta pela não utilização de nenhum meio desproporcionado para alargar sua vida, devendo o médico aceitar sua escolha (equivalente à ortotanásia).³¹

O problema, segundo os mesmos autores (2004, p. 13), é que:

a diferenciação entre tratamentos ordinários e extraordinários é contextual, vez que, a princípio, todos os tratamentos são, em alguma medida, extraordinários, considerando-se a saúde como referencial. Desde uma virose simples até casos infecciosos graves, se não houver um tratamento médico adequado, provavelmente, o “ciclo natural” será o de enfraquecimento da saúde do paciente ou até de condução do mesmo à morte. O que se contrargumenta, no entanto, é que o conceito de extraordinário refere-se aos “tratamentos inúteis” ou “fúteis”, posto que não implicariam em uma mudança do quadro clínico do paciente, mas apenas em um prolongamento da doença e da vida biológica.

Por tais razões, alguns doutrinadores preferem tratar de meios proporcionais ou desproporcionais, utilizando como norte a dignidade da pessoa humana. Roberto Andorno (1998, p. 153-154) justifica referida tendência:

En medicina, ordinario es sinónimo de habitual o rutinario. En ética, en cambio, un tratamiento es ordinario cuando no implica una carga especialmente gravosa para el paciente, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares. Así, por ejemplo, para alguien que sufre una insuficiencia renal, la hemodiálisis será normalmente un medio ordinario, desde el punto de vista médico e ético. Pero si la insuficiencia es definitiva y el paciente de edad muy avanzada, tal tratamiento puede convertirse en un medio extraordinario. Igualmente, el costo excesivo del tratamiento puede también constituir una circunstancia que lo convierta en extraordinario. Por otra parte, para que un tratamiento sea

³¹ Podem ser considerados como procedimentos ordinários aqueles mais comumente utilizados, como a analgesia, a hidratação, e a nutrição artificial. Medidas extraordinárias, normalmente, são aquelas de alto custo e procedimentos penosos, como a ventilação mecânica, a radioterapia e a diálise renal. Classificar uma terapêutica em ordinária ou extraordinária não é simples, pois um mesmo procedimento pode configurar um ou outro conceito. O julgamento deve estar relacionado com o estado do paciente e não com as condições da disponibilidade médico-hospitalar.

considerado ordinario, es necesario que ofrezca una expectativa razonable o proporcionada de mejoramiento de la salud. Esto explica que, desde hace ya algunos años, existia la tendencia a hablar de medios proporcionados y desproporcionados, en lugar de ordinarios e extraordinarios.

Assim, e apresentadas as características particulares de cada um dos processos de morte, vem-se admitindo que, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, o médico deva agir para amenizá-las, mesmo que a consequência possa ser, indiretamente, a morte do paciente, sendo dominante o entendimento quanto à licitude da ortotanásia, existindo, todavia, algumas objeções, vez que, diante do intenso desenvolvimento do conhecimento médico, a determinação da irreversibilidade de um quadro de saúde pode ser falha.

A esse respeito, Genival Veloso de França (1996, p. 423), médico legista, cita como exemplo o caso – ocorrido na Idade Média – de um médico que, vendo a filha de cinco anos acometida de difteria, sofrendo dores atrozes e já tendo ele percorrido as maiores autoridades médicas sem nenhum resultado, ministrou-lhe uma substância (ópio) que a matou durante o sono. No dia seguinte, esse médico recebeu um telegrama de outro médico amigo comunicando-lhe que *Roux* descobrira naquela manhã uma vacina contra a difteria.

Por outro lado, há quem tenha, com o escopo de garantir o direito a uma morte digna, defendido o suicídio assistido, hipótese em que o óbito advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou por médico.

Segundo Diaulas da Costa Ribeiro (*apud* SÁ, 2001, p. 69):

Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Desta ação ou omissão surge, diretamente, a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro.

O suicídio assistido ocorre quando uma pessoa, que não consegue concretizar sozinha sua intenção de morrer, solicita o auxílio de outro indivíduo. Em outras palavras, é quando alguém lhe facilita a substância, mas o próprio paciente a aplica. A assistência ao suicídio de outra pessoa pode ser feita por atos (prescrição de doses altas de medicação e indicação de uso) ou, de forma mais passiva, através

de indução (inspirar o surgimento de uma nova ideia) ou instigamento (reforço de ideia preexistente)³².

No Brasil, o induzimento, a instigação (espécies de participação moral) e o auxílio (participação material) a suicídio³³ de pessoa que não se encontra em estado terminal e com fortes dores se caracteriza, em tese, como delito de auxílio a suicídio, previsto no art. 122 do Código Penal, sendo irrelevante o consentimento do ofendido.

Fala-se, ainda, em eutanásia social, também denominada de mistanásia, onde a morte não é tratada como opção da pessoa, mas da sociedade, em razão da ausência e/ou recusa quanto ao investimento de recursos econômicos em casos de custos elevados no tratamento de pacientes com enfermidade prolongada, os quais ficariam reservados aos doentes em condições de retornar à vida produtiva, numa análise típica do binômio custo x benefício (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2000, p. 294).

Referida prática ainda pode derivar de motivos sociais ou científicos, como, por exemplo, pacientes não atendidos em razão de preconceito de raça/opção sexual ou utilizados em pesquisas científicas sem o seu assentimento, como também nas hipóteses de erro ou má prática médica.

Para melhor esclarecimento, traz-se o ensinamento de Leonard M. Martin (1998, p. 171-172, *apud* SÁ, 2001, p. 69):

Nada tem de boa, suave ou indolor. Dentro da categoria de mistanásia pode-se focalizar em três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes, para, em seguida, se tornar vítimas de

³² Como exemplos bastante citados na doutrina têm-se o caso Dr. *Jack Kevorkian*, conhecido por *Doutor Morte*, que inventou um aparelho para ajudar diversos pacientes a se suicidarem, dentre eles, uma senhora chamada *Janet Atkins*, com quem nunca teve contato antes da realização dos procedimentos, e outro paciente conhecido por *Thomas Youk*, cujo vídeo foi mundialmente divulgado, sendo condenado em 1999 a uma pena de 10 a 25 anos, e solto, mediante liberdade condicional, em junho de 2007, após cumprir oito anos da reprimenda; o caso Diane/Quill, onde o Dr. *Tinothy Quill* auxiliou na prática do suicídio da paciente Diane, fornecendo os barbitúricos utilizados; e, ainda, o caso do espanhol *Ramón Sampedro* que, após permanecer tetraplégico por 29 anos e ter negada a autorização para a prática da eutanásia ativa voluntária, planejou sua morte, sendo auxiliado por amigos, mediante ingestão de cianureto – a repercussão mundial desse caso levou à divulgação do filme espanhol *Mar Adentro* (GOLDIM, 2009).

³³ Nada impede que o auxílio a suicídio dê-se sob a forma omissiva, desde que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado, consubstanciando um delito comissivo por omissão. Essa matéria será mais bem detalhada ao longo desta pesquisa.

erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana.

Para finalizar o cenário, importante explicitar a figura do homicídio piedoso ou misericordioso, podendo-se enquadrar como a conduta do agente que, impelido por piedade e compaixão, a pedido da *vítima* ou em seu benefício, causa-lhe a morte. Tal situação pode ser emoldurada na própria redação prevista no §1º do art. 121 do Código Penal pátrio (homicídio privilegiado).

Efetivadas as distinções essenciais entre a eutanásia e os institutos dela derivados, bem como após breve esboço histórico, pode-se voltar o estudo para a análise dos principais argumentos utilizados na discussão da matéria, favoráveis e contrários a essa prática.

2.3. Aspectos morais – Principais argumentos utilizados na discussão da eutanásia

Na realidade, as discussões que abrangem o tema da eutanásia são profundas, envolvendo conceitos legais, sociais, éticos, religiosos e mesmo políticos, inclusive de âmbito subjetivo, o que dificulta o entendimento e harmonização entre as diversas posições. Assim, torna-se imprescindível, no atual estágio da sociedade, a análise dos argumentos, favoráveis e contrários, a essa prática, em seus diversos aspectos.

2.3.1. Argumentos favoráveis à eutanásia

Em primeiro lugar, um dos fundamentos mais utilizados pelos defensores da eutanásia consiste no respeito à autonomia ou autodeterminação do ser humano, como um direito decorrente dos direitos de liberdades.

O respeito à autonomia do paciente significa possibilitá-lo para decidir, não apenas acerca da melhor terapia, mas, principalmente, sobre a sua vida e o momento da sua morte, até porque se a prática do suicídio é permitida, nada justificaria a ausência de observância de sua vontade. Assim, sob esse enfoque, a

eutanásia não defenderia a morte, mas apenas a escolha por parte de quem a concebe como melhor opção ou a única.³⁴

Em um segundo aspecto, entende-se que o direito à vida deve ser considerado como uma obrigação do Estado, mas não uma imposição, sendo a questão da dignidade fator obrigatório para a manutenção da vida humana, até porque não existiria dignidade sem respeito à autonomia.

A recusa em se submeter a manobras tecnológicas que apenas prolongam a agonia também respeita a liberdade do enfermo, solidarizando-se com o seu sofrimento, no sentido de garantir um direito de viver uma morte de feição humana. Além disso, torna-se necessário assegurar o máximo de qualidade de vida que, para alguns pacientes, não pode ser transmudada em um demorado processo de morrer.

Nessa seara, devem ser registradas as observações de Junges (1999, p. 183, *apud* FELIX, 2006, p. 78):

Diante das situações distanásicas, deve-se afirmar que não é necessário fazer, sempre e todas as circunstâncias, o máximo para conservar a vida de alguém, pois a existência meramente biológica não significa necessariamente vida humana, não é preciso usar meios desproporcionais para prolongar a vida de quem já não tem esperança de recuperação; existem situações em que a melhor atitude ética é deixar o paciente morrer, sem intervir para prolongar a vida. Portanto, é eticamente permitido ao profissional desligar, com o consentimento dos familiares, os aparelhos que conservam a vida biológica de quem já tem morte cerebral comprovada ou ao paciente negar-se a ser submetido a procedimentos médicos desproporcionados aos resultados esperados em situações de doença terminal. A obstinação terapêutica é um desvirtuamento da atitude médica, pois reduz a vida à sua dimensão biológica e tem dificuldade de aceitar a inevitabilidade da morte... A distanásia é um desrespeito à dignidade da pessoa humana, porque instrumentaliza o ser humano a serviço de uma ideologia médica.

Em outro quadrante, o prolongamento imposto da dor e do sofrimento do enfermo, sem que haja qualquer previsão de melhora, deve ser equiparada à prática de tortura, vedada pelas normas constitucionais e legais, já que o sofrimento é desmoralizante, degradando a posição humana.

O respeito à dignidade da pessoa humana, assim, deveria ser alçado à condição de núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive com superioridade em relação ao direito à vida.³⁵

³⁴ O princípio da autonomia será mais bem abordado no próximo capítulo desta pesquisa.

³⁵ A matéria também será mais bem trabalhada ao longo desta dissertação.

Por outro lado, a legalização da eutanásia evitaria uma prática corrente nos diversos centros hospitalares, sem que exista qualquer risco de extensão a pacientes que não se enquadrarem nas hipóteses permissivas dessa prática.

Adicionam-se os importantes problemas de saúde pública, como a superlotação de leitos nos hospitais e os elevados gastos, muitas vezes públicos, com remédios e tratamentos inúteis, sobretudo nos casos de reversibilidade mínima ou nula.

Outras questões problemáticas são decorrentes do progressivo envelhecimento da população³⁶, com o aumento da expectativa de vida, permitindo que um maior contingente de pessoas atinja a senilidade, tornando-se mais suscetíveis às moléstias crônicas e degenerativas (SIQUEIRA BATISTA; SCHRAMM, 2004, p. 32).

Já, sob o enfoque fundamentalista religioso, a alegação de que a vida seria considerada propriedade de Deus, apenas administrada pelo homem, portanto, inviolável, seria uma contradição em seus próprios termos, vez que, ao longo dos séculos, o homem sempre interferiu na vida humana, prolongando-a, o que levou a sua dessacralização.

2.3.2. Argumentos contrários à eutanásia

Da mesma forma, existem variados fundamentos em favor da prática da eutanásia, os quais podem ser assim resumidos:

Em primeiro, exsurge a questão da indisponibilidade da vida. Entende-se que o dever do Estado em resguardar a vida é superior ao direito de liberdade da pessoa, pois aquela (vida), mais que um princípio fundamental previsto na

³⁶ Para se ter uma noção mais precisa sobre o tema, informam Débora Diniz e Sérgio Costa (2004, p 10): “Tome-se como exemplo a população estadunidense: se, em 1950, o número de pessoas que ali viviam com idade acima de 85 anos era de 585.000, este número saltou para 3.1 milhões em 1990, e, em breve, alcançará a cifra de 5.3 milhões. Para a grande maioria dos estudiosos sobre o assunto, independentemente do país onde se faça uma abordagem demográfica de grupos populacionais com idade superior a 85 anos, o número crescente de pessoas situadas acima desta faixa etária constitui, de fato, uma questão política e de saúde pública da maior importância. As razões para esse alargamento da expectativa de vida são múltiplas, desde a urbanização das cidades a melhoria das condições de trabalho, sendo os avanços biomédicos ocorridos a partir da metade do século passado apontados como decisivos. Em consequência, questões de ética aplicada já clássicas, como a eutanásia ou o direito de morrer, foram revigoradas”.

Constituição Federal ou na Declaração dos Direitos Humanos, é o fator de desenvolvimento pessoal, familiar e da própria sociedade.

Nesse norte, ensina Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 28-29):

Dentre os bens jurídicos de que o indivíduo é titular e para cuja proteção a ordem jurídica vai ao extremo de utilizar a própria repressão penal, a vida destaca-se como o mais valioso. A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que, mais que um direito, é condição básica de todo direito individual, porque sem ela não há personalidade, e sem esta não há que se cogitar de direito individual.

O respeito à vida humana é, nesse contexto, um imperativo constitucional que, para ser preservado com eficácia, recebe ainda a proteção penal. A sua extraordinária importância, como base de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, vai ao ponto de impedir que o próprio Estado possa suprimi-la, dispondo a Constituição Federal que “não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” (art. 5º, inciso XLVII, letra a).

