

**QUANDO A MORTE FAZ PARTE DA VIDA: CUIDADOS PALIATIVOS,
TESTAMENTO VITAL E EUTANÁSIA NO BRASIL**

**CÚANDO LA MUERTE HACE PARTE DE LA VIDA: CUIDADOS PALIATIVOS,
TESTAMENTO VITAL Y EUTANASIA EN BRASIL**

Ana Carolina Elaine dos Santos*

Andréa Abrahão Costa**

RESUMO: O presente artigo intenta analisar à luz da Constituição Federal de 1988 a compatibilidade existente entre a diretiva emanda do Conselho Federal de Medicina, através de sua Resolução de nº 1.995/2012, que normatiza a relação médico-paciente no sentido daquele profissional proporcionar uma morte tranqüila e humana a este, e o denominado Testamento Vital. Constata-se que a evolução no campo da Medicina colocou o Direito em xeque quando da necessidade de oferecer respostas satisfatórias aos problemas advindos dessa transformação, principalmente no que toca à possibilidade de dar ao paciente a capacidade de decidir sobre sua própria vida. Assim, discorrer sobre diretivas paliativas, testamento vital e eutanásia requer uma análise interdisciplinar entre o direito constitucional, civil e penal, pois há uma nítida relação existente entre a manifestação da vontade do paciente em não se ver submetido a métodos invasivos de manutenção de uma vida sem qualidade, e a prática da eutanásia, implicitamente proibida no ordenamento jurídico penal brasileiro. Ao final, procura-se apontar essa relação multidisciplinar, bem como a linha divisória entre o testamento vital e a eutanásia.

PALAVRAS-CHAVE: Cuidados paliativos; Testamento vital; Eutanásia; Consentimento informado.

RESUMEN: El presente articulo tiene la pretención de analizar a lá luz de la Constitución Federal de 1988, la compatibilidad existente entre la directiva emanada del Consejo Federal del Medicina, a traves de su Resolución N ° 1.995/2012, que regula la relación médico-paciente en el fin de que aquello profesional proporcionem una muerte humana y tranquila a este, y el denominado testamento vital. La evolución en el campo de la medicina ha puesto en jaque el derecho cuando la necesidad de dar respuestas satisfactorias a los problemas derivados de esta transformación, especialmente en lo que se refiere a la posibilidad de dar al

* Advogada. Professora de Direito Penal do Curso de Graduação Faculdade de Educação Superior do Paraná, FESP. Professora do curso de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Faculdade de Educação Superior do Paraná. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali (Bolsista Capes).

** Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Especialista em Sociologia pela UNICAMP. Professora de Direito Civil do Curso de Graduação da Faculdade de Educação Superior do Paraná, Fesp. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

paciente la capacidad de decidir sobre su propia vida. Por esa razón, discutir políticas paliativas, la eutanasia y testamento vital requiere un análisis interdisciplinario de derecho constitucional, civil y penal, porque hay una clara relación entre la manifestación de la voluntad del paciente al no someterse a métodos invasivos de mantener una vida sin calidad, y la práctica de la eutanasia, implícitamente prohibida en el ordenamiento jurídico penal brasileño. Al final, se busca señalar esta relación multidisciplinar, además de la línea divisoria entre el testamento vital y la eutanasia.

PALAVRAS-CLAVE: Cuidados paliativos; Testamento vital; Eutanasia; Consentimiento informado.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muito já se disse sobre a evolução do Direito, sobretudo a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e precisamente acerca de como os ordenamentos jurídicos vão sofrendo alterações a partir do quanto querido, sentido e questionado no âmbito da sociedade. Trata-se do necessário dinamismo do Direito.

Com a temática da vida e da morte não é diferente. As adaptações são levadas a efeito sem se perder a essência na solução dos dilemas. Estes, no que concerne ao objeto do presente trabalho, sem dúvida, interessa muito aos profissionais que trabalham com a Bioética, tida como “espaço de diálogo transdisciplinar, transprofissional e transcultural frente aos progressos tecno-científicos na área da saúde e da vida, enfatizando a tolerância e a solidariedade como valores a serem cultivados.” (BARCHIFONTAINE, 2004, apud, CLEMENTE E PIMENTA, 2006, p. 2).

Como explica MYSZCZUK e MEIRELLES (2008, p. 333-334)

O Direito chega ao século XXI e coloca o jurista frente ao desafio de enfrentar e harmonizar conflitos ou perplexidades decorrentes do avanço biotecnológico, de modo a impor limites entre o que é cientificamente possível fazer e o que é moralmente desejável realizar. É imprescindível que, também, passe [o jurista] a interpretar as regras jurídicas, buscando novas ou re-oxigenadas bases para sua interpretação das questões jurídicas. Não seria de nenhum auxílio na resolução dos conflitos análises que passem ao largo dessa nova ordem ou que insistam em conceitos tradicionais, que não abarquem os problemas advindos com os avanços biomédicos presentes no dia-a-dia.

Mas, o direito à vida, garantia fundamental inscrita na Carta de 1988 e fonte primária de todos os outros direitos do ser humano, interessa também, a um só tempo, ao Direito Civil e ao Direito Penal, na exata medida em que de um lado, a partir da recentíssima Resolução 1995, de 30.08.2012, do Conselho Federal de Medicina, defende-se a adoção no Brasil da possibilidade do que se convencionou chamar na literatura especializada de testamento vital e, de outro lado, proíbe-se a prática da ortotanásia, vale dizer, prática que permite a morte acontecer no tempo certo sem a utilização de métodos desnecessários.

O problema está em que, se é verdade que o direito à vida consiste, dentre outros aspectos, na prerrogativa de não se ver interrompido o ciclo vital senão pela morte espontânea e inevitável, não há negar, de outro turno, que se cogita do direito de ter-se uma boa qualidade de morte, uma boa qualidade de morrer. Ingressa-se, assim, no tema relativo aos cuidados paliativos, cuidados estes que todo cidadão tem e refletem-se na atenção dispensada ao paciente sem possibilidade terapêutica ou ao idoso que não possui poder curativo, sendo dita atenção capaz de aliviar a dor e o sofrimento.

Um dos maiores desafios atuais, então, é o de se reconhecer que a vida é finita e que, naquela perspectiva, de uma boa qualidade de morte, a idéia é de se dar vida aos anos, valorizando o tempo que ainda resta.

Sendo assim, a pergunta central que norteia esta reflexão é a de se saber se, uma vez admitida a prática do testamento vital no Brasil conduziria ela a algum dos tipos de eutanásia? E em que medida? Ou, dito de outra forma, qual seria a linha divisória entre as duas práticas?

