

**ASPECTOS BIOÉTICO-JURÍDICOS DA EUTANÁSIA:
ANÁLISE DAS RECENTES RESOLUÇÕES DO C.F.M. E DO
ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL DE 2012**

**ASPECTOS BIOÉTICO-JURÍDICOS DE LA EUTANASIA:
ANÁLISIS DE LAS RECIENTES RESOLUCIONES DEL C.F.M. Y DEL
ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2012**

Gisele Mendes de Carvalho¹

Natália Regina Karolensky²

Resumo: O artigo versa sobre a eutanásia, sua conceituação e modalidades, com o objetivo de avaliar a possibilidade de sua admissão pelo ordenamento ético e jurídico brasileiro. Para tanto, primeiramente se leva a cabo uma análise de seu conceito, que nos últimos tempos tem sido expandido, de modo a abarcar novas situações decorrentes dos avanços da Medicina intensiva. Também é alvo de estudo a classificação da eutanásia, entre ativa e passiva, a ortotanásia e a distanásia, com vistas e diferenciá-las e a traçar uma solução diferente para cada modalidade. A partir de então, o texto concentra-se a busca de fundamentos éticos e jurídicos para a justificação desse instituto. Analisa a constitucionalidade da Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que garante aos pacientes em fase terminal de enfermidade grave e incurável, bem como aos seus representantes legais, a possibilidade de recusar tratamentos médicos vitais que considerem invasivos ou inúteis, e sobre as implicações da mesma para o tratamento jurídico da ortotanásia no Brasil. Para tanto, trata de investigar até que ponto o conteúdo da Resolução é compatível com os ditames constitucionais e com a sistemática do Código Penal vigente. Assim, após fundamentar o direito de recusar terapias vitais no texto constitucional, mais especificamente no respeito devido à dignidade da pessoa humana e à autonomia pessoal e na proibição de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes, o artigo sustenta a atipicidade da conduta do médico que faz valer a vontade do paciente e não lhe impõe um tratamento contra a sua vontade. Por outro lado, nas hipóteses em que questiona a possibilidade de justificação da eutanásia ativa, o artigo defende a aplicação do estado de necessidade que tem no princípio da dignidade da pessoa humana o critério corretor da ponderação de interesses entre vida e autonomia pessoal. Assim, a autonomia sempre deverá prevalecer quando a vida seja protegida como mera existência física desprovida de liberdade, pois o respeito devido à dignidade humana pressupõe o próprio reconhecimento do homem como ser dotado de autonomia. Por derradeiro, o artigo analisa o Anteprojeto de Código Penal de 2012, que legaliza a ortotanásia e atenua as penas da eutanásia ativa, realizando críticas e propondo sugestões de alteração com lastro nas conclusões obtidas até então.

Palavras-chave: Ética médica – Eutanásia ativa – Ortotanásia - Vida humana – Dignidade da pessoa humana – Autonomia pessoal.

Resumen: El artículo trata de la eutanasia, su conceptualización y modalidades, con el fin de evaluar la posibilidad de su admisión por el ordenamiento jurídico y ético brasileño. Para tanto, lleva a cabo un análisis de su concepto, que en los últimos tiempos se ha expandido con el propósito de abarcar nuevas situaciones derivadas de los avances de la Medicina intensiva. También se estudia la clasificación de la eutanasia, entre activa y pasiva, con el objeto de distinguirlas y trazar una solución diferente para cada modalidad. A partir de entonces, el texto se concentra en la búsqueda de los fundamentos éticos y jurídicos para la justificación de ese instituto. Analiza la

¹ Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza, Espanha. Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá e no Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