Com efeito, embora seja um direito público subjetivo, que o próprio Estado deve respeitar, também é direito privado, inserindo-se entre os direitos constitutivos da personalidade. Contudo isso não significa que o indivíduo possa dispor livremente da vida. Não há um direito sobre a vida, ou seja, um direito de dispor, validamente, da própria vida. Em outros termos a vida é um bem indisponível, porque constitui elemento necessário de todos os demais direitos.

Assim, não haveria um direito de disponibilidade sobre a própria vida, até mesmo porque tal direito encontra sua significação no correlativo dever que se encontram os demais de não desrespeitá-la.

Essa posição encontra guarida também do ponto de vista religioso. Com efeito, sob tal ótica a eutanásia é tida como uma usurpação do direito à vida humana, diante de seu caráter sagrado. O ser humano não possuiria nenhum direito sobre a vida própria e alheia, por se tratar de um valor absoluto, apenas pertencente a Deus. Importante registrar que durante sermão proferido em 2005, o Papa Bento XVI afirmou seguir a linha de seu antecessor, em posição contrária ao aborto e à eutanásia³⁷.

Acerca dessas questões, observe-se a lição de Brito e Rijo (2000, p. 129-130, *apud* FELIX, 2006, p. 70):

³⁷ Sermão proferido na cerimônia em que assumiu o papado. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2005/05/050507_papamla.shtml> Acesso em: 02 jun. 2008.

Os que se manifestam contra a legalização da Eutanásia defendem que o direito de determinação individual do indivíduo não é absoluto: ele tem que ser contraposto aos direitos das outras pessoas e aos valores da sociedade. (...). Hoje, entende-se de forma unânime que a vida é um direito indisponível, pelo que a autodeterminação do paciente que quer que ponham termo ao seu sofrimento inútil, entra em conflito com o interesse público e os valores da sociedade que proíbem a morte directa, mesmo de doentes em estado terminal. O nascer e o morrer, com ou sem interferência do médico ocorrem no momento certo, pelo que a Eutanásia é uma violência contra a natureza. A vida do paciente não pertence ao médico, pelo que não lhe cabe a ele, ou a quem quer que seja abreviá-la. O homem não pode tirar a própria vida que é um bem supremo. Se a Eutanásia fosse legalizada haveria grandes discussões, ou mesmo revolta/confusões desencadeadas pelos diversos grupos/associações, bem como por parte das autoridades religiosas, que se mantêm irredutivelmente contra tal prática.

O consentimento, assim, não teria validade de sobrepor ao direito à vida, até mesmo considerando que a situação do enfermo, muitas vezes em estado de vulnerabilidade diante da dor e do sofrimento, o que pode mascarar a sua real vontade. Para tal corrente, a opção eutanásica torna-se ainda mais grave quando praticada em pacientes que não deram o seu real consentimento, já que atribuído a médicos ou familiares o poder de decidir sobre a vida e a morte.

Ademais, do ponto de vista legal, configurar-se-ia crime, em princípio, qualquer ato antinatural de extinção da vida. A antecipação da morte, rompendo o curso causal da vida, caracterizaria o delito de homicídio, merecendo pronta intervenção penal. Entende-se, também, que a legalização da eutanásia seria destrutiva para a sociedade, pois importaria, além das consequências imediatas, em perigo de aplicação extensiva a situações distintas das possivelmente previstas.³⁸

Asseveram os doutrinadores que a admissão de uma norma controversa em função de certa ação pretendida implicaria admitir, igualmente, a validade de um conjunto sucessivo de outras normas que permitem uma série de outras ações originalmente consideradas imorais ou não pretendidas.

Por exemplo, aceitar a eutanásia de pacientes terminais implicaria aceitar igualmente a eutanásia de doentes idosos; que por sua vez implicaria aceitar a eutanásia de inválidos e deficientes; esta, por sua vez, implicaria aceitar a eutanásia

³⁸ Segundo informações da Conferência Episcopal Espanhola realizada em 1995, na Holanda, antes da legalização da eutanásia, ocorreu a morte de 19.600 pessoas, causadas *sanitariamente* por ação ou omissão, sendo que apenas 5.700 tinham conhecimento do que estava acontecendo. No restante dos casos, os interessados não estavam cientes que terceiros tomavam por eles a decisão de não mais continuar vivendo. Disponível em <<http://www.acidigital.com/eutanasia/naoeutanasia.htm>> Acesso em: 26 ago. 2010.

de *peças indesejadas*, o que levaria a admitir a morte pura e simples de pessoas indesejadas e, sucessivamente, a morte de qualquer outro por motivos irrelevantes (AZEVEDO, 2002, *apud* FELIX, 2006, p. 75).

Em um terceiro nível, defendem que sob a perspectiva da ética médica, cumprindo o juramento de Hipócrates e a sua versão atualizada, oriunda do *Value of Life Committee* – Comitê do Valor da Vida, dos Estados Unidos da América, em 2005 –, cabe ao profissional assistir ao paciente e fornecer-lhe todo e qualquer meio necessário à sua subsistência não podendo dispor da vida, sendo que o progresso da medicina se materializa no enfrentamento à doença, ainda por meio da medicina paliativa. A assunção da eutanásia ocasionaria o enfraquecimento da relação médico-paciente.

Alguns de seus opositores também argumentam a possibilidade de erros de diagnóstico, bem como a divergência no conceito de incurabilidade de uma doença, notadamente diante dos avanços na área biomédica.

Noutro plano, alegam que o fator que leva à eutanásia não é a piedade ou compaixão, mas o propósito egoístico de poupar-se ao drama da dor alheia, bem como os encargos econômicos e pessoais que representa, o que ampliaria o *controle de qualidade* em relação a enfermos que não mais trazem benefícios à sociedade, possibilitando doações de órgãos retirados de pessoas que poderiam continuar vivendo e, por vezes, instigando o ilícito comércio de órgãos, além de poder servir como instrumento para apressar o recebimento de heranças.

Assim, a aceitação da eutanásia contrariaria frontalmente a dignidade humana, pois implicaria em reconhecer que o enfermo carece de valor intrínseco, ou seja, não teria valor apenas pelo fato de ser pessoa, mas enquanto possuir determinadas qualidades que a sociedade considera necessárias para continuar vivendo.

3. DA BIOÉTICA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os grandes avanços na ciência e na biotecnologia têm superado os mecanismos de controle ético, legal e jurídico, evidenciando a necessidade de se estudar a matéria sob uma perspectiva diferente. A bioética vem regular justamente os progressos científicos e tecnológicos para que não se voltem contra o homem, servindo como marco referencial para a compreensão e possível solução desses novos dilemas³⁹.

Por outro lado, a biojurídica (consistente na aplicação do direito aos novos dilemas trazidos com a bioética) tem por objeto o fundamento e pertinência das normas jurídicas positivas, para adequá-las aos valores da bioética, estudando o conteúdo moral e ético das leis.

Torna-se, assim, inarredável a intervenção do direito no campo das biotecnologias e biomédicas, considerando a gama de valores a merecer tutela jurídica, capaz de equilibrar, de um lado, as descobertas científicas e, de outro, o emprego de tais descobertas pelas biomedicinas, sem violar direitos, muitos dos quais já protegidos, a exemplo dos direitos da personalidade.

O papel da bioética, assim, não é somente aprovar as condutas que já se estão realizando e as normas já existentes, senão promover novas formas de conduta em benefício das pessoas. A bioética e a biojurídica devem ser coerentes entre si, devem avançar e aplicar-se simultaneamente para garantir uma vida digna em todas as suas etapas, tanto no presente como para as futuras gerações (SAMPERIO; BARRACHINA, 2007, p. 53).

3.1. Dos princípios informadores da bioética

Da relação paternalista anterior, em que são os agentes sanitários e as instituições que representam o melhor para o paciente, passa-se a um modelo em que os pacientes (ou seus responsáveis legais) são fundamentais para que o

³⁹ Esses dilemas ocorrem no *início da vida* – etapa em que se debate acerca de seu princípio, reprodução assistida, investigação em embriões, aborto, genoma e engenharia genética –, *durante a vida* – quando predomina a discussão sobre a relação médico-paciente, consentimento informado, transplante de órgãos e investigação em seres humanos –, e ao *final da vida* – quando o interesse se orienta à atenção de enfermos em fase terminal, eutanásia, suicídio assistido, escarniçamento terapêutico e ortotanásia.

processo de tomada de decisões diagnóstico-terapêuticas a respeito de seu caso seja eticamente aceitável. Dessarte, aos princípios tradicionais da ética médica – beneficência e não maleficência, outros foram acrescidos, a exemplo da autonomia (do enfermo) e da justiça (que deve ser exercida pela própria sociedade através de suas instituições de saúde).

Nesta seção, serão discutidos os princípios da justiça, beneficência (englobando o princípio da não-maleficência) e autonomia^{40 41}, buscando subsídios para uma reflexão mais aprofundada sobre o problema da eutanásia, sob o enfoque jurídico-penal.

3.1.1. Do princípio da justiça

De início, torna-se importante registrar acerca da controvérsia do conteúdo material do princípio da justiça, podendo ser adotado, até mesmo considerando a sua abrangência, o conceito utilizado por Daury César Fabríz (2003, p. 111):

O princípio da Justiça, no campo da Bioética, indica a obrigação de se garantir uma distribuição justa, equitativa, e universal dos bens e serviços (benefícios) da saúde. Liga-se ao contexto da cidadania, implicando uma atitude positiva no Estado no que se refere ao direito à saúde.

Como se percebe, nesse princípio a bioética resume a perspectiva da justiça distributiva, mediante repartição equitativa e universal dos encargos e benefícios dos serviços de saúde.

⁴⁰ O estudo desses princípios será pautado sob o enfoque principialista. Tal modelo foi iniciado com o relatório Belmont (1978), que instituiu os princípios da autonomia, beneficência e justiça, e implementado por Beauchamp e Childress na obra *Princípios de ética biomédica*, o qual acrescentou o princípio da não-maleficência, considerados como obrigações *prima-facie*, ou seja, como guias de ação normativa que estabelecem as condições de permissibilidade, obrigatoriedade, correção ou incorreção dos atos sob sua jurisdição. Em caso de conflito, deve-se ponderar, resguardando espaço para o compromisso, a mediação e a negociação. Assim, não há um princípio supremo nem hierarquicamente superior em relação aos outros. Prevalecerá o princípio que melhor resolver o conflito de cada caso em particular. (CAMPI, 2004, p. 62-64)

⁴¹ Registre-se que a teoria dos princípios é importante e necessária para o estudo da matéria, porém, insuficiente, pois, quando analisada a teoria principialista, verifica-se que a mesma possui forte fundamentação deontológica, e a bioética necessita mais que isso. Por essa razão, a autonomia e o direito dos pacientes vêm ganhando força no cenário mundial, devendo ter destaque frente ao paternalismo e comportamento autoritário ainda presente na medicina dos tempos modernos.

Na verdade, vários são os critérios propostos para a distribuição dos benefícios e riscos de um tratamento. O Relatório Belmont apresenta as seguintes propostas: que se dê a cada pessoa uma parte igual, a cada um de acordo com a sua necessidade, ou seu esforço individual ou sua contribuição à sociedade ou ainda de acordo com seu mérito. Beauchamp e Childress apresentam um princípio da justiça que trata da justa distribuição de recursos na sociedade, de acordo com as propriedades e circunstâncias particulares de cada pessoa (CAMPI, 2004, p. 67-68).

Dessa forma, já se pode perceber que a relação do princípio da justiça com a eutanásia. É justo manter vivo um paciente em estado terminal, cujo tratamento é altamente oneroso, quando os recursos poderiam atender a outras pessoas em condições clínicas? Caso adotado o critério da justiça formal, cada paciente teria direito ao mesmo montante de recursos. De outro modo, pelo critério da justiça material, os mais necessitados deveriam receber mais recursos. “Por esta razão, teoricamente, se poderia manter as pessoas em UTI’s, mesmo a um alto custo, sem que isso fosse um motivo para se pensar em eutanásia” (CAMPI, 2004, p. 68-69).

3.1.2. Dos princípios da beneficência e da não maleficência

Tem-se como princípio da beneficência, originado do latim *bonum facere* (fazer o bem), aquele que enuncia a obrigatoriedade do profissional da saúde em promover primeiramente o bem do paciente, baseando-se na regra da confiabilidade, ou seja, significa o dever de agir no interesse do enfermo.

Compreende, também, o dever ético de não fazer mal – vale dizer – a não maleficência. A obrigação está orientada no sentido de maximizar benefícios e minimizar danos e prejuízos.

Como ressalta Sandra Campi (2004, p. 64-65):

No principialismo, a beneficência equivale à obrigação moral de agir em benefício do outro, prevenindo danos e considerando os possíveis benefícios em relação aos custos e possíveis prejuízos de uma ação. Não há, nessa teoria, uma ruptura clara entre o não causar danos e o oferecer um benefício. Porém, enquanto que o princípio da não maleficência implica em abster-se de atitudes negativas no sentido de “não as fazer”, o princípio da beneficência requer atos positivos no sentido de promover o bem, agindo em benefício de alguém. Não basta abster-se de causar dano, o que é uma obrigação negativa (não

maleficência), mas é preciso promover o bem estar do outro, o que é uma obrigação positiva. Enquanto as regras da não maleficência são proibições negativas de ação que devem ser obedecidas imparcialmente e oferecem razões para estabelecer proibições legais a determinadas normas de conduta, as regras do princípio da beneficência apresentam demandas positivas de ação, que nem sempre devem ser obedecidas imparcialmente e, raras vezes, oferecem razões para sanção legal quando não são cumpridas. Uma ação beneficente inclui todo o tipo de ação que pretenda beneficiar outras pessoas. Refere-se a ações praticadas em benefício dos outros. Muitos atos de beneficência não são obrigatórios, porém um princípio de beneficência, segundo os autores, impõe uma obrigação de ajudar os outros a promover seus importantes e legítimos interesses.

Muito embora, como reconhecem Beauchamp e Childress, o comportamento beneficente tenha muito mais de ideal que obrigatório, aplicando-se tal conceito à questão da eutanásia (no sentido de boa morte), pode-se imaginar que, ao praticá-la, está-se buscando o bem do paciente, o alívio de seu sofrimento, o que autorizaria pensar, em algumas hipóteses, em sua permissibilidade. Também se poderia raciocinar nos casos em que o paciente estivesse impossibilitado de exercer sua autonomia, já que caberia ao médico e ao seu representante legal, sob a ótica do princípio da beneficência (ou da não maleficência), “tomar as decisões necessárias ao seu tratamento, buscando promover o maior bem possível” (CAMPI, 2004, p. 67).