Os questionamentos tanto mais se intensificam se constatamos que a mesma ordem constitucional que protege a vida e elegeu a dignidade da pessoa humana como vetor de aplicação, interpretação e integração de todas as outras normas de direitos fundamentais, também veda o tratamento desumano ou degradante, a ponto de defender-se que:

Tratar o homem de forma desumana é desconsiderá-lo enquanto pessoa; é tratá-lo como coisa ou simples meio para a obtenção de conhecimento científico ou de ganhos econômicos. Importa em desconsiderá-lo enquanto sujeito e usá-lo como objeto de direitos. Tratar o ser humano de forma degradante significa impor-lhe riscos de danos ou danos desnecessários, condições indignas para a realização da intervenção e/ou usar de métodos ou técnicas que contrariem a moral e ética médica. (MYSZCZUK e MEIRELLES, 2008, p. 340)

As respostas para as referidas indagações somente podem ser encontradas se, num primeiro momento, nos debruçarmos sobre o conceito do testamento vital e as discussões acerca de sua legitimidade no Brasil, para só então delimitarmos o tema no contexto do Direito Penal. É o que faremos a seguir, não sem antes mencionarmos, a breve espaço, a discussão do tema no contexto da Bioética e do Biodireito.

2. A BIOÉTICA NO CONTEXTO DO BIODIREITO

Como dito alhures, a sociedade e a ciência são dinâmicas. O Direito deve estar atento às mudanças para não se tornar obsoleto, e neste sentido, a área médica, ao longo desses anos, representa um dos maiores arcaibouços de transformações da humanidade. A evolução biotecnológica trouxe, inevitavelmente, a necessidade de se repensar a ética médica e o ser humano como centro e agente dessa metamorfose. Temas relacionados à reprodução assistida, transplantes de órgãos, clonagem humana, eutanásia e aborto surgiram em um momento histórico carente de respostas e soluções.

Nasce então, a bioética, a ética da vida, que num primeiro momento busca discutir as novas formas de se relacionar ciência e proteção do ser humano. As regras antes usadas, eminentemente de cunho deontológicos, ficam longe de fornecer uma resposta satisfatória às necessidades emergentes oriundas do rápido progresso biotecnológico. (SCHAFFER, 2011, p. 35)

A ética representa “um conhecimento racional que, a partir da análise de comportamentos concretos, se caracteriza pela preocupação em definir o bem, ou seja, a responsabilidade do homem para com seu semelhante”. (SOARES e PIÑEROS, 2002. p. 24) E, tem por finalidade criar regras gerais de conduta, principalmente no que toca às “experiências envolvendo a criação de novas formas vida, a fim de que se evitem desastres no equilíbrio biológico das espécies”. (SILVA, 2008, p. 64)

Já a Bioética representa o "conjunto de pesquisas e práticas multidisciplinares, que tem por finalidade a resolução de conflitos éticos provocados pelos avanços biomédicos". (MYSZCZUK e MEIRELLES, 2008). A bioética é, assim, a "ponte entre a ciência e a humanidade", (NAMBA, 2009, p. 8) e ambas tem em comum o respeito à dignidade da pessoa humana, e como objetivo “a busca de benefícios e a garantia da integridade do ser humano, tendo como fio condutor o princípio básico da defesa da dignidade da pessoa humana”. (SILVEIRA; FERREIRA e SOUZA JUNIOR, 2009, p. 40)

Buscando aproximar a velocidade científica e o respeito ao ser humano, a bioética se

vale de princípios gerais que definem, a um primeiro momento, condutas morais que devem ser obrigatoriamente respeitadas, tais como o princípio da autonomia ou da autodeterminação da pessoa; da justiça; da beneficência. (MYSZCZUK e MEIRELLES, 2008)

A função do Direito nessa transformação é, em primeiro lugar, reconhecer essa evolução e, depois, admitir que as normas e os conceitos tradicionais não são capazes de dar a solução adequada ao dinamismo biomédico. Portanto, como ponto de partida o direito deve buscar reorganizar suas idéias jurídicas através do desenvolvimento do biodireito, tendo a bioética como fonte primária dessa positivação.

3. O CONCEITO DE TESTAMENTO VITAL

Dando azo às funções do biodireito, sustenta-se que um dos maiores desafios da Bioética relaciona-se com o “morrer com dignidade”, respeitando-se a vontade daquele que, sem qualidade de vida, está sendo assistido por seus familiares e cuidadores. Esse “morrer com dignidade” ecoa, atualmente, no chamado testamento vital ou também denominado testamento biológico ou “living will”, expressão oriunda da ordem jurídica norte-americana. Com tal instrumento restam enaltecidos os desejos do paciente terminal, o qual pode exercer o seu direito de morrer, dispondo sobre a assistência médica a ser-lhe prestada.

E isso se dá não por acaso, pois a discussão insere-se na evolução sentida nas relações médico-paciente, as quais deixaram de lado um modelo paternalista, no qual o médico poderia e deveria ministrar os tratamentos que, a seu critério, pudessem conduzir à cura, para um modelo de consentimento informado, no qual é reconhecida a autonomia do paciente para concordar ou não com procedimentos médicos tomando como referência o quanto lhe é esclarecido pelo profissional, o que inclui riscos, contra-indicações, vantagens.

Tal evolução foi gradual e no prisma internacional solidificou-se a partir da Declaração dos Direitos do Paciente da Associação Médica Mundial datada de 1981 (ADORNO, 2009, p. 76-77). No Brasil vale citar as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (n.ºs 1.081/82, 1.890/09 e 1.957/2010), do Conselho Nacional de Saúde n.º 196/96 e o próprio Código de Ética Médica em vigor (arts. 22 e 31)

Para CLEMENTE e PEREIRA (2006, p. 2) o testamento vital ou biológico

Visa influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua

vontade em razão da doença. {...} Portanto, um testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, que uma pessoa realiza em uma situação de lucidez mental para que seja levado em conta quando, por causa de uma doença, já não seja possível expressar sua vontade.

E prosseguem, citando BORGES (2001, p. 3):

É assegurado o direito à vida (não o dever), mas não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento. O paciente tem o direito de interromper o tratamento com base no direito constitucional de liberdade (inclusive liberdade de consciência), de inviolabilidade de sua intimidade e honra, e, além disso, de respeito à sua dignidade humana. {...} O direito à vida constitucionalmente, não é um direito sobre a vida. Constitui-se 'direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. O direito à vida, no âmbito privatístico, confere ao direito de personalidade as características de indisponibilidade e não interferência de terceiros.

BORGES (2001, p. 32), por sua vez, entende que o testamento vital é um documento em que a pessoa determina de forma escrita a que tipo de tratamento quer se submeter para o instante em que se encontrar doente, vale dizer, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar a sua vontade. É que se visa, nos dias atuais, a

Reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindica-se uma morte digna, o que significa a recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia.

GODINHO (2010, p. 1), no entanto, observa que,

Não há norma jurídica no país que regulamente a figura, embora não exista razão que impeça a discussão de sua validade. Por não vigorar, quanto aos atos jurídicos, o princípio da tipicidade, os particulares têm ampla liberdade para instituir categorias não contempladas em lei, contanto que tal não venha a afrontar o ordenamento.

E para além das questões formais acerca de quais seriam os requisitos necessários à celebração do instrumento – nos termos do art. 104, do Código Civil, o mesmo autor ressalta que remanesce a discussão quanto ao conteúdo do documento, que, ao contrário dos atos de disposição de última vontade em geral, é dirigido à eficácia jurídica antes da morte do interessado.