² Advogada. Mestranda em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

constitucionalidad de la Resolución nº 1.805/2006 del Consejo Federal de Medicina (CFM), que garantiza a los pacientes en fase terminal de una enfermedad grave e incurable, así como a sus representantes legales, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos vitales que consideren invasivos o inútiles, y sobre las implicaciones de la misma para el tratamiento jurídico de la ortotanasia en Brasil. Para tanto, trata de investigar hasta qué punto el contenido de la Resolución resulta compatible con los dictámenes constitucionales y con la sistemática del Código penal vigente. Así, tras fundamentar el derecho a rechazar terapias vitales en el texto constitucional, específicamente en el respeto a la dignidad de la persona y a la autonomía personal y en la prohibición de sumisión a tratos inhumanos o degradantes, el artículo sostiene la atipicidad del comportamiento del médico que respeta la voluntad del paciente, no imponiéndole un tratamiento contra su voluntad. Por otra parte, en las hipótesis en la que se cuestiona la posibilidad de justificación de la eutanasia activa, el artículo defiende la aplicación del estado de necesidad que tiene en el principio de la dignidad de la persona el criterio corrector de la ponderación de intereses entre la vida y la autonomía personal. Así, la autonomía siempre ha de preponderar cuando la vida sea protegida como mera existencia física destituida de libertad, pues el respeto debido a la dignidad de la persona presupone el reconocimiento mismo del hombre como ser dotado de autonomía. Por último, el artículo analiza el Anteproyecto de Código Penal de 2012, que legaliza la ortotanasia y atenúa las penas de la eutanasia activa, trazando críticas y proponiendo sugerencias de alteración con arreglo a las conclusiones obtenidas hasta entonces.

Palavras-chave: Ética médica – Eutanasia activa – Ortotanasia – Vida humana – Dignidad de la persona humana – Autonomía personal.

1. INTRODUÇÃO

Numa sociedade em que os avanços da Medicina alcançam níveis antes inimagináveis, o que possibilita o prolongamento artificial da vida por décadas, a ética, a moral e a religião entram em choque ao discutir sobre a possibilidade de escolha acerca da própria morte, quando a manutenção da vida se transforma em um verdadeiro suplício para o indivíduo. A discussão jurídica aqui tratada não se refere à possibilidade de escolher a data da própria morte indistintamente, mas somente quando comprovada a existência de uma enfermidade grave ou incurável, a qual culminará inevitavelmente numa “sobrevida”.

No intuito de demonstrar o tamanho do avanço das novas tecnologias, vale citar estudo do periódico *British Medical Journal*, que surpreendeu ao informar que na década de 80 a expectativa de vida para uma pessoa diagnosticada com HIV era em torno de 5 (cinco) anos. Contudo, hoje um britânico que é diagnosticado com HIV aos 20 (vinte) anos poderá viver, em média, até os 66 (sessenta e seis) anos³.

Ademais, vive-se em tempos em que é possível (e cada vez mais comum) o indivíduo ultrapassar 100 (cem) anos, o que desperta, paradoxalmente, ideias opostas: a manutenção da vida, para aqueles que sofrem de doenças degenerativas ou problemas físicos irreversíveis,

³ Vide PONTES, Felipe. Ajuda-me a morrer. *Revista Época*, Rio de Janeiro: Editora Globo, nº 736, 25 de junho de 2012, p. 85.

pode ser considerada um fardo, razão pela qual a morte voluntária caracteriza-se como uma saída digna⁴.

Diversas religiões, principalmente cristãs, repudiam o ato de dispor da própria vida. Para tanto, fundamentam que o falecimento não é um fim, mas mera passagem necessária para o reino dos céus. Desta feita, pregam que tal como Jesus Cristo, o homem deve suportar seu sofrimento, de modo a encontrar o sentido de sua vida em suas experiências, alegres ou dolorosas⁵.

Parte da comunidade científica inclusive argumenta que em razão do progresso imensurável e veloz da ciência, a eutanásia deve ser vista com limites no que tange a muitas doenças, vez que a cura destas é uma questão de pouco tempo.

Contudo, alguns enfermos que “esperam” a prometida “cura” clamam por uma opção, eis que afirmam que a esperança é angustiante, desesperadora e decepcionante. Ademais, argumentam que em curto prazo os resultados poderão ser restritos a quem possua condições de pagá-los ou optem por fazerem parte de grupo de pesquisas⁶.

Pelo exposto, observa-se que este tema desperta polêmica, sendo que um consenso está longe de ser auferido. Talvez porque a morte ainda seja o maior dos mistérios, bem como aquele que encerra maiores indagações.

As duas opiniões, opostas, sustentam argumentos válidos, os quais devem ser analisados desprovidos de qualquer preconceito ético, moral ou religioso. Pelo contrário, o tema deve ser analisado em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, que foi elaborado no contexto de um Estado laico.