3.1.3. Do princípio da autonomia

A autonomia poderia ser definida como a total liberdade dos indivíduos de tomarem, por si, decisões importantes para a definição de sua vida, até mesmo resolver sobre o seu próprio destino, independentemente da coerência da deliberação. Em outras palavras, seria a capacidade de deliberar e escolher livremente.

No campo da bioética, em decorrência das novas tecnologias no campo da medicina, sua aplicação ganhou força, passando para o enfermo as decisões sobre sua saúde, inclusive ao final da vida, em condições de vulnerabilidade física e existencial.

Como explicitou Xabier Ibarzabal (2004, p. 158):

Drought y Koenig em su magnífica revisión sobre decisiones al final de la vida, citan una idea de Kaplan que describe a la perfección lo que há sucedido em América em los últimos años: *vivimos em una cultura*

obsesionada con el poder de los individuos para tomar decisiones que controlen sus vidas. Esta obsesión está en parte absorbida por la ideología cultural y económica que mira a los hombres como más o menos solitariamente responsables de su posición en la vida respecto a su posición económica y social. ¿Si realmente el hombre puede controlar tantas áreas de la vida, por qué no la muerte también? Podría ser um buen desafío, máxime si la medicina tiente al hombre con un panorama alentador, desafiante, llenos de posibles resultados.

Referido princípio fortalece a necessidade de respeito à liberdade de escolha daquele que padece, ou seja, sua competência para decidir, de modo autônomo, aquilo que considera importante para viver sua vida, incluindo o processo de morrer, de acordo com os seus próprios interesses e valores, fornecendo sustentação a diversos argumentos bioéticos em defesa da eutanásia.

Segundo Leonardo Fabbro (1999, p. 11-12):

O princípio da autonomia é aquele segundo o qual o médico deve respeitar a vontade do paciente ou de seu representante legal, bem como os valores morais e crenças. Por conseguinte, esse princípio, que emerge da relação médico-paciente, é denominado princípio do respeito às pessoas, exigindo que aceitemos que elas se auto governem, de modo autônomo, quer de sua escolha, quer de seus atos. Ademais, o princípio da autonomia reconhece, até certo limite, o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade.

Ensina Clotet (2003, *apud* FELIX, 2006, p. 83) que o princípio em tela pode ser analisado sob dois ângulos distintos, quais sejam, sob o aspecto exclusivo do médico, referindo nesse caso à “autonomia do médico ou do profissional da saúde, ou entendido como o reconhecimento e a expressão da vontade do paciente ou dos seus representantes nas diversas etapas ou circunstâncias do tratamento médico”.

O princípio da autonomia se apresenta, assim, como um dos mais importantes da bioética, caracterizando-se, via de regra, como a liberdade conferida ao indivíduo de decidir, de forma consciente, sobre o melhor procedimento a ser adotado, após ser informado de todas as possíveis hipóteses de tratamento e dos riscos advindos, valorizando as suas opiniões e escolhas, desde que não sejam prejudiciais a terceiros.

Registre-se a amplitude desse princípio que abrange, de modo inclusivo, o direito da pessoa autônoma de não ser informada quando assim desejar, indicando quem deverá ser informado e apto para tomada das decisões.

Para Engelhardt (1998, *apud* CAMPI, 2004, p. 81-82):

O princípio do consentimento dá a devida fundamentação ao direito de ser deixado em paz, ao de privacidade, ao direito de recusar o toque e as intervenções de outras pessoas. Esse direito é central à própria noção de uma comunidade pacífica, unida pelo respeito mútuo à idéia de uso por outros apenas com sua permissão. Estabelece uma fronteira contra as intervenções de outros no sentido de que eles precisam mostrar sua autoridade para impedir as ações de outros agentes morais.

Para exercício dessa autonomia, a pessoa precisa ter a liberdade de pensamento, capacidade para decidir, ou seja, estar livre de coações externas e internas que lhe possibilite a eleição da melhor opção dentre as ofertadas. É bom ressaltar que existem indivíduos que possuem sua autonomia mitigada, seja transitória ou permanentemente, a exemplo das crianças, deficientes mentais, pessoas em estado de coma, entre outros.

Ainda quanto à questão da autonomia, importante salientar que a recusa, livre e consciente, do paciente em se submeter à terapia necessária a sua sobrevivência exonera o terapeuta de toda intervenção suplementar e o isenta de responsabilidade, em consequência da garantia constitucional da liberdade, autonomia e dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal.

Para tanto, faz-se necessário que o paciente tenha plena informação de seu estado de saúde e que não esteja em grave estado (nesse caso a atuação médica poderia ser fundamentada no princípio da beneficência, sob pena de omissão de socorro).

No entanto, a defesa da autonomia do paciente não pode afastar uma indagação feita por Maria Helena Diniz (2007, p. 357) quanto a possíveis defeitos na formação da declaração de vontade do paciente: “Poder-se-ia exaltar esse poder decisório do doente, ante o fato de que a autonomia de sua vontade pode ser uma arma contra ele mesmo, porque a decisão, em regra, vale conforme o seu grau de esclarecimento ou informação?”

No contexto da ética biomédica, para que a autonomia de uma pessoa seja respeitada, é preciso que a equipe médica dê condições para que ela exerça sua autonomia, tornando as informações sobre seu estado acessíveis, de forma verdadeira e esclarecedora.

Não se trata de tornar a informação simplória, mas de evitar o uso de termos excessivamente técnicos, substituindo-os por palavras que tenham sentido para o

paciente. A privacidade e informações confidenciais também devem ser protegidas pela equipe médica, para não constranger o paciente perante outras pessoas. Assim, torna-se imprescindível a preocupação com as circunstâncias em que se forma a vontade do paciente, surgindo o que se denomina de consentimento informado.

3.1.3.1. Do Consentimento Informado

O consentimento informado constitui-se em elemento essencial e um dos principais direitos dos pacientes, pressupondo que o enfermo ou a pessoa em situação de risco de doença, depois de receber e compreender uma informação suficiente acerca de seus problemas clínicos, de forma autônoma e livre, possa aceitar determinados diagnósticos/terapias sugeridos pelo profissional médico.

Para se poder tratar legitimamente de consentimento do paciente, importante analisar, como fator preliminar, a sua própria capacidade de consentir, segundo critérios legais, aliada à ausência de vulnerabilidade do sujeito, esta sob os enfoques psicológico e moral, já que a compreensão multidimensional do problema revela diversas condicionantes que podem limitar ou anular a autonomia do paciente no processo de obtenção do consentimento.

Nos termos da legislação civil brasileira, a capacidade civil completa é adquirida, via de regra, através de fator biológico, mediante o alcance da idade de 18 (dezoito) anos completos, podendo, em hipóteses excepcionais, ser atingida em período anterior, desde que satisfeito no mínimo um dos requisitos previstos no artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil.⁴²

Há necessidade, ainda, de a capacidade de consentir estar condicionada à ausência de vulnerabilidade moral e psicológica, que fica evidenciada pela

⁴² Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

inexistência de perturbações, doenças mentais ou outras causas que impliquem em interferência na capacidade de consentir da pessoa.

Essa situação é corroborada pela própria redação dos artigos 3º e 4º do Estatuto Civil, que estipula as hipóteses de incapacidade civil absoluta e relativa, denotando a ausência de capacidade de autodeterminação, razão pela qual a atuação de tais sujeitos demanda a intervenção de representantes e assistentes, respectivamente.

Assim prescreve a legislação civilista:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

É importante não confundir a capacidade de direito (personalidade) com a capacidade de fato (de exercício). A primeira é atributo de todo homem, exprimindo a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Já a capacidade de fato seria a faculdade de poder exercer pessoalmente os direitos de que se é titular, pressupondo a faculdade de consciência e a vontade. A ausência de qualquer dessas faculdades, ou de ambas, gera a incapacidade, que pode ser suprida pela representação (FELIX, 2006, p. 85).

Nessa problemática ainda deve ser adicionado outro fator de relevo, qual seja, a vulnerabilidade social, no sentido de que o respeito pela autonomia das pessoas traz como condição a necessidade de situá-las no conjunto social ao qual pertencem. Assim, devem ser observadas as condições sociais, o respeito às diferenças culturais e religiosas, o acesso às ações e serviços de saúde e educação, dentre outros.

Frente a essa vulnerabilidade, deve-se questionar se o sujeito é verdadeiramente livre para exercer sua opção autônoma. A bioética também tem particular preocupação com essa vulnerabilidade secundária e circunstancial devido aos riscos que correm as pessoas vulneráveis de serem prejudicadas pela exploração advinda de ações biomédicas realizadas por profissionais da saúde⁴³.

Quanto à informação ao paciente, há necessidade de uma explicação clara sobre os benefícios (para o sujeito ou para outros indivíduos), riscos (sejam leves ou de maior gravidade) e alternativas a serem consideradas para os procedimentos ou tratamentos, não descuidando da confidencialidade dos dados e documentos que identifiquem o sujeito. Esses requisitos, adicionados à compreensão adequada da informação e manifestação voluntária, legitimam o direito do paciente em consentir ou recusar propostas de caráter preventivo, diagnósticos ou terapêuticas que considere não condizentes com seus valores e/ou princípios.

Ao lado da figura do consentimento informado e esclarecido, aparece o testamento vital, também chamado de testamento biológico, testamento em vida, *living will*, *testament de vie* (possui valor legal nos Estados Unidos⁴⁴), que se constitui na declaração de vontade de uma pessoa sobre como ser tratada quando não puder mais manifestar a sua intenção, visando influir no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, de não tratamento (DINIZ, 2007, p. 355).

No Brasil não há regulamentação sobre o testamento vital, apesar de alguns doutrinadores admitirem a sua validade, diante da autonomia e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Maria Helena Diniz (2007, p. 355) também informa que, em 1991, foi aprovada uma lei nos Estados Unidos sobre a autodeterminação do paciente, *The Patient Self-Determination Act* – PSDA, ficando estabelecido que, no momento da

⁴³ Nesses termos, importante consignar o teor do artigo 8º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos: Art. 8º (Respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal) “Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa”.

⁴⁴ No ordenamento jurídico norte-americano, tal documento surgiu com o *Natural Death Act* – Ato da Morte Natural – na década de 70 na Califórnia. “Exige-se que o testamento vital seja assinado por pessoa maior e capaz, perante duas testemunhas independentes e que apenas tenha vigência depois de catorze dias da assinatura, com possibilidade de revogação a qualquer tempo”. Ademais, possui valor limitado no tempo, de aproximadamente cinco anos. O estado de fase terminal deve ser atestado por dois médicos (BORGES, 2001 *apud* FELIX, 2006, p. 87).

admissão, o hospital deve informá-lo sobre seu direito de aceitar ou recusar o tratamento. Com isso, visa-se garantir a autodeterminação do paciente e à participação nas decisões quanto à sua saúde e à sua vida, bem como para estimulá-los a exigir seus direitos, a formular suas objeções de consciência no que disser respeito à sua vida e a recomendar o uso de ordens antecipadas (*advance directives*) para o tratamento.

Nesses casos, como levanta Sandra Campi (2004, p. 74), uma das questões controversas é até que ponto seriam válidas as decisões depois que a pessoa se tornasse incompetente ou morresse (no caso de doações de órgãos)? E quando a vontade dos familiares, nos casos de doações de órgãos, por exemplo, é contrária à expressada pelo paciente, cuja morte cerebral foi diagnosticada?

Não há consenso nas posições adotadas pelos profissionais de saúde, que se dividem entre os que consideram que a primeira vontade expressa deva ser respeitada, mesmo que baseada numa autonomia precedente, e aqueles que consideram que, na alteração de opinião, caberia ao médico fazer uso de outros critérios para resolver a questão.

Assim, mais uma vez socorre-se aos ensinamentos de Sandra Campi (2004, p. 74):

Consideramos que a equipe médica, juntamente com os familiares ou o tutor, se houver, devem analisar se a mudança de opinião foi autônoma e em que condições de competência o paciente se encontrava quando mudou de opinião. As condições necessárias para uma ação ser considerada autônoma devem estar presentes nesta transição, ou então valerá a primeira vontade. Caso o paciente demonstre estar de posse de todas as informações disponíveis, e livre de interferências controladoras, sua mudança de opinião deve ser acatada.

Em síntese, e muito embora não haja qualquer prioridade dos princípios analisados, o consentimento informado, desde que legitimamente obtido, tornou-se um dos fatores de maior relevo nos dilemas bioéticos atuais, de observância imperiosa para o profissional da medicina.

3.2. Da dignidade da pessoa humana

De início, imperioso consignar que, juntamente com o conhecimento da acepção do vocábulo *eutanásia* e seus termos correlatos, o adequado debate da

matéria passa, essencialmente, pelo estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, ponto de convergência para qualquer discussão envolvendo a disciplina da bioética.

A Constituição Federal de 1988 proclama, em seu artigo 1º, III⁴⁵, a dignidade da pessoa como um dos fundamentos da República, atributo do ser humano, valor supremo, direito inalienável.

Mencionado princípio, ainda no plano normativo, já aparecia consignado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao se estipular que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidades e direitos”, sendo “dotadas de razão e consciência e devem agir umas às outras com espírito de fraternidade”.⁴⁶

Por seu turno, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos reconhece, em seu preâmbulo, a dignidade inerente a todos os membros da família humana, informando, em seguida, que os direitos iguais e inalienáveis do homem derivam dessa mesma dignidade.

Acerca da matéria, ensina José Afonso da Silva (1998, p. 178) não ser a dignidade da pessoa humana uma criação constitucional, mas um dos “conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica.”

Tratando-se também de princípio constitucional, ocupa posição de superioridade nos horizontes do sistema jurídico, apresentando uma dupla concepção, sendo um direito individual protetivo em relação ao Estado e aos demais cidadãos, como também um dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

E mais. Tamanha a força da dignidade da pessoa humana, que se entende, no atual sistema constitucional, ser ela cláusula geral da qual se irradiam todos os demais direitos fundamentais, sejam previstos no artigo 5º da Carta Magna, tais como o direito a liberdade, igualdade e, inclusive, o direito à vida, sejam capitulados

⁴⁵ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana; (...).