Afinal, não estão assentadas as discussões a respeito da possibilidade de recusa a tratamento médico necessário para preservar a vida do paciente, ou quanto à legitimidade da supressão da vida humana pela eutanásia, nem mesmo nos casos de ortotanásia (ou eutanásia passiva), em que ocorrer a interrupção de tratamento vital, deixando-se de ministrar a medicação adequada ao paciente em estado terminal e irreversível. Por isso, ainda que se reconheça a possibilidade da elaboração de um testamento vital, embora sem previsão legal, poderia surgir outro empecilho à validade do ato: como os arts. 104, II e 166, II do Código Civil exigem que todo ato jurídico depende da licitude do objeto, poderá ser questionada a subsistência do testamento vital, sobretudo por aqueles que entendem que a vida, bem maior de todos, deve sempre ser preservada a qualquer custo, ainda que contra a vontade do próprio paciente. (GODINHO, 2012, p. 964)

Os direitos dos pacientes terminais também foi objeto de estudo de PENALVA (2008, p. 518), a qual chama a atenção para a existência de legislação específica sobre diretivas antecipadas em países europeus¹ e nos Estados Unidos.

Explica Borges (2007, p. 240):

As diretivas antecipadas são gênero, do qual é espécie o testamento vital e o mandado duradouro. O testamento vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.

¹ Explica a autora que “nenhum país da Europa havia positivado os direitos do paciente terminal até 1997. Foi com o convênio de Oviedo que os Estados europeus começaram a elaborar legislações sobre o tema.” (2008, p. 523)

Já o mandado duradouro, segundo NAVES e REZENDE (2007) é um documento no qual o paciente escolhe uma pessoa que deverá tomar decisões em seu nome, quando o próprio paciente não puder exprimir mais sua vontade.

Resta-nos saber se o instrumento testamento vital poderia ter validade jurídica no Brasil. É o passaremos a expor.

4. VALIDADE JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL E A RESOLUÇÃO 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A discussão que não é somente jurídica, mas também ética, religiosa e moral, sobre o direito de morrer dignamente, contudo, deixou de ser feita pelo legislador de 2002, ao tempo da edição do novo Código, o que a nosso ver, desde logo impede seja o testamento vital reconhecido como válido no Brasil.

A crítica não passou despercebida pela doutrina que desenvolve estudos na linha do Direito Civil-Constitucional:

É que, a partir de uma leitura civil-constitucional, especialmente da cláusula geral da dignidade humana, é fácil notar que o direito à morte digna é o reverso da moeda do direito à vida digna. Em palavras mais claras, ao direito de viver com dignidade, haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna há de ser a conseqüência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão somente, de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações. {...} seja qual for o posicionamento a prevalecer, é imperioso que reconheça que o único ponto indelével (e insubstituível) nessa discussão é o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana também se projeta na morte. De nossa parte, parece que a melhor solução é aplicar a técnica de proporcionalidade, deixando para, no caso concreto, dar contornos efetivos ao direito à morte digna, dependendo das circunstâncias concretas. (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 291)

O esforço doutrinário é grande no sentido da defesa de ser possível a adoção do testamento vital no Brasil.

Como exemplo podemos citar GODINHO (2012, p. 961-965), para quem

O fato de inexistir previsão legal sobre o testamento vital no país não significa que se possa proclamar uma suposta incompatibilidade: em consonância com os princípios e normas que imperam no ordenamento brasileiro, nada impede que se reconheça a validade daquele instrumento, que nada mais representa que uma relevante expressão da autonomia dos pacientes, com a particularidade, neste caso, de se tratar de um instrumento previamente elaborado, com o intuito de estabelecer diretrizes sobre intervenções médicas supervenientes. Sendo descabida a alegação de que o testamento vital não pode subsistir, pelo simples fato de não haver regulamentação específica em lei – embora a elaboração de uma norma especialmente cunhada para reger o instituto seja conveniente, para pôr termo às dúvidas que persistem sobre o tema –, torna-se imprescindível estabelecer determinadas condições para o reconhecimento da sua validade. {...} não se pode deixar de consignar que, nos casos em que se puder verificar que a continuidade do tratamento vital apenas causará mais sofrimento que esperança, ou seja, quando se constatar que o tratamento não prolonga a vida minimamente digna, mas apenas retarda indefinidamente a morte, será adequado concluir que deixar um paciente morrer, se de fato a morte é consequência natural e inevitável, é o único meio de se preservar a dignidade da pessoa em causa. Com efeito, há manifesta diferença entre matar e deixar morrer – neste caso, insista-se quando a morte for de fato inevitável.

No mesmo sentido sustenta PENALVA (2008, p. 530):

O sujeito tornou-se centro do ordenamento jurídico a partir da Constituição da República de 1988, o que confere à pessoa humana uma esfera de atuação jurídica no âmbito do Direito Privado. Tal fato, atrelado à recepção da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito pode ser entendido como legitimador do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, entendido este instituto como instrumento protetor da dignidade da pessoa humana dos pacientes terminais e da autonomia privada.

Já sob a ótica dos diferentes modos de morrer afirmam CLEMENTE e PIMENTA (2006, p. 3):

O direito de morrer dignamente não deve ser confundido com direito à morte. O direito de morrer dignamente é o desejo, a reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos de personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer. Este tem sido reivindicado como sinônimo de eutanásia ou de auxílio a suicídio, que são intervenções que causam a morte. Defender o direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação. {...} Assim, é assegurado o direito, não o dever à vida, e não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento. O direito do paciente de não se submeter ao tratamento ou de interrompê-lo é consequência da garantia constitucional de sua liberdade, de sua liberdade de consciência.

BUENO e HAAS (2012, p. 8) defendem que “mesmo que não haja regulamentação legislativa acerca do testamento vital, deve este ser considerado válido em razão da autonomia daquele que se encontra enfermo, visando seu direito de liberdade e sua vontade de ter uma morte digna”.

As vozes ganharam coro a partir da edição, pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, da Resolução 1.995/2012, sendo ela pioneira ao garantir autonomia ao paciente e consolidar os preceitos dos cuidados paliativos. O órgão, na linha de abordagem de uma medicina calcada em princípios operantes que assegurem aos cidadãos tanto um bem-estar físico quanto moral, vem normatizando, por meio da edição de resoluções, desde o ano de 2009, a maneira pela qual os profissionais podem proporcionar uma boa morte, mais humana e capaz de ser compreendida.

De fato, a normativa dispõe sobre critérios para que qualquer cidadão, capaz civilmente e com plenitude de consciência, possa definir junto ao médico que o acompanha quais os limites terapêuticos devem ser seguidos em uma eventual fase terminal, bastando, para tanto, o registro expresso da vontade em documento chamado de diretiva antecipada da vontade. Desta forma, surge a opção pela não submissão a tratamentos incomuns de

manutenção da vida na fase terminal de certas doenças, como, por exemplo, a demência, o câncer ou a insuficiência cardíaca.