Desta feita, inevitavelmente há que se questionar se é correto primar pela manutenção artificial da vida humana em quaisquer circunstâncias, visto que este bem jurídico fundamental é o que serve de substrato ontológico e possibilita o exercício de todos os demais direitos⁷. Ou se a proibição da eutanásia constitui um paternalismo injustificado, exacerbado e proposital por parte do Estado⁸, que contraria o valor máximo da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana, presente como princípio fundamental no art. 1º, III, do nosso texto fundamental.

⁴ Idem, ibidem, p. 85.

⁵ Vide CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 39.

⁶ Vide PONTES, Felipe, op. cit., p. 84.

⁷ Vide CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., p. 14.

⁸ Vide CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de “lege ferenda”*, Granada: Comares, 2009, p. 07 e ss.

2. CONCEITUAÇÃO E ABRAGÊNCIA DA EUTANÁSIA

A palavra *eutanásia* foi criada pelo filósofo inglês Francis Bacon, no séc. XVII. Etimologicamente é composta por duas palavras gregas: “eu”, que significa bom, e “thanatos”, que se refere à morte. Assim, por um sentido literal ela significa “boa morte” ou “morte tranquila” daquele que está agonizando⁹.

Impende mencionar que este significado originário no decorrer dos tempos foi ampliado, visto que passou a abranger novas situações. Atualmente, a eutanásia não se limita aos casos terminais, alcançando outras hipóteses complexas, tais como casos relacionados aos recém-nascidos com malformações congênitas (eutanásia precoce), aos pacientes em estado vegetativo irreversível, embora não necessariamente terminais, e das vítimas de acidentes ou enfermidades cujos graves padecimentos lhes impedem provocar-se por si mesmas a própria morte (pacientes tetraplégicos e vítimas de doenças degenerativas, como a esclerose lateral amiotrófica)¹⁰.

Assim, imprescindível traçar a diferença entre a eutanásia e o homicídio consentido. Aquela é oriunda de uma motivação piedosa ou humanitária do sujeito ativo em face do sofrimento de um enfermo; ao passo que para esta última é suficiente somente a anuência do ofendido para que o agente elimine sua vida, sendo tal conduta desprovida de qualquer sentimento nobre.

Desta forma, os institutos da eutanásia e homicídio consentido possuem em comum o consentimento daquele que deseja sua própria morte. No entanto, distinguem-se pelo fato de que no homicídio eutanásico deve também o agente possuir o móvel humanitário ou piedoso. Desta feita, o homicídio consentido é gênero do qual o homicídio eutanásico é espécie.

Especificamente sobre o consentimento do enfermo há que se esclarecer que este deve ser aquele entendido pela doutrina como consentimento informado. Isso porque para que o enfermo possa valer-se de sua autonomia é imprescindível que o mesmo tenha ciência e a compreensão do seu verdadeiro estado de saúde, bem como capacidade para consentir de forma válida sobre os fatos¹¹.

A figura do consentimento – ou, nos casos em que o paciente se recusa a consentir uma intervenção terapêutica – recusa informada, elemento extremamente importante, ainda que pouco definido, do processo de decisões no marco da relação médico-paciente, consiste na

⁹ Vide NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir con dignidad (consecuencias jurídico-penales)*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1994, p.81.

¹⁰ Destaca a expansão das hipóteses convencionais de eutanásia TORÍO LÓPEZ, Angel. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1989/1990, p. 219.

¹¹ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., p. 144-145.

obrigação do facultativo de transmitir ao enfermo toda a informação necessária sobre o tratamento, por um lado, e na necessidade de que o enfermo compreenda e consinta validamente em submeter-se ao mesmo, por outro¹². O consentimento informado ganhou contornos distintos com o passar do tempo, especialmente a partir da superação do modelo tradicional da relação médico-paciente. Com efeito, o consentimento informado, que no princípio era considerado simplesmente um método para diminuir o potencial prejuízo para os sujeitos que participavam nas experimentações com seres humanos, transformou-se pouco a pouco em um importante instrumento de proteção da vontade autônoma do paciente, até o ponto de chegar a se converter em requisito fundamental da maioria das intervenções terapêuticas¹³. Isso significa que a obtenção do consentimento informado, na atualidade, consiste não só em um *dever* do facultativo, mas se transformou em um verdadeiro *direito* do usuário da assistência sanitária.