⁴⁶ No mesmo sentido, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – 1969): Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

em outros dispositivos, a exemplo dos artigos 270, 193 ou 250, todos do mesmo diploma legal.

Apesar de se tratar de expressão com diferentes significados, é pacífico o entendimento que o seu núcleo encontra-se umbilicalmente ligado à noção de respeito às pessoas, sendo considerado valor intrínseco da personalidade, manifestando-se na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, juntamente com a pretensão de respeito por parte das demais pessoas.

Nesse norte, Dworkin (2003 *apud* FELIX, 2006, p. 94-95) assevera “que o direito a tratamento digno não nasce na capacidade do indivíduo de compreender um tratamento digno como tal”. E não morre com o desaparecimento dessa compreensão. Dignidade seria a importância intrínseca da vida humana.

Constitui-se, assim, em um mínimo invulnerável a ser assegurado, de forma que qualquer limitação ao exercício de direitos fundamentais não pode deixar de observar a necessária estima que merecem as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 1997, p. 60).

Percebe-se, dessa forma, que o princípio encontra-se vinculado a cada indivíduo pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, raça, saúde mental, crença religiosa, convicção filosófica ou política, em respeito às características próprias da pessoa humana.

Tão vastas são as vertentes desse pilar essencial do ordenamento jurídico, tão elevada a densidade axiológica da dignidade da pessoa humana, que parece não ser possível delimitar, com precisão, seu correto alcance e definição. Todavia, “não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano (...), ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações de dignidade” (SARLET, 2007, p. 364).

Nesse contexto, pode-se encaminhar pelas lições de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 116), no sentido de que da dignidade da pessoa humana decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais, quais sejam, os da igualdade (significando a vedação de qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), da liberdade (asseguradora da autonomia ética e, portanto, da capacidade de liberdade pessoal), da integridade física e moral (relacionado com a ideia de garantir um conjunto de prestações materiais que asseguram a vida com dignidade) e da solidariedade (relativa à garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações).

A dignidade da pessoa humana se relaciona, assim, com a possibilidade de a pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade conforme sua própria consciência, desde que não viole direitos alheios, trazendo, como uma de suas vertentes, a autonomia do indivíduo, a liberdade e o poder de autodeterminação.

A grande questão é saber se essa autonomia, parte intrínseca do ser humano, perdura por toda a vida, inclusive no momento da morte ou do próprio processo de morrer, já que, como ser social, pode atuar de acordo com a sua liberdade racional e responsável (COAN, *apud* SANTOS, 1998, p. 255).

Seria a dignidade da pessoa humana um princípio absoluto?

Deve-se, ainda, questionar se, em hipóteses onde o tratamento médico de um paciente incurável tornou-se um fim em si mesmo, deixando o ser humano e sua própria vontade em segundo plano, estar-se-ia praticando um ato atentatório à dignidade da pessoa humana? Mesmo sendo a vida o principal direito do ser humano, deve ser mantida a qualquer custo?

Em síntese, localizados os novos bens reconhecidos pela normativa internacional e pelas Constituições dos Estados sociais e democráticos, como se harmonizariam esses direitos e garantias de sede constitucional com a intangibilidade do bem jurídico *vida* nas situações e conflito?

3.2.1. Da necessidade de harmonização do bem *vida* com o princípio da dignidade da pessoa humana

Em princípio, vale recordar que a Constituição pátria não apenas protege a vida com um direito (art. 5º, *caput*), senão que a incorpora como um valor do ordenamento, que implica em competências de intervenção e, inclusive, deveres para o Estado e os particulares.

Por seu turno, o artigo 227 da Carta Política instituiu, como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida.

Igualmente, no artigo 230 estipula o dever da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, garantindo-lhe a defesa de sua dignidade e o direito à vida.

Aludidas normas demonstram que a Carta Magna não é neutra frente ao valor vida, adotando uma opção política que comporta efetivamente o dever do

Estado de protegê-la. Todavia, o Estado não pode pretender cumprir essa obrigação desconhecendo a autonomia e dignidade das próprias pessoas.

Com efeito, a Lei Maior (art. 1º, III; 226, §7º; 227 e 230) também estabelece que o compromisso do Estado encontra-se fundado no respeito à dignidade da pessoa humana, o que significa que, como valor supremo, a dignidade irradia o conjunto de direitos fundamentais reconhecidos, localizando-se no centro de toda valoração.

Respeitar a dignidade do indivíduo importa abster-se de qualquer medida, promulgar normas, emitir juízos, impor condições à atividade humana que impliquem, de qualquer forma, em algum atentado, desconhecimento ou menosprezo da mesma.

Porém, especialmente para os poderes públicos, o respeito não se esgota na abstenção. Um Estado de Direito encontra-se obrigado, igualmente, a proteger a dignidade humana ante os atentados dos particulares, adotando as medidas adequadas para evitá-los e reagindo os ataques de qualquer tipo, com meios proporcionais e suficientes (NIÑO, 2005, p. 123-124).

O princípio da dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca da pessoa humana, respeitaria, em todo momento, a sua autonomia e identidade. Assim, conjugando tais princípios, o dever do Estado de proteger a vida deveria ser compatível com o respeito à dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade⁴⁷.

Ainda que vulnerado nos mais opostos confins do planeta pela recorrência do autoritarismo e pelas constantes manipulações do poder político e econômico, o homem intenta seu próprio desenvolvimento vital. É aqui onde se ergue um inevitável questionamento: Pode esse homem, digno, livre para desenvolver sua personalidade e ideologia, dispor de sua vida quando a prolongação da mesma entrar em contradição com a própria integridade física ou fisiopsíquica e com a auto-estima correlativa àquela dignidade? (NIÑO, 2005, p. 125)

Há quem defenda que o estado irreversível seria equiparado a um ser humano não vivo, ou que o custo social seria muito alto para manutenção de uma

⁴⁷ Também está claro que se a dignidade é um direito, também pode ser considerada como um dever. De tal maneira, todo ser humano, independentemente de seu estado, tem direito a ser tratado com tal e um dever estrito de não abdicar de sua dignidade humana, dever que envolveria toda forma de atentados à integridade física.

vida artificialmente. De outro, há os que entendem que a vida independe da capacidade de vivê-la, devendo ser protegida pelo Estado⁴⁸.

Nesses casos, o dever estatal de proteção da vida se enfraquece consideravelmente, cedendo frente ao consentimento informado do paciente que deseja morrer de modo digno. Com efeito, se os direitos fundamentais não são absolutos, tampouco deve ser o dever de garanti-los.

Toda atuação médica deve estar pautada no consentimento informado do paciente, que, inclusive, pode recusar determinados tratamentos que, objetivamente, estariam aptos a prolongar a duração de sua existência biológica, desde que os considere indesejáveis ou incompatíveis com suas convicções pessoais.

Assim, em hipóteses de enfermos terminais que experimentam intensos sofrimentos e quando não haja, segundo indicações médicas, possibilidade de cura, podendo-se sustentar que a morte é inevitável em um tempo relativamente curto, o Estado não pode pretender cumprir aquela obrigação desconhecendo a autonomia e a dignidade das próprias pessoas.⁴⁹

Registre-se a passagem contida na decisão da Corte Colombiana, na Sentença C 239/97⁵⁰:

En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.

⁴⁸ Nesse sentido, interessante o questionamento efetivado por Maria Helena Diniz (2007, p 333): “se o médico deve respeitar a vida humana desde a concepção até a morte, utilizando seus conhecimentos em benefício do paciente, não podendo causar-lhe qualquer sofrimento físico ou psíquico, não seria a eutanásia ativa, o suicídio assistido ou o ato de desligar aparelho de sustentação da vida más práticas médicas, pois os direitos fundamentais do paciente, garantidos pela Constituição Federal e pelo Código de Ética Médica, são o direito à vida e o de não ser morto pelo seu médico, mesmo estando em estado terminal?”.

⁴⁹ Consigne-se que não são abarcados nessa hipótese os casos eugenésicos e as mesquinhas econômicas, bem como as emoções e as expectativas dos familiares, amigos e equipe médica (médicos, enfermeiros, assistentes, psicólogos, etc.).

⁵⁰ A referida sentença também é discutida no segundo capítulo desta dissertação.

Outra dificuldade residiria justamente na definição desse momento a partir do qual passaria a ocorrer eventual violação à dignidade da pessoa, segundo ensinam Jefferson Pedro Piva, Paulo Carvalho e Pedro Celiny Garcia (1997, p. 129):

existe determinado momento na evolução de uma doença onde, mesmo que se disponha de todos os recursos, não há mais possibilidade de salvar o paciente, que se encontra em processo de morte inevitável. Nesse caso, a terapêutica torna-se fútil ou pode pressupor sofrimento, e a morte não mais deve ser vista como um inimigo a ser temido. O problema é que a fixação desse momento, onde o paciente passa a fazer parte do período de morte inevitável, é considerado pela própria medicina como impreciso e dependente de uma série de fatores, sendo arbitrado de maneira diferente por cada pessoa. Em um estudo envolvendo 50 pacientes terminais foi observado que esse momento foi identificado em média no 24º dia de internação hospitalar, demonstrando a dificuldade e o caráter temporal dessa decisão. Dentro de uma visão bidimensional da linha da vida, poderíamos considerar esse momento como uma faixa ampla e móvel com limites imprecisos.

De toda forma, deve-se novamente ressaltar que, muito embora seja a vida o bem jurídico supremo, protegida tanto no direito de permanecer vivo, como no aspecto de sua dignidade, não pode, assim como os demais, ser considerada um direito absoluto. Assim, privilegiar a sua dimensão biológica em detrimento da qualidade de vida do cidadão implicaria afronta direta à dignidade da pessoa humana.

Nesses termos, a dignidade humana seria não apenas o fundamento da vida digna, mas também da própria morte⁵¹, razão pela qual o tratamento contra a vontade do paciente, que gere cruel e indefinido prolongamento de sua agonia e sofrimento, mediante procedimentos fúteis, implicaria em violação à própria dignidade.

Acerca da matéria, importante registrar as divagações formuladas por José de Faria Costa (2004, p. 185-186):

⁵¹ O direito de morrer, portanto, estaria assentado justamente nesta linha de pensamento que concebe a vida a partir do princípio da dignidade e que valoriza a autodeterminação do sujeito na escolha pelo processo natural de sua morte, abdicando assim, de meios extraordinários que acarretem o seu prolongamento meramente orgânicobiológico. Segundo a teoria que concebe um direito geral de personalidade – o qual funcionaria como cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana – o direito de morrer poderia enquadrar-se como um dos direitos que envolveriam a pessoa humana tendo em vista a proteção de sua personalidade, com fundamento na dignidade, até mesmo acima do bem vida (DIAS, 2008, p. 22-23).

A ciência médica, tornamo-lo a repetir, atirou – e continuará a atirar – para patamares impensáveis não só o prolongamento da vida como, do mesmo passo, permite que ataques – normalmente desencadeadores da morte se não houvesse intervenção médica, através dos actuais e sofisticados meios de recuperação e sustentação da vida – à vida não determinem a morte da vítima. Todavia, como em tudo, se na maior parte dos casos a medicina faz reentrar, em plenitude ou em quase plenitude, o doente no mundo normal dos seus concidadãos – faz com que ele readquira uma total e autónoma relação com o mundo e com os outros – não é menos certo que, em outros casos, esse mesmo doente fica em um estado, em uma situação – da qual a medicina não tem qualquer responsabilidade, porquanto ela cumpriu zelosamente as leis da arte – que, no mínimo, poder-se-ia qualificar de precária, diminuída, assustadora e irreversivelmente diminuída. Pensamos que se não pode mais deixar de considerar – a isso nos impõe a força da realidade – que existe uma zona cinzenta, uma zona de *no man's land*, uma zona para a qual não queremos olhar, porque nos arreperia até aos mais fundo do nosso ser, que fica entre o ataque máximo à integridade física e a violação da própria vida. O doente que está em coma por largos meses ou o doente que fica em uma situação de vida vegetativa persistente em que mundo está? Por certo no mundo dos vivos e merece de todos nós o maior respeito e consideração. Mas em mundo igual ao nosso? Qual a sua capacidade de relação com o mundo e com os outros?

Assim, restando evidente o carácter relativo do direito à vida⁵², deve-se questionar qual seria o obstáculo para avançar até a liberalização de alguns atos que a afetam, inclusive o eutanásico?

Antecipando-se ao estudo a ser efetivado no próximo capítulo, pode-se citar duas questões.

A primeira é que apresenta-se aceitável que determinada ordem juridico-democrática reconheça, ao menos no plano da teoria, o direito à morrer, como correlativo do direito à vida, condicionado a que se exerça de própria mão em virtude da presunção natural de conservação de referido bem (NIÑO, 2005, p. 130).

Por outro aspecto, também é possível racionar no sentido de que permitir que uma pessoa morra quando o curso da doença é irreversível e a morte é iminente não pode ser considerada como uma espécie de eutanásia criminosa, pois os pacientes têm a liberdade de recusar tratamentos médicos que não lhes trarão cura nem alívio para o sofrimento.

Da mesma forma, se os tratamentos apenas estão adiando a morte inevitável, podem descontinuí-los para permitir a morte natural, o que também não

⁵² Como exemplos desse carácter relativo no ordenamento jurídico, podem ser citados os casos de autorização da pena de morte, nos termos do art. 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988, bem como as causas justificantes (art. 23 do Código Penal), discriminantes putativas (art. 20, §1º, do Código Penal) e, ainda, quando autoriza algumas modalidades de aborto (art. 128 do Estatuto Penal).

configuraria a eutanásia delitiva. Simplesmente, trata-se de respeitar o desejo, o interesse e a autonomia do sujeito, deixando na cabeça e nas mãos do titular do máximo bem o poder de exercê-lo até o extremo da destruição do objeto sobre o que recai – vida (NIÑO, 2005, p. 30).

4. DA APRECIÇÃO JURÍDICO-PENAL

Enquanto o primeiro capítulo desta pesquisa consistiu numa abordagem crítica sobre aspectos relevantes da vida e da morte e o segundo configurou o intento de atualizar linguística, científica e juridicamente o conceito de eutanásia e os termos correlatos, a terceira etapa analisou os princípios gerais da bioética, o princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com o direito à vida. Já este novo passo será direcionado ao exame, sob a ótica jurídico-penal, das principais situações bioéticas derivadas da eutanásia.