Dispõe a citada Resolução que o Conselho Federal de Medicina resolve:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Antes dela, acerca dos “tratamentos paliativos”, ressaltou-se, havia sido editada a Resolução n.º 1931/2009, por meio da qual foi aprovado o vigente Código de Ética Médica. Ao tempo em que a normativa dispõe no seu art. 32 que é vedado ao médico “deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”, preceitua no § único, do art. 41 que “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”.

Mas, em que medida a vontade do paciente poderia ser respeitada e é soberana frente ao vigente ordenamento jurídico brasileiro? Como ficaria o risco de perder-se a possibilidade de salvamento por força de declaração que não se teve tempo de revogar? E se fosse negada a concretização da vontade do paciente? Nasceria para o médico algum tipo de responsabilidade? Pois, até que ponto a conduta médica em certo caso seria passível de ser enquadrada no conceito de distanásia², esta entendida como o prolongamento artificial do processo (natural) da morte, ainda que à custa do sofrimento do paciente?

O problema está em que, mesmo tendo o legislador infra-constitucional dado “um primeiro passo em território controverso, positivando assunto habitualmente confiado à ética médica” (DONEDA, 2007, p. 51), Schreiber ((2008, p.264) destaca que:

{...} viu-se como a roupagem do Código Civil de 2002 deixou a descoberto inúmeros aspectos e problemas atinentes aos direitos da personalidade. Em sua rigidez e excesso de apego à técnica da subsunção, a vestimenta normativa não se mostra nem longa, nem flexível o suficiente para cobrir as estonteantes nuances que se combinam nos conflitos atinentes à personalidade. Com alguma simpatia, entretanto, o intérprete há de encontrar neste esvoaçante tecido da codificação a franja de seda, que, puxada, revelará, sob as rendas ludibrias da literalidade, a nudez sublime da finalidade legislativa – a proteção da dignidade humana, em toda a sua rica multiplicidade e até no seu intrínseco antagonismo.

Entretanto, RAPOSO (2011, p.174-175) é enfática em afirmar que:

Nestas condições, a recusa de tratamento de suporte vital não pode ser vista como uma tentativa de suicídio ou como eutanásia, pois uma tal decisão

² “É a continuação, por intervenção da Medicina, da agonia, mesmo sabendo que, naquele momento, não há chance conhecida de cura. Enfim, é uma verdadeira obstinação pela pesquisa científica, pela tecnologia e tratamento médico, olvidando o direito do paciente à sua dignidade intangível, mesmo no momento da morte.” (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 294/295)

apenas permitirá que a doença siga o seu curso normal. Se a morte eventualmente ocorrer será o resultado de uma doença e não de lesões auto ou hetero-infligidas. A intenção não é fomentar a eutanásia activa, mas somente deixar ao paciente a decisão do momento no qual os esforços terapêuticos devem ser interrompidos.

A nosso ver, contudo, todas aquelas derradeiras questões são respondidas pelo quanto observa FARIAS e ROSENVALD (2009, p. 294), e, se por um lado apontam para a necessidade de diferenciação entre o testamento vital e a eutanásia, por outro reforçam a proximidade existente entre eles, a ponto de, a nosso ver, um impedir a existência do outro.

Compartilham deste entendimento BUENO e HAAS (2012, p. 3-6), quando afirmam:

O testamento vital ou a declaração vital é um método correlato da ortotanásia, entretanto, a prática desta ainda é considerada crime em nosso ordenamento, embora haja projeto de lei prevendo a mudança deste entendimento. {...} Está em tramitação no Congresso Nacional, o projeto de Lei de autoria do Senador Gerson Camata (PMDB-ES), com o objetivo de retirar a ortotanásia do rol de ilicitude penal. {...} Visa o projeto de Lei o direito a morte digna, respeitando a vontade da pessoa, não a obrigando a passar por tratamentos desproporcionais.

Em suma, como explicam FARIAS e ROSENVALD (2009, p. 295):

O direito brasileiro, através do Código Penal, mantém a eutanásia no âmbito da ilicitude, olvidando todos os demais aspectos da controvérsia. Exatamente por isso, não se admite, entre nós, o chamado *testamento vital* (ou *living will*) – que seria o documento pelo qual alguém esclarece querer, ou não, determinado tratamento de saúde, caso necessário, em situação hipotética de encontrar-se em estado incurável ou terminal, com conseqüente incapacidade de manifestar vontade. Assim sendo, o médico não se vincula ao testamento vital, eventualmente deixado por pessoa capaz, em razão de sua inadmissibilidade legal.

E o que vem a ser a eutanásia? Quais são as suas formas de expressão e evolução na história mundial? Por quais motivos ganha relevo na esfera penal e é prática vedada no

Brasil? É sobre o que discorreremos a seguir.

5. A EVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO MORRER

Verifica-se no decorrer da história da humanidade que o processo de morte passou por diversas fases e ideologias. Antigamente a morte era algo sagrado e fruto da manifestação da vontade divina (PESSINI, 2004, p. 40-41). O sofrimento aplacava os pecados e representava a passagem para vida eterna, a morte pertencia ao próprio moribundo (ARIÉS, 2003, p.35).

No século XIX, com a evolução científica da Medicina, houve uma profunda modificação no pensamento e nas idéias antes concebidas. O doente passa a desconhecer seu real estado de saúde e, em virtude da proliferação dos hospitais e do avanço tecnológico o local da despedida muda e busca-se cada vez mais evitar ou adiar o processo da morte (PESSINI, 2004, p. 40-41). O médico anuncia a morte e passa a ser o dono “de seu momento e de suas circunstâncias {...} São os tanatocratas” (ARIÉS, 2003, p.53-61).

O reflexo desta mudança é sentido, especialmente, no Século XX, pois a ordem social industrial impõe um novo modelo de vida, em que a concepção desta e a da morte passam a ter conceitos antagônicos. Constata-se uma verdadeira ruptura na dimensão estóica e espiritual em que o corpo e alma se encontravam (PESSINI, 2004, p.41).

A ordem capitalista dirigida para a produtividade e o progresso não admite se pensar e falar na morte. Em uma sociedade capitalista fazem com que a utilização de mão-de-obra e a morte representem um verdadeiro obstáculo a tal finalidade, por isso, passa-se a afastá-la do convívio social.

A nova ordem institucionalizada e a separação entre os conceitos de corpo e a alma, iniciada no século XVI, passaram a ser os fundamentos ensejadores da mudança de pensamento. É que com o avanço nas ciências médicas o corpo e seus processos fisiológicos passam a ser submetidos à investigação científica, a medicalização crescente oportuniza uma longevidade da vida, e, a partir daí, ao **homem é dada a possibilidade de alterar o destino das coisas de acordo com a sua vontade, inclusive do momento da morte.** O homem passa a ser o senhor do seu destino. A função antes exercida pela vontade de Deus deixa de ter sentido. Portanto, se fazia necessário ‘exorcizar a morte, a fim de transformá-la urgentemente em algo “natural’, que pudesse

ser submetida ao controle do homem. (PESSINI, 2004, p.41, grifo nosso).