Ultrapassados os conceitos preliminares e abstraindo aspectos religiosos, até porque essas discussões apenas ocorrem, ou deveriam ocorrer, em Estados laicos, onde as práticas sociais são distintas dos estados teocráticos, a questão relativa à eutanásia sempre suscitou amplos debates doutrinários, sendo uma das questões mais complexas no campo do direito penal.

Essa situação ocorre, seja em razão da ausência de disposições legais que tratem da matéria de forma expressa, seja por se referir a problemas existenciais que surgem em decisões sobre a vida e a morte, dificilmente regulados através de normas abstratas, já que englobam uma imensa quantidade de casos individuais, cada qual com suas próprias especificidades, e, ainda, por tratar de matéria não exclusiva da seara penal, envolvendo uma multiplicidade de áreas do conhecimento (ROXIN, 1999, p. 03-04).

Daí porque importante lembrar as transcrições iniciais, no sentido da dificuldade de apreciação da matéria sob o prisma essencialmente jurídico, devendo socorrer-se das amplas discussões verificadas no campo da ética, até mesmo considerando que o objetivo do biodireito seria justamente “regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benefício ou não, das conquistas científicas em favor da vida” (FERREIRA, 1997, p. 07).

Sobre o assunto, importante consignar os ensinamentos de Carlos Augusto Cañedo e Lúcio Chamon Júnior (2001, p. 68):

Em um mundo plural – e que tem pretensões de se reconhecer como tal de maneira inclusiva –, não há mais espaços para a construção de sólidos eternos e imutáveis porque elaborados racionalmente. Os valores são voláteis e incapazes de serem reduzidos e solidificados em

uma estrutura eterna. A pluralidade, e o reconhecimento desta pluralidade ética, irradia-se e não mais podem permanecer leituras como a época do bem-estar em que determinado grupo estabelecerá o útil e o bom não só para si, mas para toda a sociedade. O útil e o bom, enquanto referentes a questões éticas, não são capazes de ser impostos ou determinados por outrem (...).

Para a correta análise e melhor compreensão da matéria, serão utilizados os conceitos e classificações explicitados no segundo capítulo, posto que o tratamento de cada modalidade é bastante variável, podendo corresponder, inclusive, à tipicidade ou exclusão da responsabilidade criminal do agente.

4.1. Da morte encefálica

Após análise efetivada no primeiro capítulo acerca das variações operadas no conceito médico da morte, decorrentes dos avanços científicos das últimas décadas, foi identificado, até mesmo através de norma legal (Lei n.º 9.434/97), o momento constitutivo da morte como a cessação irreversível das funções cerebrais, eliminando, dessarte, qualquer margem de discussão sobre o caso particular.

Na seara do direito penal, dessarte, a questão não extrapola a análise da tipicidade legal. Assim, a retirada dos aparelhos de manutenção artificial da respiração ou circulação sanguínea de um paciente com morte encefálica não induz à existência de qualquer figura típica do homicídio, justamente por não implicar abreviação da vida ou causação da morte.⁵³

4.2. Do suicídio e suicídio assistido

Tem-se afirmado que a vida é um bem disponível e, ademais, diariamente disposto das mais variadas formas, incluindo algumas que se aproximam da destruição do bem. Além disso, verifica-se, nas últimas décadas, uma nova situação marcada pela multiplicação das transfusões sanguíneas, dos transplantes de tecidos, das novas técnicas ósseas, dentre outras, podendo-se concluir, em geral, que o problema a ser resolvido não é a possibilidade de disposição corporal em

⁵³ Nesse caso estaria configurado o crime impossível por impropriedade absoluta do objeto material, nos termos do artigo 17 do Código Penal: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

abstrato, senão como, quando e até que ponto essa disponibilidade corporal se torna lícita ou ilícita (NIÑO, 2005, p. 140).

Nesse aspecto, registre-se que os atos de disposição, diretamente orientados à própria destruição, ainda quando se originam na autodeterminação do paciente, não gozam de favor social, tampouco legal.

Assim, não resta dúvida de que existe um bem jurídico afetado no suicídio, já que a vida será irrevogavelmente disposta – em caso de consumação – ou posta em grave perigo – em caso de tentativa. Por óbvio, a tipificação de uma conduta suicida seria impraticável e, sobretudo, aberrante, além de que evidentes razões de política criminal, ademais das questões de senso comum, impediriam reprimir sua própria tentativa.

Com efeito, seja em razão do princípio constitucional explícito da personalidade da pena, previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, que indica que não pode passar da pessoa do condenado, seja em virtude da ausência de lesividade social da conduta ou pela evidente ausência de lógica, vez que aquele que procurou ceifar a própria vida quando em liberdade não hesitaria em repetir tal gesto uma vez no cárcere, seja, ainda, pela complexidade de fatores que podem conduzir ao ato de retirada da própria vida ou pela dificuldade de julgamento, no caso concreto, da culpabilidade subjetiva e pessoal de um suicida, o diploma legislativo pátrio não chega a tipificar, como infração penal, a conduta do suicídio.

Novamente utilizando as lições de NIÑO (2005, p. 141):

Toda elucubración tendente a fundamentar la antijuridicidad de la consumación de aquel hecho deriva hacia el absurdo, en tanto que las que intentan apuntalar la antijuridicidad de su intento repugnan al orden democrático: tarde o temprano, quien las esgrima acabará trasladando a campo ajeno argumentos de la ética aristotélica o del tomismo, confundiendo irremediabilmente la moral con el derecho y colocando a la ley natural, la ley social y la ley divino en un ámbito que solo presta albergue a la Constitución, a las leyes e a los tratados internacionales.

Questão distinta seria a análise da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade da conduta de quem induza (criar a ideia suicida), instigue (reforçar a ideia preconcebida) ou auxilie materialmente, bem ainda daquele que não socorra o suicida.

Poder-se-ia, porém, indagar se essa celeuma não se assemelharia, ao menos em essência, às discussões sobre a eutanásia, já que a diferença se

limitaria, nas hipóteses de suicídio assistido, a presença de um terceiro que apenas auxiliaria moral ou materialmente o paciente, atuando, portanto, em nível de menor gravidade que nos casos de procedimentos eutanásicos.

Esse modelo não enfrenta de forma coerente e plena o completo tema da eutanásia, deixando sem solução aqueles casos em que, presente uma enfermidade terminal com dores insuportáveis, o paciente tenha manifestado, com todas as garantias que legalmente possam ser estabelecidas, sua vontade de morrer, embora não esteja em condições de levar a cabo essa ação.

Imagine-se, por exemplo, o caso de dois enfermos que se encontram em fase terminal com o mesmo prognóstico de morte iminente, com as mesmas dores insuportáveis e que apenas um deles esteja em condições de poder administrar a si mesmo a medicação letal.

Acerca da matéria, são relevantes as observações trazidas por Günther Jakobs (2003, p. 21):

Quem permite a um médico, com fins experimentais, que lhe extraia um pedaço de tecido do corpo outorga a este um bem personalíssimo para sua investigação. Porém quem solicita de um médico que lhe extirpe uma verruga, persegue seu próprio interesse, servindo-se do médico. Não é outra coisa que sucede em relação com a vida, somente que aqui a persecução do fim não deve deixar-se ao critério de outro. Porém se trata de fins próprios, de forma que a única diferença entre o suicídio e o homicídio a pedido se encontra em que a persecução do fim se realiza de própria mão ou em divisão de tarefas; o fim e a forma de consegui-lo determinam, em ambos os casos, aquele que não quer mais viver.⁵⁴

Na verdade, existe o interesse do Estado em preservar, ao menos de certas possibilidades de afetação, o bem supremo *vida*, entendendo-se que, muito embora o suicídio não seja punível, não pode ser considerada uma conduta legítima, sendo desaprovada pelo direito.

⁵⁴ Claus Roxin (1999, fl. 15) entende que a justificativa fática se encontra na aceitação de que, para o legislador, a autonomia do ato suicida, quando o mesmo conserva em suas mãos o domínio sobre o momento que lhe conduz a morte, apareceria assegurada frente a possíveis influências estranhas. Quem, pelo contrário, abandona a outro a decisão irremediável do ato suporta a responsabilidade última pela morte da vítima.

Ou seja, a decisão político-criminal de punir tanto a participação moral como a material no suicídio responde apenas ao fato de a ordem jurídica não fomentar as condutas suicidas e procurar evitá-las.⁵⁵

Parece judicioso aceitar que a ordem jurídica intente a preservar seus cidadãos, se se pretende que dita ordem, ademais de democrática, seja também social, a despeito das contramarchas conjunturais. Nessa ordem de ideias, não demonstraria caráter de totalitarismo o fato da organização social do Estado tratar com desfavor as expressões de induzimento, instigação e auxílio ao suicídio, orientadas à eliminação da vida.⁵⁶ Defender o contrário implicaria incorrer no reducionismo da liberdade psicológica, extremo tão repudiável como seu oposto (liberdade social). E, para tanto, bastaria recorrer, mais uma vez, à presunção natural de vontade da conservação da própria vida. Peces Barba expressa com justeza que a concepção de uma liberdade democrática depende da tarefa de aproximar a liberdade de fazer o que se quer e a de fazer o que se deve (NIÑO, 2005, p. 144).

Assim, o suicídio assistido é considerado procedimento vedado pela legislação pátria, encontrando-se aquele que induz, instiga ou auxilia outrem à prática da própria morte incurso, em princípio, nas sanções do art. 122 do Código Penal. Apesar de tal diploma legislativo não punir aquele que tentou contra a própria vida e escapou da morte, proíbe a indução, instigação (reforçar a ideia preconcebida) ou o auxílio material para terceiro praticar o gesto suicida⁵⁷.

Por outro lado, a conduta daquele que não socorre o suicida também é capitulada na legislação penal, devendo o assunto ser examinado sob a ótica dos delitos omissivos.

Esses crimes podem ser classificados em omissivos próprios, compostos de normas mandamentais, onde é exigida uma atuação positiva do agente, vindo a omissão narrada expressamente no tipo penal; e omissivos impróprios (ou

⁵⁵ Nessa ótica, o próprio Código Penal brasileiro permite a coação exercida para impedir o suicídio, consoante se verifica da leitura de seu artigo 146, §3º.

⁵⁶ Inexistem dúvidas de que o direito penal não pode retroceder, tampouco manter-se omissivo diante de condutas de terceiros atentatórias contra o direito à vida. Fato diverso será como tal direito deve intervir e, mais precisamente, se deve se estabelecer uma pena atenuada no auxílio ao suicídio em atenção ao fato de a própria vítima consentir ou pedir a sua morte.

⁵⁷ Importante registrar que, caso o agente pratique qualquer ato de execução, não se limitando ao simples auxílio moral ou material, deverá responder pelo delito de homicídio. Também incorre nessa infração caso o sujeito passivo seja pessoa sem capacidade de discernimento (fato que difere da simples diminuição da capacidade), de consciência ou de autodeterminação, já que a sua real intenção não pode ser definida, estando açambarcada pela do agente.

comissivos por omissão), onde, apesar de não expressamente tipificados no tipo, a responsabilidade do agente derivaria do *status* de garantidor, previsto no artigo 13, §2º, do Código Penal:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Assim, para correta delimitação da tipificação da conduta do agente que não socorre o suicida, deve-se observar, primeiramente, se possuía, no caso concreto, o dever e a possibilidade jurídica de agir para impedir o resultado, socorrendo-se da norma de extensão prevista no referido dispositivo legal. Sendo a resposta afirmativa, o responsável pela omissão se enquadraria, em tese, na figura típica do homicídio, prevista no artigo 121 do Código Penal, pois deve responder pelo resultado, quando devia e podia agir a fim de evitá-lo, e não o fez.

Noutro quadrante, e na hipótese de não estar qualificado o dever de garante, a omissão do agente em não socorrer o suicida encontra subsunção, em princípio, à figura típica do artigo 135, parágrafo único, do Estatuto punitivo^{58 59}.

4.3. Dos distintos casos eutanásicos

Outra abordagem seria como o direito deveria intervir nas situações de eutanásia, tornando-se necessária destacar as diversas modalidades e os termos correlatos já trabalhados nos capítulos anteriores, pois se poderia invocar diferentes

⁵⁸ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

⁵⁹ Outra questão importante diz respeito às testemunhas de Jeová, que compõem uma seita fundada em 1872, tendo como um dos dogmas a não aceitação da transfusão sanguínea, sob o argumento de sua proibição pela Palavra de Deus. Nessas hipóteses, e caso a pessoa se encontra em grave risco de vida, o princípio da autonomia/consentimento *pode* ser minimizado em relação ao direito à vida e à própria responsabilidade do profissional, assumindo a transfusão caráter obrigatório, considerando-se o médico como *garantidor*, o que o obriga a adoção de todos os procedimentos que estejam ao seu alcance para tentar salvar o enfermo, sob pena de responsabilidade pelo delito de homicídio por omissão, doloso ou culposos, dependendo do caso.

princípios para enquadrar a conduta do agente, seja como fato delitivo, seja como atípica sob a ótica do direito penal.

4.3.1. Da eutanásia ativa direta

Inicialmente, deve ser registrado que as opiniões dos setores conservadores da doutrina consagrada nesse tema condenam energicamente a eutanásia ativa direta, enquanto que apreciam um melhor perfil na eutanásia ativa indireta, admitindo, progressivamente e com menores reservas, a eutanásia resolutiva passiva, traduzida como aceitação das limitações e misérias próprias das condições humanas (NIÑO, 2005, p. 92).

Porém, sendo racional o desejo de morrer de uma pessoa, seu direito à autodeterminação não deveria ser amplamente respeitado, inclusive sobrepondo-se ao direito à vida?

Ainda, poder-se-ia questionar se não seria comparável a ação orientada diretamente a suprimir a vida do paciente com aquela causa da morte produzida como efeito necessário dos meios de ação, escolhidos para aliviar a dor ou como resultado concomitante, altamente provável, de uma intervenção excessivamente arriscada a melhorar qualitativamente a fase final de uma doença incurável.

Na base das distinções, coexistem argumentos de cunho filosófico, moral e jurídico, sendo que, neste campo, sustenta-se que omitir não é histórica nem deontologicamente equiparável a cometer.

De imediato, torna-se necessária advertir que apenas se pode falar em eutanásia quando a morte for um acontecimento próximo, por causa de uma enfermidade grave ou de doenças irreversíveis da velhice ou de danos acidentais, no corpo ou na saúde, de prognóstico letal.

Pois bem, deixando de lado as hipóteses alheias a esta pesquisa, suponha-se a situação de um profissional médico que, trabalhando consensualmente e no interesse exclusivo de seu paciente, cujo curso vital se encontra extraordinariamente comprometido por uma severa patologia, uma doença irreversível da velhice ou um grave acidente, resolva abreviar dito curso, seja atuando direta e ativamente, seja provocando tal efeito como consequência necessária da utilização de medicações sedantes/indutoras do sono, seja retirando ou interrompendo os cuidados elementares, tais como a hidratação ou nutrição ou, tão somente, a cobertura

terapêutica indicada para o caso, com o fim de evitar crescentes padecimentos físicos ou psíquicos (NIÑO, 2005, p. 100-101).

Centrando inicialmente o olhar no aspecto volitivo, é de situar, “*prima facie*”, os casos de eutanásia ativa direta no nível da tipicidade ativa dolosa, como figuras de dolo direto de primeiro grau.

Já as hipóteses de eutanásia ativa indireta entre os exemplos de tipicidade ativa dolosa indireta (ou, dependendo do entendimento, de segundo grau ou de conseqüências necessárias), enquanto que os casos de eutanásia passiva como paradigmas da tipicidade dolosa omissiva imprópria ou comissiva por omissão.⁶⁰

Nesse diapasão, deve-se conceituar que o dolo seria a vontade livre e consciente dirigida a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador, sendo composto por um elemento intelectual (consciência) e um elemento volitivo (vontade).

Nos termos do artigo 18, I, do Código Penal, diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, adotando-se as teorias da vontade (vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal) e do assentimento (atuaria com dolo aquele que, antevendo como possível o resultado lesivo com a prática de sua conduta, mesmo não o querendo de forma direta, não se importa com a sua ocorrência, assumindo o risco de vir a produzi-lo).

O dolo pode ser direto, quando o agente quer, efetivamente, cometer a conduta descrita no tipo, podendo ser classificado em dolo direto de primeiro grau – em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos – e dolo direto de segundo grau ou de conseqüências necessárias – em relação aos efeitos colaterais, representados como necessários.

Já o dolo indireto pode ser alternativo, quando o aspecto volitivo do agente se encontra direcionado, de maneira alternativa, seja em relação ao resultado ou em relação à pessoa contra a qual o crime é cometido, e eventual, quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito.

⁶⁰ De início, é importante localizar as diversas espécies eutanásicas no quadro das condutas dolosas, deixando de lado as hipóteses em que o resultado morte sobrevém por mera culpa do agente.

Retornando ao tema enfocado, sob a ótica do profissional da medicina, deve-se consignar que o médico conta com um saber causal específico que o habilita para interferir no mundo exterior e desencadear diversos fenômenos em busca de suas metas profissionais: a cura do paciente, o alívio de suas doenças e a busca do mais alto grau de bem estar físico, psíquico e social que possa proporcionar aos seus assistidos. A eleição, a cada passo, de um ou outro de tais cursos causais e sua colocação em prática em um terreno onde se encontram vida, dor e morte, revela a estatura de sua missão e a magnitude da responsabilidade que assume ante a sociedade (NIÑO, 2005, p. 105).

Mas, tendo em consideração os surpreendentes avanços registrados pela moderna medicina, distante está qualquer profissional da área, por exímio que seja em sua especialidade, de dominá-la por completo.

A partir disso, se um profissional enfrentar, por exemplo, um quadro que não ofereça, de acordo com sua bagagem teórica e experiência, expectativas de cura ou alívio dos padecimentos físicos e/ou psíquicos, e decidir resolver o tema mediante drástica eliminação do paciente, cometeria cientificamente um inadmissível ato de soberba e eticamente uma péssima ação. Juridicamente, consumaria um injustificável homicídio doloso direto de primeiro grau⁶¹ (NIÑO, 2005, p. 106).

Também não caberia a alegação da ocorrência de causa de justificação – estado de necessidade –, já que não haveria minimizado o mal que pretendia evitar (sofrimento físico) do modo menos lesivo, tampouco mantida a ponderação de bens e valores, nota essencial da referida justificante.⁶²

Nessas hipóteses (eutanásia ativa direta), pretender se inclinar em favor da razoabilidade do desejo de morrer ou da ponderação de interesses, com prioridade da dignidade da pessoa humana sobre a vida, supõe criar uma insegurança jurídica que não pode ser exigida a nenhum médico ou paciente, fato corroborado pela circunstância de que nem sequer os próprios defensores de tais opções oferecem

⁶¹ Concorde-se, assim, com as justificativas de Niño (2005, p. 214): “sin acudir, pues, a convicciones de orden religioso o moral, un dato objetivo o – al menos – objetivable nos ha guiado a rechazar la modalidad activa directa: la notoria insuficiencia del saber causal previo de los hombres acerca de las leyes que regulan su propia realidad bio-psíquica”.

⁶² Na hipótese de o paciente se encontrar em um meio extrahospitalar ou, por exceção, em um centro sanitário desprovido de toda droga analgésica e/ou sedante, poder-se-ia (e até deveria) falar em exculpação do agente, mas não parece possível estimá-lo abarcado entre as hipóteses de justificação (NIÑO, 2005, p. 107).

soluções concretas. Também a imprecisão de critérios como *razoável e interesse* ofereceria uma porta de entrada a tendências inconvenientes (ROXIN, 1999, p. 18).

Além disso, a punição da conduta estaria justificada porquanto necessária para resguardar a própria sociedade, já que o *jus puniendi* deve ser exercido em face de condutas socialmente danosas.

Mas, considerando tudo o que foi exposto na presente dissertação, como ficaria a tão falada ponderação de valores, diante do direito à vida e à liberdade? A vida não seria um bem disponível pelo seu titular?

Como já ressaltado, não mais se encontra em discussão a disponibilidade do bem jurídico vida pelo seu titular, que pode, inclusive, determinar quando e até mesmo como deve morrer, já que ninguém pode ser obrigado a viver contra a sua própria vontade.

O respeito à autodeterminação da pessoa e o reconhecimento da disponibilidade da vida pelo titular são questões resolvidas pelo ordenamento jurídico pátrio, que considera atípico o suicídio, não sancionando sua tentativa.

O que se discute é se essa pessoa, no exercício de sua liberdade, pode envolver outras na disposição de sua vida, reclamando o auxílio executivo para tanto.⁶³

Não se pode duvidar que a combinação entre uma morte assistida onde se prestam maiores atenções humanas e uma terapia da dor mais eficaz constitui, frente à eutanásia ativa direta, um melhor caminho para o tratamento de quem está sofrendo no limiar da morte.

Por outro lado, segundo Roxin (1999, p. 19), ainda hoje em dia não podem ser controladas suficientemente todas as situações de profundo padecimento e sucedem realmente casos em que existe um desejo de morrer compreensível como demonstram os exemplos já expostos extraídos da jurisprudência. Dessarte, em

⁶³ Na verdade, como ensina Espinar (1987, p. 255), a verdadeira vontade de morrer não pode ser extraída, com total segurança, apenas das palavras de uma pessoa, da expressão de seu desejo de morrer dirigido a outro, senão unicamente de sua própria ação, ou seja, do suicídio. Muitas vezes são razões de tipo psiquiátrico (depressões frequentemente passageiras), de cunho familiar ou econômico as causas da disposição de uma pessoa que deseja morrer, agregados aos casos em que o desejo de morrer tem um motivo falso, derivado por exemplo de um erro de diagnóstico. Não podem, ainda, ser esquecidas as dificuldades de prova que surgirem quando o autor do homicídio simule ter atuado a pedido da vítima ou os riscos de substituição desse consentimento pelos seus representantes legais ou próprio Estado.

casos raros e extremos⁶⁴, que não se encontram limitados unicamente aos médicos, a saída seria a exclusão da pena quando a morte, pedida pelo enfermo, servisse apenas para cessar uma grave situação de sofrimento insuportável para o interessado, desde que não possa ser evitado ou mitigado por nenhuma outra medida⁶⁵.

Entende Claus Roxin (1981, p. 71) que, nesses casos, as condutas foram guiadas no sentido de conservar o bem jurídico *vida* na medida das possibilidades, restando ausente a necessidade preventiva geral de sanção, de modo que o Estado poderia ser tolerante e desistir de tornar penalmente responsáveis os autores, mediante exclusão da punibilidade, ainda que de *lege ferenda*, seja porque somente seria legítima a pena socialmente aceitável, seja pelo fato de a liberdade de consciência também se encontrar no âmbito de proteção da Lei Fundamental, e, na hipótese, com sobreposição em relação a outros princípios.

Isso porque, em um Estado de Direito, as considerações especiais não devem dar lugar à violação das leis vigentes, podendo-se, todavia, existir certa tolerância que exclua a responsabilidade em determinados casos concretos, evitando-se o radicalismo, o que funcionaria como causa supralegal de exclusão da responsabilidade criminal.

Em outras palavras, para a imputação subjetiva da ação injusta, deveriam ocorrer dois fatores, quais sejam, a culpabilidade (considerada pela teoria normativa pura como juízo de reprovação da conduta do autor) e a necessidade da pena.⁶⁶

Nesse aspecto, e apesar de concordar parcialmente com as conclusões de Roxin (1981), trilha-se no caminho da doutrina majoritária, no sentido de enquadrar o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da culpabilidade diante da inexigibilidade de conduta diversa. Registre-se que, sob a ótica da imposição da pena, a situação não destoaria da defendida por Roxin (1981).

⁶⁴ Claus Roxin (1999, p. 19) cita, como exemplos fictícios, os casos onde uma pessoa, com vontade de morrer por estar mortalmente enferma e padecer graves sofrimentos, não pode ser liberada de seus padecimentos nem se encontra em situação de por fim à sua vida por si mesma, bem como a situação em que uma pessoa aprisionada em um local em chamas, impossível de resgatar, pede a outra pessoa que a mate para evitar assim o horrível sofrimento de morrer em chamas.

⁶⁵ Nessas situações, devem ser esgotados todos os outros meios que auxiliem o enfermo.

⁶⁶ A concepção é rechaçada pela doutrina alemã por não se aceitar a mescla da culpabilidade e prevenção, vez que se poderia criar uma insegurança jurídica, bem como reduzir a proteção prestada pelo princípio da culpabilidade ao indivíduo contra intervenções estatais (BRUNONI, 2007, p. 176).

Isso porque, em algumas hipóteses excepcionais, não se pode exigir do médico outra ação senão a interrupção do desnecessário e desumano sofrimento do enfermo diante da inevitabilidade da morte. Assim, obrigar o paciente a suportar o prosseguimento do sofrimento seria desumano e inexigível, razão pela qual a conduta do profissional não seria considerada reprovável sob o ponto de vista jurídico, excluindo a culpabilidade e, por conseguinte, a própria prática de crime.⁶⁷

Ora, a culpabilidade constitui-se no juízo de reprovação e censura efetivado na conduta do agente, que, podendo agir conforme o direito (desde que seja imputável e com conhecimento potencial da ilicitude), atua em dissonância com as suas normas.

Assim, e diante da impossibilidade de previsão de todas as excludentes de culpabilidade, a existência das causas supralegais de exculpação é atingida através de simples trabalho hermenêutico de verificação de condutas não censuráveis do ponto de vista do direito penal, inclusive mediante a realização de juízo de reprovabilidade individual, subjetivo e específico.

Já em relação à eutanásia ativa direta não consentida, deve ser merecedora de sanção penal, já que uma concepção garantista de proteção do bem jurídico vida obriga a considerar que o mesmo não pode sofrer lesões contra a vontade de seu próprio titular. Não obstante, fica em aberto a possibilidade de atenuar ou excluir a pena do autor (em determinado caso específico), conforme as regras gerais da imputabilidade penal (diminuída ou anulada), valorando a pressão motivacional da situação concreta do autor (ESPINAR, 1987, p. 249-250).

Nesse aspecto, as conclusões desta pesquisa distam da posição de Criziany Machado Felix (2006, p. 127), assim manifestada:

Entendemos ser atípica a conduta quando se trata da modalidade voluntária, pois, como diversas vezes exarado, atribuímos caráter de disponibilidade ao bem jurídico vida, por parte de seu titular, não comportando maiores digressões, sob pena de incorrerem em redundância. Todavia, no que tange à modalidade não voluntária, a questão é bem mais complexa, estar-se-ia produzindo de forma comissiva a morte de terceiro que não pode manifestar de forma válida seu consentimento, bem como que, não o fez se em algum momento anterior podia. Essa modalidade enseja posição, francamente dominante, no sentido de constituir crime a postura do médico que

⁶⁷ De acordo com a teoria tripartite, adotada predominantemente pela doutrina, o crime pode ser conceituado como a composição do fato típico (conduta, resultado, nexos causal e tipicidade penal – abrangendo a tipicidade legal e conglobante), antijurídico e culpável.

dolosa e comissivamente acarreta a supressão da vida de um paciente. (...) Entendemos que nesta modalidade, em face da complexidade que se apresenta, o ideal seria se solicitar autorização judicial para a prática da conduta, pois, dessa forma, o médico estaria amparado por uma excludente de ilicitude; bem como, assegurar-se-ia ao paciente uma discussão mais profunda das questões envolvidas no seu caso.⁶⁸

Pois bem, de acordo com a ordem legal vigente, ainda que não exista figura específica, a eutanásia ativa, no sentido de antecipar voluntariamente a morte do enfermo, é considerada inadmissível e punida, sendo imprescindível para a verificação da ilegalidade dessa prática a análise do artigo 121 do Código Penal pátrio⁶⁹.

Percebe-se, ademais, da análise do referido dispositivo penal, ser possível, via de regra, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista em seu parágrafo 1º, como orienta a própria Exposição de Motivos, uma vez comprovado o relevante valor moral.

Essa atenuação da pena, derivada do ato eutanásico, responde a um duplo fundamento, quais sejam, ao menor conteúdo do injusto em atenção ao pedido expresso, sério e inequívoco, e a menor culpabilidade em atenção à grave enfermidade e aos graves padecimentos.