Nesta perspectiva tem-se a coisificação do corpo que, aliada à

Intencionalidade mercantil que habita em todos os setores da sociedade industrial capitalista se revela com vigor na instituição hospitalar, em relação ao moribundo. O doente terminal é marginalizado socialmente, porque deixou de ser funcional. É destituído do seu antigo *status* e, conseqüentemente, de sua dignidade. Só tem o *status* que lhe é atribuído pelo universo hospitalar, ou seja, um *status* negativo, o de um homem que, por não poder retornar a normalidade funcional encontra-se literalmente depositado. Na sociedade industrial não há lugar para os agonizantes: são indivíduos que não produzem, não consomem, não acumulam, não respondem aos seus apelos, não competem não se incomodam com o progresso, com o tempo nem como o dinheiro³. (MARANHÃO, 1998, p. 15)

Este processo de dessacralização da morte é, por fim, sentida no corpo, que “deixando de ser algo sagrado e, portanto, intocável torna-se objeto de pesquisa e estudo; o ideal da morte natural vai ao encontro dos interesses da sociedade mercantil capitalista {...}”. (PESSINI, 2004, p.46).

Neste contexto a discussão sobre a eutanásia (re)nasce como uma proposta de reflexão acerca da possibilidade que o homem tem de se (re)apropriar da morte e questionar os limites da atuação médica e do próprio Estado, que, de alguma forma, interfere na vontade e na autonomia do paciente. Portanto, se questiona: seria o testamento vital um instrumento em favor dessa busca? De que modo?

6. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE EUTANÁSIA

A prática da Eutanásia se fez presente durante todo o decorrer da História, ainda que em algumas situações possamos nos deparar com formas e finalidades diversas. Ao longo da

³Em estudos sobre pacientes em estados terminais ou gravemente doentes Kubler-ross constatou que normalmente quando o paciente chega gravemente enfermo é tratado como alguém sem direito a opinar, ignorando por completo os seus sentimentos, desejos e acima de tudo o direito de ser ouvido, ele praticamente deixa de ser uma pessoa, transformando-se num objeto de grande preocupação e grande investimento financeiro. (KUBLER-ROSS, Elisabeth. Sobre a morte e o morrer: o que os doentes terminais tem para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. Tradução: Paulo Menezes. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 12/13).

evolução dos tempos constatam-se inúmeros exemplos de mortes libertadoras e eliminadoras. (ASÚA, 1929, p. 180)

Desde os povos indianos⁴ que entre os séculos II a.C e II d.C praticavam a morte de crianças de má índole, passando pelos Gregos⁵ (ALMEIDA, 2000, p. 149) que eliminavam crianças nascidas doentes como forma de evitar seu sofrimento e a sobrecarga dos custos sociais; pelos Celtas⁶ (ASÚA, 1929, p. 444) que praticavam a morte de crianças monstruosas; pela Idade Média⁷ (HRYNIEWICZ e SAUWEN, 2000, p. 126) que a eutanásia era a forma de evitar o sofrimento dos soldados de guerra, até a eugenia praticada na Alemanha pré-nazista; a eutanásia sempre se fez presente. (ASÚA, 1929, p. 193)

Entre os filósofos gregos, Platão e Aristóteles admitiam-se a prática da eutanásia ou o abandono à própria sorte dos recém-nascidos portadores de anomalias ou deformidades. Em Esparta, tais crianças eram atiradas às rochas. Na República, de Platão, considerava-se que “quem não fosse capaz de viver desempenhando as funções que lhe são próprias não deveriam receber cuidados, por ser uma pessoa inútil para si mesma como para a sociedade”. (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000, p. 288)

Sêneca manifestou-se, em uma de suas cartas, como partidário das idéias eutanásicas:

Assim como escolho o navio no qual viajarei ou a casa na qual habitarei; assim escolherei a morte pela qual deixarei a vida... por que sofrerei as dores da doença e as crueldades da tirania, quando posso emancipar-me de todos os tormentos da vida e lançar fora as cadeias? (HRYNIEWICZ e SAUWEN, 2000, p. 128)

Dentre os filósofos que não eram favoráveis à prática da Eutanásia destacam-se Hipócrates e São Tomás de Aquino. Adverte-se que São Tomás de Aquino já chamava

⁴ Narra Asua que os doentes incuráveis eram conduzidos por seus familiares à margem do rio Gandhi, quando então lhes asfixiavam as narinas e a boca com barro sendo posteriormente arremessados ao rio sagrado.

⁵ Também se admitia a morte de crianças para que seus espíritos pudessem voltar em corpos sãos.

⁶ Entre os povos celtas a morte dava-se às crianças consideradas monstruosas e aos anciãos “valetudinários”. Durante a Idade Média a eutanásia foi praticada com a finalidade de aliviar o sofrimento dos soldados que se encontravam gravemente feridos. Nestas épocas “era comum guerreiros medievais carregarem consigo um instrumento pontiagudo – a misericórdia – para liquidar os companheiros muito feridos”.

⁷ Durante a Idade Média a eutanásia foi praticada com a finalidade de aliviar o sofrimento dos soldados que se encontravam gravemente feridos. Nestas épocas “era comum guerreiros medievais carregarem consigo um instrumento pontiagudo – a misericórdia – para liquidar os companheiros muito feridos”. (HRYNIEWICZ, Severo e SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “in vitro”**. Da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000. p. 126).

atenção para o princípio de que todos são dignos, pois

Em fins da Idade Média, também se rechaçou a prática da eutanásia considerando-a como um atentado ao amor próprio e ao do próximo, bem como à sociedade e à Deus, quanto à Sua decisão em relação à vida do homem. (MAISONNAVE, 2005, p. 204)

Thomas More na Utopia, em 1516, descreve o uso da eutanásia como uma conduta virtuosa, sábia, que põe fim à vida do doente que sofre. (MORE, 2004, p. 86/87)

Entretanto, é uníssono o fato de ser atribuído à Francis Bacon o uso da terminologia quando estabeleceu,

Que o médico deve acalmar os sofrimentos e as dores não apenas quando este alívio possa trazer a cura, mas, também, quando puder servir para procurar uma morte doce e tranqüila. Aduzia o filósofo inglês que se o médico não quisesse faltar à sua missão e ao dever de humanidade deveria aprender a arte de facilitar diligentemente uma suave partida desta vida. (MAISONNAVE, 2005, p. 203/204)

Foi, portanto, com Bacon que a terminologia Eutanásia ganhou força e passa a estar relacionada com à forma pela qual o moribundo pode deixar a vida de forma mais fácil e silenciosa, sem sofrimentos. (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000, p. 289)

A partir do século XVI a etanásia passou a designar a “ação deliberada – recomendada aos médicos - que visasse a ajudar os doentes desenganados a ter uma morte tranqüila e fácil, graças à **diminuição de seus sofrimentos**”. (MARANHÃO, 1998, p. 53, grifo nosso). Nesse sentido, eutanásia é, portanto, morte piedosa e/ou libertadora.

Porém, no século XX, verifica-se uma completa inversão do conceito de Eutanásia. Este fato é notado, principalmente na Alemanha, na década de 20.

Expõe Asúa (1929, p. 193):

Em 1920, Carlos Binding e Alfredo Hoche publicaram um folheto intitulado ‘A autorização para exterminar as vidas sem valor vital’ e procuraram explicação e razões jurídicas e morais que possibilitassem de forma legal matar os seres humanos desprovidos de valor vital. Binding, não encontrava, nem do ponto vista religioso, moral, jurídico e, ou, social argumentos que

negassem a autorização para destruir esses seres humanos, arremedos de verdadeiros homens, que provocam a repulsa em todos que os vêem. Tais idéias, além de eutanásicas, eram propriamente selecionadoras, já que também se previa a prática da eutanásia para os doentes incuráveis bem como o aniquilamento dos imbecis e dementes sem cura possível. Tal postura, digna de críticas, chegou ao ápice quando Hoche declarou que ‘chegaria um dia em que consideraremos a eliminação dos indivíduos de espírito morto, não como um crime, mas como um ato útil’.

Não é difícil imaginar que tais idéias, dentre outras, serviram de inspiração para a adoção da prática da eugenia pelos nazistas. (MAISONNAVE, 2005, p. 205)

A eliminação de vidas indignas de serem vividas referia-se a morte em benefício da sociedade de pessoas capazes e com vontade viver, mas que sofrem de doenças mentais incuráveis que serviu de fundamento para os nacional-socialistas durante o nazismo. (ROXIN, 2008, p.232/234)

A evolução da prática da eutanásia se resume a dois estágios bem delimitados: o primeiro, relacionado ao seu conceito teológico, de morte doce, tranqüila e natural; e o segundo, relacionado ao seu “mau” uso, em um sentido que foge por completo do significado atribuído à primeira: o de extermínio de pessoas ou grupos pelos mais variados motivos. E é desta diversidade de fins que surgem as inúmeras ‘espécies’ de eutanásia.

7. CONCEITO DE EUTANÁSIA

A derivação teológico-grega de Francis Bacon na qual a eutanásia designa uma boa morte já não guarda mais nenhuma relação com o conceito adotado hodiernamente. Tanto é assim que Asua (1929, p. 333), fazendo referência à conceituação do termo, adverte que o significado de boa morte mudou completamente quando se fez necessário uma construção doutrinária sobre o tema.

Originalmente, como já se salientou, a prática da Eutanásia nunca teve a pretensão de antecipar ou provocar a morte de alguém e, sim, aliviar o sofrimento de quem está desenganoado, deixando que a morte siga seu curso natural. Assim sendo, num primeiro momento, a terminologia foi utilizada no sentido de facilitação do processo de morte sem que se pudesse interferir em seu curso. A prática da eutanásia visava à aplicação de meios paliativos que pudessem garantir a diminuição do sofrimento de quem padece, tais como o

acompanhamento psicológico do doente e outros meios de controle da dor. Infere-se neste mesmo conceito a possibilidade de se evitar tratamentos inúteis que apenas prolonguem a agonia do paciente. A eutanásia garantia, de fato, uma boa morte, no sentido de esta não ocorrer de forma tão dolorosa. Nunca possuiu o objetivo de causar a morte ou abreviar a vida.

Entretanto, nos dias atuais se fala de eutanásia como uma conduta que causa a morte do paciente que sofre, como uma ação que busca, de alguma forma, antecipar o processo natural da morte e, conseqüentemente, a cessação do sofrimento: **“em vez de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a”**. (BORGES, 2001, p. 285, grifo nosso)

É, portanto, a morte dada a uma pessoa que sofre de uma enfermidade incurável ou muito penosa, para suprimir a agonia demasiado longa e dolorosa, e que, inspirada no sentimento de piedade ou compaixão, não visa, num primeiro momento, causar a morte do doente. (SANTOS, 1998, p. 104). Antes, a finalidade da Eutanásia era a de “tirar da morte o sofrimento e a dor”; hoje, procura-se “eliminar a dor do paciente através da eliminação do próprio portador da dor”. (PESSINI, 2004, p.202).

E, a partir do século XVII, o conceito de eutanásia passa a ser o de colocar fim a vida de uma pessoa gravemente enferma e sofredora, por razões, exclusivamente, humanitárias. (PESSINI, 2004, p.202).

Para a doutrina alemã, eutanásia compreende,

A ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração a sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana. (ROXIN, 2008, p.189).

Para Maranhão (1998, p. 53), eutanásia,

Designa a prática que acelera ou provoca a morte do enfermo, sem perspectiva já de recuperar a saúde, a pedido do mesmo ou por iniciativa de uma terceira pessoa, objetivando por fim aos sofrimentos intoleráveis ou inúteis.

Só se poderá falar em eutanásia caso a morte seja provocada em doente portador de doença incurável, em estado terminal, que passa por fortes sofrimentos, movida, exclusivamente, por compaixão ou piedade. (BORGES, 2001, p. 286).

Fora destas hipóteses estaríamos diante de uma conduta criminosa.

Para um comportamento se caracterizar como eutanásia, porém, é importante que a motivação e a intenção visem beneficiar o doente. Apressar o óbito desse mesmo doente terminal motivado por compaixão e com a intenção de mitigar seu sofrimento seria eutanásia. (PESSINI, 2004, p.204).

Destaca-se, ainda, que a natureza do ato deve ser reservada exclusivamente ao médico:

Que, por compaixão, provoque precocemente e diretamente a morte a fim de eliminar a dor. Nestes casos estariam excluídas das hipóteses de parentes que, atendendo ao pedido da vítima ou não de por fim ao seu sofrimento, acaba por ceifar a vida daquela. Neste caso estaríamos diante de um homicídio misericordioso ainda que a vontade direcionada à produção do resultado seja a mesma no caso do ato praticado pelo médico. (PESSINI, 2004, p.206).

À título explicativo,

Deve-se afastar do significado de eutanásia situações humanas próximas a ela, como por exemplo, o suicídio, a eliminação de pessoas com doenças consideradas incuráveis, a supressão da vida de pessoas com avançada demência senil, interrupção direta da gravidez ou o infanticídio por razões eugênicas. (MARANHÃO, 1998, p. 54).

A confusão terminológica e conceitual faz-se com que surjam diversas espécies de eutanásia, diferindo-se, na maioria das vezes, pela finalidade da realização do ato e, em outras, pelo sujeito que a pratica. Por vezes, se constata que determinadas espécies se aproximam da distanásia, e outras, da ortotanásia ou da mistanásia. (MARANHÃO, 1998, p. 58; MAISONNAVE, 2005, p. 209; PESSINI, 2004, p. 210)⁸.

⁸ Distanásia “significa um prolongamento, a todo custo, da vida de um enfermo sem esperanças humanas de recuperação”. Ortotanásia é o extremo oposto da distanásia, e consiste na não intervenção do processo natural da morte. É deixar que a morte ocorra de forma “correta”: *orto*, quer dizer correto, *thanatos*, morte. Ortotanásia é a morte digna sendo difícil distingui-la da eutanásia passiva. Trata-se de uma medida de assistência ao doente que aguarda o seu fim. Mistanásia ou eutanásia social é a morte antes e fora do tempo devido.