Sobre a matéria, já se pronunciava o penalista Nelson Hungria (1998, p. 749):

É sabido que a nossa vigente lei penal de saca lhe a tese de impunibilidade do homicídio eutanásico, isto é, do homicídio praticado

⁶⁸ Há doutrinadores que entendem ser possível, em relação à eutanásia com o consentimento válido da vítima – ou de seus representantes legais –, a invocação da adequação social, diante da conduta não trazer desvalor para merecer a sanção jurídico-criminal, por ser aceita pela comunidade. “A aplicação de tal instituto – princípio da adequação social – formulado por WELZEL, tiraria, a partir da nova interpretação da norma penal, a possibilidade de aplicação de uma sanção criminal ao autor da eutanásia”. (FÖPPEL, p. 17)

⁶⁹ Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Causa de diminuição de pena

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

Homicídio qualificado

§ 2º. Se o homicídio é cometido: I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II – por motivo fútil; III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

para abreviar piedosamente os sofrimentos de um doente incurável. Apenas transige em considerá-lo um *homicidium privilegiatum*, um *delictum exceptum*, facultando ao Juiz a imposição de pena minorada, em atenção a que o agente é impelido 'por motivo de relevante valor social ou moral'. O nosso legislador de 40 manteve-se fiel ao princípio de que o homem é coisa sagrada para o homem. *Homo res homini sacra*. A supressão dos momentos de vida que restam ao moribundo é crime de homicídio, pois a vida não deixa de ser respeitável mesmo quando convertida num drama pungente e esteja próxima de seu fim. O ser humano, ainda que irremediavelmente apuado pela dor ou minado por incurável mal físico, não pode ser equiparado à rês pestilenta ou estropiada, que o campeiro abate. Nem mesmo o angustioso sentimento de piedade ante o espetáculo do atroz e irremovível sofrimento alheio, e ainda que preceda a comovente súplica de morte formulada pela própria vítima, pode isentar de pena o homicida eutanásico, cujo gesto, a final, não deixa de ter um fundo egoístico, pois visa também a libertá-lo de sua própria angústia. Nenhum meio artificial pode ser empregado para truncar a existência ao enfermo "desenganado" ou apressar a sua extinção iminente. A Parca inexorável deve agir sozinha, sem acólitos e sem cúmplices. O misterioso fio da vida, seja no embrião humano dentro do claustro materno, seja na plenitude da idade viril, seja nos derradeiros arquejos do moribundo, não pode ser cortado senão pela fiandeira Átropos.

Assim, a antecipação da morte do enfermo, mediante conduta ativa, configuraria, em tese, o delito de homicídio, não assumindo relevância, nesse contexto, o consentimento do paciente.

4.3.2. Da eutanásia ativa indireta

Por outro lado, diversos doutrinadores defendem a possibilidade de determinados procedimentos eutanásicos, em conformidade com dispositivos constitucionais e legais então vigentes.

Isso porque a Constituição Federal, ao tempo em que protege o direito à vida, também assegura a dignidade da pessoa humana, que abarcaria questões atinentes ao próprio destino do enfermo e tomada de decisões quanto ao melhor tratamento médico, sob sua perspectiva.

Nesses termos, não se poderia falar em dignidade quanto a uma vida angustiante, impondo que o paciente sobreviva e resista contra a sua vontade, mesmo enfrentando fortes dores.

O direito à autodeterminação, dessa forma, poderia ser invocado para sustentar a despenalização da eutanásia ativa indireta e da ortotanásia, bem como da própria distanásia, desde que em comunhão com a vontade do enfermo.

Com efeito, o titular da vida pode decidir não iniciar ou não continuar com o tratamento médico que lhe mantém com vida, o que ressalta o seu poder de decisão, inclusive vinculando terceiros ou profissionais da medicina. No mesmo norte, cabe ao paciente decidir até quando prosseguir com os tratamentos destinados à prolongação de sua vida.

E não se encontra qualquer paradoxo no fato de o direito à integridade física acabar legitimando determinadas modalidades eutanásicas. Nesse ponto, muito provavelmente a aparente contradição derive da própria discriminação em relação ao termo *eutanásia*.

Analisando individualmente as demais espécies eutanásicas, verifica-se que na eutanásia ativa indireta ocorre a aceleração do processo de morte em decorrência de medicamentos ministrados para aliviar a dor ou sossegar ansiedades do paciente. Como é sabido, a intervenção no corpo do enfermo pode implicar no aumento de riscos à saúde, na debilitação das defesas do organismo ou, em última hipótese, desatar novos cursos causais de resultado letal.

Todavia, existem razões suficientes para dispensar tratamento jurídico diferenciado entre tais condutas e a execução direta. Isso porque, na atuação indireta, encontra-se frente a um profissional disposto a salvaguardar tanto a vida do enfermo como seu bem estar, compreendendo a sua dignidade como condição humana.

Trata-se, dessarte, de satisfazer a ambos os termos existenciais, quantitativo e qualitativo, na mais alta medida do possível, cedendo do primeiro o necessário para que o segundo não decaia, sem antecipar diretamente o desenlace. Em outras palavras, evitando avançar no sacrifício do paciente enquanto não seja estritamente imprescindível para manter ou recuperar o mais alto grau de bem estar possível, objetivando melhorar, em suma, a condição de uma vida cercada pela enfermidade ou com graves danos acidentais ou fortemente debilitada pela velhice (NIÑO, 2005, p. 109).

Por outro lado, não se poderia imaginar, ainda que a morte seja um evento relativamente próximo de acordo com o quadro e os meios escolhidos, que o profissional estaria assumindo o risco de produção da morte do enfermo?

Todavia, se a missão do médico é curar, recuperar a saúde e aliviar, e, atento ao quadro que assiste, apenas pode fazer este último, com o que recupera parcialmente a saúde, ao menos nos planos psicológico e social sua conduta não

estará apenas justificada, senão abalizada pela deontologia médica, de conformidade com a lei e, por conseguinte, atípica, seja porque não cabe imputar ao médico o aumento do risco, seja porque é socialmente adequada ou, mais juridicamente, diante da aplicação do conceito de tipicidade conglobante, pois responde a uma normativa que prevalece no caso concreto e obriga ou propicia sua realização (NIÑO, 2005, p. 109-110).

De acordo com a teoria da tipicidade conglobante será preciso examinar se a conduta proibida se encontrava contida em alguma norma hierarquicamente superior – ou do mesmo nível, porém de aplicação prevalente no caso –, à prevista no tipo legal que a ordenava ou fomentava. Faz-se necessária a complementação da análise da tipicidade legal e, caso a conduta seja amparada pelo universo normativo, considerá-la como atípica penalmente.⁷⁰

Assim, não deveriam ser colocados quaisquer dilemas aos médicos que atuam dispostos a auxiliar – já que não possível a cura – do modo menos nocivo possível, no alívio das dores e angústias do enfermo que requer essa contribuição, da mesma forma que deve ser respeitada a vontade daquele que deseja ser mantido consciente.

Quanto a esse último ponto, em princípio, a determinação do enfermo de submerter-se a qualquer tipo de tratamento tendente a prolongar sua vida, ainda quando as abordagens forem dificultosas, deve ser respeitada sem limitações. Apenas nos casos em que o prosseguimento do tratamento se torne faticamente impossível ou finalisticamente inexigível, o dever de assistência chegará ao seu fim (NIÑO, 2005, p. 206).

Esclareça-se que a postura do profissional deve ser baseada, exclusivamente, em sua relação com o paciente, abstraindo-se de outros interesses eventualmente concorrentes, como poderia ocorrer em caso de expectativas sucessórias de parentes ou outras questões, sejam ou não econômicas.

Importante, também, consignar que a adoção de tais medidas não implica na retirada dos meios de hidratação e nutrição, tampouco dos relativos à higiene e

⁷⁰ Niño (2005, p. 134) também entende que se uma conduta adequada ao tipo legal tenha contado com o acordo do titular do bem não seria, em princípio, penalmente proibida, já que uma norma superior reconhece ao titular do bem a disponibilidade sobre o objeto. A única possibilidade em contrário estaria representada pela existência de uma norma hierarquicamente superior – ou do mesmo nível que a anterior, porém de aplicação preferente ao caso – que invalidara determinada modalidade de disposição em jogo.

cuidados próprios da situação do enfermo (meios ordinários e proporcionais), até comprovação da morte encefálica.

Ademais, não exonera o profissional médico de adotar ou manter outras medidas de tratamento, convencionais ou não, que resultarem necessárias ou oportunas conforme o quadro do paciente, desde que elas tenham sido consentidas pelo paciente ou seus representantes legais (NIÑO, 2005, p. 248).

4.3.3. Da eutanásia passiva (ortotanásia)

Fato bem distinto seria a não submissão a tratamentos médicos, ou a rejeição de determinado procedimento, ainda que tal pudesse, por via de consequência, levar o enfermo a óbito. É que nessas hipóteses estar-se-ia apenas deixando a morte seguir seu curso, sem qualquer antecipação do processo de morrer.

Em relação à ortotanásia, entende a doutrina pela sua licitude, vez que muito embora exista o dever de respeitar a vida do paciente, não há a necessidade de se mantê-la a qualquer meio, tampouco mediante a utilização de meios desproporcionados e fúteis, em enfermos terminais ou com vida puramente vegetativa e carentes de perspectivas terapêuticas de melhora.

Mas a problemática não se apresenta tão simplificada, devendo a questão ser vista sob dois ângulos, quais sejam, provocação da morte de forma negativa – não aplicação da terapia disponível – e positiva – suspensão das medidas terapêuticas em curso –, muito embora os resultados alcançados em ambas as hipóteses sejam semelhantes.

A eutanásia passiva por omissão de determinados procedimentos terapêuticos⁷¹, uma vez consentida, seria lícita sob a ótica do direito penal, vez que, consoante registrado, o médico não se encontra obrigado a prolongar a vida do paciente contra a sua própria vontade. E mais, a adoção de meios extraordinários contra a vontade expressa do paciente poderia configurar, como já ressaltado, o delito de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal.

⁷¹ Consigne-se, novamente, que tal procedimento não implica na retirada dos meios de hidratação e nutrição, tampouco das medidas relativas à higiene e cuidados próprios da situação do enfermo, até comprovação da morte encefálica.

Nessa ótica, a recusa do paciente, desde que capaz de consentir e ao qual foram prestadas todas as informações relativas à moléstia, aos riscos e consequências da terapia, torna atípica a omissão do profissional.

Como salientado por Luis Fernando Niño (2005, p. 221):

Si mediante su “testamento vital” y/o a través de un acuerdo expreso suficientemente formal y probable, un ser humano afectado por dolores de cuya objetiva causalidad puede dar cuenta el especialista que lo asiste, decide y requiere neutralizarlo y recuperar la paz que hace parte de su salud, no encontramos contradictorio con el próprio deber médico, que el facultativo empeñado em curarlo a – al menos – aliviarlo em su padecer y ayudarle a recuperar la salud en la medida de lo posible, contribuya, eliminada la primera possibilidade por el avance incoercible de la patologia, a restaurar parcialmente la segunda, aunque con ello produzca, por efecto indirecto pero ineludible, una abreviación de la vida física del paciente.

Mesmo ante a ausência de vontade expressa do paciente, como na hipótese de adultos inconscientes e crianças, entende-se que o médico não tem o dever de retardar arbitrariamente o momento da morte, prolongando artificialmente, através de meios extraordinários e desproporcionais, a agonia ou uma vida vegetativa carente de esperanças.

Nesses casos a questão merece ser analisada sob a ótica dos princípios da beneficência e não maleficência, sem descurar de conjugar tal posição com possível consentimento prestado por familiares ou representantes legais do enfermo.

Criziany Machado Felix (2006, p. 124) assim se manifestou:

O debate a ser pautado reside na observância dos princípios da beneficência e não maleficência. Devemos, dessa maneira, analisar se, ainda, é possível efetuar algum bem ao paciente, se o for, não estará legitimada a intervenção; se não o for, dever-se-á, em virtude da aplicabilidade do princípio da não maleficência, deixar de aplicar as terapias que serviriam apenas para protelar a morte, configurando uma postura distanásica e flagrantemente violadora da dignidade da pessoa humana. (...)

Há de se destacar, ainda, que, é constitucionalmente vedada a aplicação de tratamentos desumanos e degradantes, nos moldes do inciso III, do artigo 5º da Constituição Federal.

Já quanto à ortotanásia positiva, que suprime procedimentos técnicos, também deve ser reputada lícita, desde que não seja vislumbrada, em absoluto, qualquer possibilidade de recuperação do paciente.

Em tais casos, pode-se argumentar que se não pode ser exigida a execução de ação distanásica, também não pode ser proibida sua supressão mediante uma ação, não se aperfeiçoando a figura típica do homicídio por ausência de imputação objetiva, vez que deve ser excluída a tipicidade dolosa daquelas ações causais que não criam para o bem jurídico *vida* um risco desautorizado pelo direito (ESPINAR, 1987, p. 247).

Caso não se queira adotar referida teoria (imputação objetiva), também se pode raciocinar pela atipicidade da conduta, utilizando as mesmas razões já expostas quando do exame da eutanásia passiva por omissão (tipicidade conglobante).

Em síntese, não se desconhece a ponderação de interesses que também caracteriza a modalidade de eutanásia passiva e que determina a omissão ou retirada de meios de assistência desproporcionais (mantidos os meios ordinários e proporcionais) no interesse do paciente, sendo precisamente essa ponderação e esse interesse que tornam justificável o comportamento do profissional, a ensejar a atipicidade de sua conduta (NIÑO, 2005, p. 112).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática envolvendo a eutanásia não se trata de questão nova, mas que vem ganhando relevância diante das evoluções biotecnológicas ocorridas no campo da medicina, revelando uma gama de possibilidades postas à disposição do homem e, concomitantemente, levantando questões éticas e jurídicas que precisam ser repensadas. Por isso, trata-se de matéria que sempre é acompanhada de novos conceitos e mudanças de posicionamentos, surgindo a necessidade de modernas explicações, notadamente de conceitos como vida, morte, consentimento do paciente, dignidade da pessoa humana, apenas para citar os mais debatidos.

Os problemas são de uma complexidade multidisciplinar, onde se misturam fatores éticos, religiosos, médicos, filosóficos, jurídicos, entre outros.