Conclui-se que hoje a prática da Eutanásia restringe-se à ação médica de colocar fim ao sofrimento do paciente através da antecipação de sua morte. Mata-se para aplacar o sofrimento. Ocorre que, não existe uma perfeita delimitação acerca de quando este sofrimento torna-se desmedido a ponto de justificar referida prática eutanásica. A partir de que ponto poder-se-ia afirmar que é legítima a eutanásia como forma de, efetivamente, pôr fim ao sofrimento? Esta decisão cabe única e exclusivamente ao paciente e/ou a seus familiares? Até que ponto o paciente detém a autonomia de conduzir a sua vontade nesse sentido? As indagações persistem.

8. ESPÉCIES DE EUTANÁSIA

São inúmeras as espécies de eutanásia previstas na doutrina. Todas elas são classificadas em razão da finalidade a ser alcançada. Santos (1992, p. 211) elenca:

Eutanásia eugênica é eliminação indolor dos doentes incuráveis, dos inválidos e velhos, no escopo de aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis; **eutanásia criminal** significa a ocisão indolor de pessoas socialmente perigosas; **eutanásia experimental**, a ocisão indolor de determinados indivíduos com o fim experimental para o progresso da ciência {...}

Num sentido mais usual, Maranhão (1998, p. 53) destaca:

Costuma-se proceder à distinção entre eutanásia positiva e eutanásia negativa. Por **eutanásia positiva ou ativa** compreendem-se a ação direta que provoca a morte do paciente mediante algum recurso letal. Por eutanásia **negativa ou passiva** entende-se a decisão de omitir ou interromper os cuidados médicos (medicamentos, aparelhos) que provavelmente prolongariam a vida do enfermo.

Javier Gafo (apud PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000, p. 293) prefere os termos deixar “**morrer em paz**” e “**eutanásia**”:

Deixar morrer em paz seriam aquelas situações em que se toma a decisão de

não continuar mantendo a vida, suprimindo determinadas terapias ou não as aplicando a um enfermo em que não existem possibilidades de sobrevivência porque ele próprio expressou sua vontade explicitamente ou porque se pode pressupor.

Num estudo a partir da legislação alemã, Roxin (2008, p. 192) define eutanásia pura como a prática lícita do médico que procura amenizar o processo de dor do paciente sem que com esta conduta acelere ou cause, propriamente, a morte deste. Entretanto, salienta o autor alemão que qualquer ação por parte do médico nesse sentido deve vir acompanhada de autorização do paciente, sob pena de se caracterizar crime, seja em virtude de uma possível lesão corporal, quando o paciente deseja que lhe sejam aplicados tais meios e se verifica uma omissão do médico. Por eutanásia indireta entende-se a conduta do médico em aplicar meios lenitivos que podem antecipar a morte do paciente. Nestes casos, já decidiu a Câmara Federal de Médicos da Alemanha, que tal prática é “lícita, eis a justificativa: no caso de pessoas que estão a morrer, o alívio da dor pode ser tão importante, a ponto de tornar permitido aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável”⁹.

Já a eutanásia passiva consiste na renúncia aos meios capazes de prolongar a vida do paciente:

Neste caso, três possibilidades surgem: a) quando a renúncia se der por vontade do paciente; b) quando for manifestamente contra a sua vontade ou c) no caso de o paciente encontrar-se em situação de não poder manifestar-se conscientemente. Se a renúncia se der por vontade do paciente esta deve ser respeitada sob qualquer pretexto. No caso de o médico suspender o tratamento através de uma conduta positiva, ativa, como por exemplo, desligar um aparelho, ainda assim estar-se-á falando de eutanásia passiva que, na essência, consiste na interrupção de meios que prolonguem a vida do paciente. Haverá, portanto, uma conduta omissiva, impunível se condizente com a vontade do paciente. No caso de haver uma interrupção de tratamentos que prolonguem a vida do paciente contra a sua vontade é nítida a ocorrência de homicídio por omissão quando o agente ao realizar a conduta

⁹O Tribunal Federal alemão a reconheceu expressamente em 1996 (BGHSt 42, 301): in:ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferencia realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro. Disponível na Internet: [HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acesso em: 29 de julho de 2011.

ocupava a posição de garantidor. Entretanto, o médico pode recusar os desejos do paciente quando o atendimento em nada contribuiria para o aumento da vida e tampouco melhoraria a sorte do paciente. Neste caso há o limite do dever médico de tratamento. Em terceiro lugar quando da abordagem da eutanásia passiva está a situação mais controversa em que o paciente encontra-se incapaz de manifestar sua vontade¹⁰. (ROXIN, 2002)

Entende-se, ainda, que no caso de a morte já ser iminente não há propriamente uma eutanásia ativa quando o médico renuncia às medidas prolongadoras da vida, como a respiração, a transfusão de sangue ou a alimentação artificial. O maior problema reside na situação em que o paciente não está morrendo, mas incapaz de declarar a sua vontade podendo viver anos mediante tratamento. Uma possível interrupção do tratamento só será permitida se corresponder a uma vontade presumida do paciente incapaz de decidir. Mas, neste caso é o juízo de tutela (alemão) através de fundamentos fáticos concretos que decidirá a respeito da presunção de vontade. (ROXIN, 2008, p. 202)

Citando Jakobs, Roxin (2008, p. 225) expõe que quando se tratar de eutanásia ativa direta, se o desejo de morrer do paciente for responsável e racional, o direito à sua autodeterminação deve ser respeitado exatamente como na eutanásia indireta ou passiva.

Sintetizando os pensamentos conclui-se: por eutanásia ativa entende-se a conduta de causar a morte de um paciente que se encontra em estado terminal com a finalidade de aplacar as suas dores ou sofrimento. É pôr fim piedosamente à vida do paciente a seu pedido. A eutanásia ativa pode ser direta ou indireta: dá-se a primeira quando a finalidade é causar a morte pelo alívio da dor, e indireta, quando a finalidade é aplacar a dor ainda que se possa causar a morte do paciente, assumindo o risco de causá-la. Imprescindível neste caso de eutanásia ativa o consentimento do paciente ou de seus parentes que acabam por autorizar a ação médica.

A morte, ainda que a pedido da vítima, como via de regra é punida, eis que há a antecipação da morte do paciente. Na eutanásia ativa indireta procura-se evitar o sofrimento com medicamentos, mas consciente de que existe o risco de antecipar a morte do paciente. E este é um dos problemas na eutanásia ativa indireta, pois se sabe que a real intenção inicial do agente é a de fazer cessar ou diminuir o sofrimento da vítima através de meios paliativos, mas

¹⁰ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferencia realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro. Disponível na Internet: [HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acesso em: 29 de julho de 2011.

anuindo que tais meios possam levar à antecipação da morte.

Já a eutanásia passiva consiste na omissão de tratamentos que prolongariam a vida do paciente que sofre ou é portador de uma doença incurável. Consiste, ainda, na suspensão de medicamentos que possuam o mesmo efeito, o de prolongar a vida. A eutanásia passiva, por sua vez, não causa a morte diretamente, mas permite que a mesma ocorra de forma natural, associando-se à ortotanásia. A prática da eutanásia passiva evita a distanásia e permite ao paciente “morrer em “paz”. Entende-se por esta eutanásia a ajuda prestada no sentido da realização de uma ação positiva, consistente, por exemplo, no desligamento de aparelhos que prolongariam a vida do paciente, sem, efetivamente, causar a sua morte. Neste aspecto se aproxima da eutanásia ativa indireta, o que gera grande controvérsia.

CONCLUSÃO

Direito à vida ou direito sobre a vida? É a indagação que emerge das reflexões até aqui empreendidas, ainda mais quando se sabe que o direito à vida tem um caráter negativo, significando o seu respeito pelos membros da coletividade. Ao mesmo tempo, em se tratando do âmbito privado, o direito à vida é dotado da natureza da indisponibilidade.

Nessa ordem de idéias, de fato, não há negar que o direito à vida, assegurado constitucionalmente – art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, se revela no direito de não ser morto e, portanto, no direito de continuar vivo, assim como no direito de possuir uma vida digna. E, ao que parece, para os que defendem a possibilidade jurídica de existência do testamento vital no Brasil, por força da própria norma constitucional, não haveria como obrigar determinada pessoa em estado terminal de vida a se submeter a tratamentos desnecessários e custosos, tão somente para fins de seu prolongamento, violando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda e qualquer interpretação feita a partir na nova ordem constitucional.

Nesse sentido, a nosso ver, o paradoxo reside precisamente neste ponto: como compatibilizar a normativa afeta à ética médica, vale dizer, as resoluções do Conselho Federal de Medicina, com as limitações do ordenamento jurídico brasileiro que veda, por exemplo, a prática da eutanásia? De que modo seria possível não classificar a interrupção de tratamento, que mantém vivo certo paciente em estágio irreversível, como ato ilícito do profissional médico tão somente tomando como referência as disposições do Código de Ética Médica que

rege sua atuação? E nesse sentido, como levar em conta a antecipação de vontade do paciente manifestada em testamento biológico?

A partir de tais questionamentos o que se percebe é que, neste caso de interrupção da vida que não se deseja ser prolongada artificialmente, a Medicina largou na frente, sistematizando, por meio de seu Código de Ética, e de forma pormenorizada, como deve caminhar a relação médico-paciente daqui em diante. E, por este vértice, a discussão sobre a existência e validade do testamento vital deve, necessariamente, passar pelo estudo das decisões médicas na atualidade. Esse modelo, de tomada de decisões participativa, no qual são consideradas as preferências do paciente, o Direito não se poderá furtar de considerar.

Desta forma, ainda que se considere que o sujeito tornou-se centro do ordenamento jurídico, adotando-se o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental ao Estado Democrático de Direito, a precariedade ainda sentida pelo instrumento “testamento vital”, relativamente à sua legitimidade jurídica, somente será extinta se, de um lado, houver algum avanço na legislação penal que ainda incrimina a prática de eutanásia e, de outro lado, se houver a edição de lei específica sobre as diretivas antecipadas de vontade, como já ocorreu em países como Uruguai e Estados Unidos. Até lá, nossas dúvidas quanto à existência de um suposto dever de viver não serão eliminadas, o que exigirá do intérprete da lei maior e mais intenso esforço.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2000.

ARIÉS, Philippe. **História da morte no ocidente**. Tradução: Priscila Viana de Siqueira. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

ASÚA, Luis Jimenez de. **Liberdade de Amar e Direito de Morrer**. Lisboa: Clássica Editora, 1929.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. Org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: RT, 2001.

BUENO, Talita Mayer; HASS, Adriane. **Limitação à liberdade individual: o testamento vital**. Faculdade Assis Gurgacz. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limitacao-a-liberdade-individual-o-testamento-vital,37383.html>>. Acesso em: fevereiro 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: março de 2013.

_____. Código Civil. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Disponível em: março de 2013.

CALVO, Adriana Carrera, apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.) In: **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; PIMENTA, Waldemar J. D. **Uma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1231>. Acesso em: fevereiro de 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes**. Resolução n. 1.995, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <http://legisweb.com.br/legislacao/?legislacao=244750>. Acesso em: março de 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Aprova o Código de Ética Médica**. Resolução n. 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: março de 2013.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: **A parte Geral do Novo Código Civil Estudos na perspectiva civil-constitucional**. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org.). Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 9ª edição, 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro**. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0945_0978.pdf>. Acesso em: janeiro de 2013.

_____. **Testamento vital e o ordenamento brasileiro**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/15066>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

HRYNIEWICZ, Severo e SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “in vitro”**. Da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000.

KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer: o que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes**. Tradução: Paulo Menezes. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAISONNAVE, Germán Aller. Eutanasia, eugenesia y vida. In: **Criminología y derecho penal**. Org. Miguel Longon Cuñarro. Montevideú: Del Foro, 2005.

MARANHÃO, José Luiz de Souza. **O que é morte**. 4ª ed. Coleção primeiro passos. São Paulo: Brasiliense, 1998.

MORE, Thomas. **A Utopia**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: MartinClaret, 2004 .

MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Bioética, Biodireito e Interpretação (Bio) Constitucional**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional de CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

NAMBA, Edison. T. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo, Atlas, 2009.

PENALVA, Luciana Dadalto. **As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_265.pdf>. Acesso em: março de 2013.

PEREIRA, Tania da Silva. **O direito à morte digna a validade do testamento vital.** Disponível em: <<http://bioeticaebiodireito.blogspot.com/2010/01/o-direito-morte-digna-validade-do.html>>. Acesso em: fevereiro de 2013.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: São Camilo, 2004.

_____. e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética.** 5ª ed. São Paulo: São Camilo, 2000.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida.** Lisboa: Revista do Ministério Público, Janeiro/Março 2011, p. 171-219, Disponível em: <http://rmp.smmpt.pt/wp-content/uploads/2011/05/Revista_MP_N125_EstadusoReflex_5.pdf>. Acesso em: março de 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** 2ª ed. Trad. Luis Greco. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **A proteção da vida humana através do Direito Penal.** Conferencia realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro. Disponível em: <[HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em: 29 de julho de 2011.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio do pendulo.** A bioética e a lei. São Paulo: Ícone, 1998.

_____. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Ed. RT, 2001.

SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: **Diálogos sobre Direito Civil.** TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org.). Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, Bioética e Patrimônio Genético Brasileiro.** São Paulo: Pillares, 2008.

SILVEIRA, Diva Lopes da; FERREIRA, Elvino; SOUZA JUNIOR, José Carlos de. **Cenário Situacional da ética e da bioética.** In: Ética e bioética na formação acadêmica: problema ou solução? Org. SILVEIRA, Diva Lopes da e FERREIRA, Elvino. Rio de Janeiro: E-paper, 2009.

SOARES, André Marcelo e PIÑERO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito: uma introdução.** Rio de Janeiro: Loyola, 2002.