Assim, objetivou-se analisar os aspectos jurídico-criminais derivados das condutas eutanásicas praticadas pelos profissionais da medicina, diante do *direito de morrer dignamente*, reconhecendo-se que a questão está longe de ser pacífica e que se encontra completamente afastada qualquer ideia de esgotar o tema e suas imensas variantes.

Todavia, os diversificados matizes em cada uma das situações e a inexistência de regulação legal, inclusive de difícil tipificação, exigem um tratamento jurídico adequado e compatível com toda essa nova situação, respeitando-se a Constituição Federal e as demais normas vigentes no ordenamento pátrio.

No primeiro capítulo, empreendeu-se no sentido de definir/redefinir os conceitos e limites da vida humana e da morte, sobretudo nas últimas décadas. Nesse aspecto, procurou-se demonstrar que o processo que conduz a esse instante irreversível (morte) passou a constituir, em diferentes casos, um poderoso fator de angústia, apto a prejudicar a qualidade de vida e a própria dignidade da pessoa humana, surgindo o que se denomina de *processo de morrer*.

No capítulo seguinte, procurou-se trazer referências históricas da eutanásia no Brasil e no mundo, inclusive através do exame do direito comparado, para, em seguida, delimitar o conceito de eutanásia e as expressões correlatas, classificando e reordenando os distintos casos para viabilizar uma correta análise jurídica, sem descurar de elencar os mais fortes argumentos contrários e favoráveis a essa prática.

Já o terceiro capítulo ficou com a incumbência de analisar a importância da bioética e do biodireito, estudando os princípios gerais daquela (justiça, beneficência e não maleficência, autonomia) e a importância do consentimento informado do paciente. Ato contínuo, foi examinado o princípio da dignidade da pessoa humana e seu possível confronto com o direito à vida, ambos com sede igualmente constitucional.

Por fim, restou efetivada uma apreciação jurídico-penal das diversas hipóteses eutanásicas, agrupando a questão em três séries de núcleos problemáticos, quais sejam, os casos de morte encefálica, as hipóteses de suicídio e auxílio ao suicídio e os distintos casos eutanásicos, abrangendo a eutanásia ativa direta, eutanásia ativa indireta e eutanásia passiva (ortotanásia), praticadas pelo profissional médico com ou sem consentimento do enfermo.

Entendeu-se, assim, que os casos de morte encefálica deveriam estar afastados do âmbito de análise jurídica, diante da conceituação legal de morte advinda com a Lei n.º 9.434/1997.

Em relação ao suicídio, muito embora considerada como conduta atípica, foi demonstrada a razão de punição, diferentemente do ordenamento alemão, da conduta daquele que participa moral ou materialmente do ato, auxiliando (no sentido amplo da palavra) o suicida na prática de seu ato.

Quanto às questões eutanásicas propriamente ditas, verificou-se a necessidade de exame individualizado, já que poderia prevalecer, seja o direito à vida, seja a autonomia do paciente, através do consentimento informado, seja, ainda, a aplicação dos princípios da beneficência e não maleficência, procurando garantir o princípio da dignidade da pessoa humana no processo de morrer.

Nesse aspecto, importante registrar que tanto o direito à vida como a dignidade da pessoa não são direitos absolutos, devendo a interpretação primar pela razoabilidade, quando do exame da situação concreta.

Ao final, concluiu-se, respeitados certos limites, pela ilicitude da eutanásia ativa direta e licitude da eutanásia ativa indireta e eutanásia passiva (ortotanásia). Isso porque, deve-se ter em mente que se a missão do médico é curar e aliviar e, apenas podendo atuar da última forma, a sua conduta encontrar-se-ia abalizada pela deontologia médica, não sendo, portanto, típica, face à aplicação do conceito de tipicidade conglobante.

Da mesma forma, nos casos de eutanásia passiva, a omissão do médico ou retirada de medidas desproporcionadas de um paciente em estado absolutamente irreversível encontraria fundamento na dignidade da pessoa humana e nos princípios da beneficência e não maleficência.

Assim, atendida a proposta desta pesquisa, qual seja, a de oferecer uma reflexão, sem pretensão alguma de ser conclusiva, sobre a eutanásia e os termos correlatos, sob a ótica jurídico-penal.

6. REFERÊNCIAS

ACIDIGITAL. Por que não à eutanásia. **ACIDIGITAL**. Disponível em: <<http://www.acidigital.com/eutanasia/naoeutanasia.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2010

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**. España: Editorial Tecnos, 1998.

ÀRIES, P. **História da morte no ocidente: da idade média aos nossos dias**. Tradução Luiza Ribeiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989, v. I e II.

BARBERO SANTOS, M. El respeto de los derechos humanos: Grandeza e servidumbre de la actividad policial. **Estudios penales y Criminológicos IX**, Universidade de Santiago de Compostela, 1985.

BBC BRASIL. Bento 16 reafirma posição contra aborto e eutanásia. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2005/05/050507_papamla.shtml>. Acesso em: 02 jun. 2008.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. II.

BLASCO, Bernardo Del Rosal. Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente em el anteproyecto de código penal español de 1982. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 4, out.-dez. 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo jurídico. In SARLET, Ingo W. (Org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de Morrer Dignamente: Eutanásia, Ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado. *In* SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.), **Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Ed. RT, 2001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=eutanásia&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09 ago. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22.164. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=22164&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 jun. 2009

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio da culpabilidade: Considerações**. Curitiba: Juruá, 2007.

BUGLIONE, Samantha. Eutanásia e a retórica do amor. **Diário Catarinense**, Florianópolis, 02 abr. 2005, Caderno Cultura.

CAMPI, Sandra. **O valor intrínseco da vida e a autonomia: Reflexões sobre a eutanásia**. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, 2004. Disponível em: <http://www.tede.ufsc.br/teses/PFIL0031.pdf>>. Acesso em: 22. abr. 2009.

CAÑEDO, Carlos Augusto; CHAMON JÚNIOR, Lúcio. Eutanásia e Dogmática Penal: Por uma interpretação paradigmaticamente adequada através de uma teoria da adequabilidade normativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, out.-dez. 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CÁS, Helena Cristina Maia da. As inovações biotecnológicas e o prolongamento artificial da vida humana. **Revista de Direito da Unigranrio**, Rio de Janeiro, vol. I, n. 1, 2008.

CAUDURO, Joseane. **O conceito de eutanásia em Ronald Dworkin**. Dissertação apresentada à Universidade de Caxias do Sul, 2007. Disponível em: http://tede.uces.br/tde_arquivos/2/TDE-2007-07-17T131106Z-120/Publico/Dissertacao%20Joseane%20Cauduro.pdf>. Acesso em: 28. abr. 2009.

COLLUCCI, Cláudia; LEITE, Fabiana; GOIS, Antônio. Médicos revelam que eutanásia é prática habitual em UTIs do país. **FOLHA ONLINE**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u105876.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2008.

COSTA, José de Faria. Vida e Morte em Direito Penal (Esquisso de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 14, n. 01 e 02, jan.-jun. 2004.

D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética. Segundo o Enfoque da Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Ed. Usininos, Coleção Díke, 2006.

DIAS, Rebeca Fernandes. Do Indecidível em Derridá a Integridade em Dworkin. **Revista Unibrasil**, Curitiba, v. 3, 2008.

DINIZ, Débora. **A Despenalização da Eutanásia Passiva: O Caso Colombiano**. Série Anis 13. Brasília: Letras Livres, 2000. Disponível em: <www.anis.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2008.

DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. **Morrer com Dignidade: Um Direito Fundamental**. Série Anis 34. Brasília: Letras Livres, 2004. Disponível em: <www.anis.com.br>. Acesso em: 09.jun. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito. Direito à morte digna**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DONNA, Edgardo Alberto. **Derecho Penal. Parte Especial**. 2. ed. Buenos Aires: Culzoni Eds, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELHARDT, H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

ESER, Albin. Perspectivas do Direito (Penal) da Medicina. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Tradução de CPL Lda, revista por Jorge Figueiredo Dias, ano 14, n. 01 e 02, jan.-jun. 2004.

ESPINAR, José Miguel Zugaldía. Algunas consideraciones sobre la eutanasia en las legislaciones penales de Colombia e España. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 14, n. 23, 1987.

FABBRO, Leonardo. Limitações jurídicas à autonomia do paciente. **Revista de Bioética do Conselho Federal de Medicina**, Brasília, v. 7, n.1, 1999.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FELIX, Criziany Machado. **Eutanásia: reflexos jurídico-penais e o respeito à dignidade da pessoa humana ao morrer**. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/5/TDE-2006-11-16T090440Z-115/Publico/383739.pdf>. Acesso em: 19. maio. 2009.

FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser. **Bioética e Biodireito**. Disponível em: <http://www.josecaubidinizjunior.com.br/sol/imagens_clientes/imagens/4/145.pdf>. Acesso em: 19 maio 2008.

FÖPPEL, Gamil. **Tutela penal da vida humana**. Disponível em: <<http://www.msmedia.com/mat/artigos/18.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. São Paulo: Fundação BYK, 1996.

_____. **Eutanásia: Um Enfoque Ético-político**. Revista do Conselho Federal de Medicina, 1999, n.º 08.

F. SANTOS, G. A morte sob a ótica da racionalidade. **Enfermagem Revista**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, out. 1993.

GIRALDO-CADAVID, Luis Fernando. Muerte, Eutanasia y Cuidados Paliativos. **Revista Persona e Bioética**, v. 12. N. 2 (31), 2008.

GOLDIM, José Roberto. **Bioética**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/textos.htm#eutanasia>>. Acesso em: 30 maio 2009.

GUTIERREZ, Beatriz Aparecida Ozello; CIAMPONE, Maria Helena Trench. O processo de morrer e a morte no enfoque dos profissionais de enfermagem de UTIs. **Revista Escola Enfermagem da USP**, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0080-62342007000400017&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 jun. 2009.

HORTA, Márcio Palis. Eutanásia – Problemas éticos da morte e do morrer. **Revista do Conselho Federal de Medicina**, v. 7, n. 01, 1999. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/problemas.htm>>. Acesso em: 29 maio 2008.

HOSSNE, William Saad. Consentimento: livre e esclarecido. **Cadernos de Ética em Pesquisa**, Brasília, ano V, n. 10, 2002.

HUNGRIA, Néelson. Ortotanásia ou eutanásia por omissão. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, ano 87, v. 752, jun. 1998.

IBARZABAL, Xabier. Bioética: tomando decisiones para el final de la vida. Pensando en el principio de autonomía. **Ver. Mult Gerontol**, 14(3), 2004.

JAKOBS, Günther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a Morte e o Morrer**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LECUONA, Laura. Eutanásia: Algunas Distinciones. *In* PLATTS, Mark (comp.), **Dilemas Éticos**. México: Fondo de Cultura, 1997.

LEPARGNEUR, Hubert. Bioética da Eutanásia. Argumentos éticos em torno da Eutanásia. **Revista do Conselho Federal de Medicina**, v. 7, n. 01, 1999.

MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz; DIEZ MORENO, Fernando. **Dicionário Jurídico Espasa**, Madrid: Espasa Calpe, 1999.

MEDINA, Andrés Forero; GAITÁN, Pedro Alfonso Sandoval. La Defensa em la vida humana em Colombia: uma visión laica, jurídica y cultural. **Revista Persona e Bioética**. v. 9, n. 1 (24), 2005.

MENEZES, Rachel Aisengart. Autonomia e Decisões ao final da vida: Notas sobre o debate internacional contemporâneo. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.), **Vida Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

MERCHÁN-PRICE, Jorge. La Eutanasia no es un acto medico. **Revista Persona e Bioética**, v. 12, n. 1 (30), 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. A vida pode morrer? Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. **Revista dos Mestrados em Direito Público da Universidade Federal da Bahia. Direito Penal Econômico e outros Estudos de Direito Econômico**, Salvador, n. 08, Press Color Gráficos, jan.-dez. 2000.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

NIÑO, Luis Fernando. **Eutanasia. Morrir com Dignidad**. 1ª reimpressão. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2005.

PESSINI, Leo. Distanásia: **Até quando investir sem agredir?** Disponível em: <<http://www.ufpel.tche.br/medicina/bioetica/DISTAN%C1SIA%20-%20AT%C9%20QUANDO%20INVESTIR%20SEM%20AGREDIR.PDF>>. Acesso em: 16 jun. 2009.

PESSINI, Léo & BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. São Paulo: E. Loyola, 2000.

PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo e GARCIA, Pedro Celiny. **Terapia Intensiva em Pediatria**. 4. ed., São Paulo: Ed. MEDSI, 1997.

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Viver bem não é viver muito. **Revista Jurídica Consulex**. n. 29, ano III, v. I, maio 1999.

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

ROMEO CASABONA, Carlos María. Los trasplantes de órganos. **Informe y documentación para la reforma de la Legislación Española sobre trasplantes de órganos**. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1979.

ROXIN, Claus. Tratamiento Jurídico-Penal de la eutanasia. **Revista Electrónica de Ciencia Penal e Criminología**. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, RECPC 01-10 (1999).

_____. **Culpabilidade y prevención en derecho penal**. Madrid: Ed. Réus, 1981.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer (eutanasia, suicídio assistido)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPERIO, César Gutiérrez; BARRACHINA, María Dolores Vila-Coro. Bioética y Biojurídica. **Medicina e ética: Revista Internacional de bioética, deontologia y ética médica**, v. 18, n. 1, 2007.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Ícone, 1998.

SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa-humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 09, Jan.-Jul. 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SIQUEIRA BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. **Ciênc. Saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n.1, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S14131232004000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 04 maio 2009.

SOUSA, Deusdedith. Eutanásia, ortotanásia e distanásia. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 3, n. 3, 1995.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. Relevancia jurídico-penal de la eutanasia. **Cadernos de Política Criminal**, n. 37, 1989.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial. Aspectos Polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida**. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

WIKIPEDIA. **Eutanásia**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eutan%C3%A1sia>>. Acesso em: 04 ago. 2010.

ZORZO, Juliana Cardeal da Costa. **O processo de morte e morrer da criança e do adolescente: vivências dos profissionais de enfermagem**. Dissertação apresentada para obtenção de título de mestre na Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/22/22133/tde-07072004-114012/>>. Acesso em: 14. abr. 2009.