Por sua vez, a eutanásia também merece destaque o critério de incurabilidade do enfermo, o qual deve estar acometido de grave doença terminal ou encontrar-se em um processo de invalidez irreversível. A doença é considerada terminal quando todos os tratamentos disponíveis se esgotaram, sendo irreversível o fim da vida em razão de uma enfermidade crônica progressiva. Já no que se refere a invalidez irreversível, explica-se que normalmente é originada de traumas (acidentes)¹⁴. No entanto, este deve ser considerado com cautela, visto que para permitir o extremo da negação da vida deve se tratar de uma invalidez suficiente para impor ao enfermo uma vida indigna, por meio de diversas limitações à sua plena capacidade.

Este mesmo raciocínio deve ser aplicado ao instituto penal do auxílio ao suicídio, que é também passível de ser praticado sob um contexto eutanásico. Assim, quando o sujeito ativo auxiliar o suicídio imbuído de móvel humanitário ou piedoso, mediante o consentimento informado do enfermo incurável, estará praticando o auxílio ao suicídio eutanásico.

Logo, observa-se que a figura da eutanásia não é restrita ao homicídio, visto que também pode estar presente no auxílio ao suicídio. Entretanto, ambos devem ser analisados com as devidas distinções. Isso porque no auxílio ao suicídio o desvalor a ação do agente é menor, porque somente auxílica na conduta mortal, permanecendo o domínio do fato nas mãos do

¹² Sobre o tema, vide amplamente ROMEO CASABONA, Carlos M. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, C. M.; FERNANDES QUEIROZ, J. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.128 e ss.

¹³ Nesse sentido, vide BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James. F. *Principios de Ética Biomédica*. Barcelona: Masson, 2002, p.135.

¹⁴ Vide CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 124-134.

enfermo. Exatamente por esta razão há a possibilidade de o enfermo voltar atrás e deter o processo que lhe levaria a morte, caso naquele momento se arrependa, o que não ocorre no homicídio eutanásico¹⁵. As duas situações, portanto, podem ter em comum, além da vontade da vítima de abandonar a própria existência, os móveis piedosos daquele que mata ou auxilia alguém a se matar em razão de uma moléstia ou invalidez irreversível – daí concluir-se que inexistente uma diferença valorativa fundamental entre as duas condutas. Nessas circunstâncias, o que distingue ambas é meramente o fato de que no homicídio eutanásico o doente encontra-se mergulhado num estado tal de debilidade física que é incapaz de dar a morte a si mesmo¹⁶. Nessa trilha, a eutanásia figura muito mais como um *contexto* que pode aparecer tanto no homicídio quanto no auxílio ao suicídio do que um crime propriamente dito.

Uma vez realizadas tais considerações, torna-se possível traçar um conceito preliminar de eutanásia, o qual permitirá a classificação da mesma. A eutanásia consiste na privação da vida de uma pessoa, que sofre de uma doença terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível, motivada por razões humanitárias ou piedosas, com o consentimento daquela, por meio de uma ação ou omissão.

Na atualidade predomina o entendimento de que deve ser sempre praticada por médico¹⁷, sob pena de não ser possível garantir o consentimento informado e a minimização do sofrimento ao enfermo.

3. CLASSIFICAÇÃO DA EUTANÁSIA

Preliminarmente, é imprescindível classificar a eutanásia quanto à finalidade deste instituto. Desta feita, destaca-se em primeiro lugar a *eutanásia liberadora ou terapêutica*, que ocorre quando se acelera o momento da morte do indivíduo, desde que haja o consentimento deste e a finalidade de eliminar o sofrimento do qual padece o enfermo por compaixão¹⁸.

Já a segunda modalidade é a *eutanásia eliminadora ou eugênica* que visa à pureza da raça humana, eliminando aqueles que não estão em consonância com o padrão de normalidade da sociedade. Assim, na busca do melhoramento da raça humana, é necessário suprimir, de modo indolor, os indivíduos portadores de anomalias genéticas, distúrbios mentais ou até

¹⁵ Vide CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicídio, eutanásia y Derecho penal: Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de “lege ferenda”*. Granada: Comares, 2009, p. 239 – 241.

¹⁶ Nesse sentido, defende-se inclusive que “o homicídio a petição não é outra coisa senão um suicídio através de interposta pessoa” (KAUFMANN, Arthur. *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?* In: MIR PUIG, Santiago [Ed.]. *Avances de la Medicina y Derecho penal*. Barcelona: PPU, 1988, p.53).

¹⁷ Vide SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 154.

¹⁸ Vide ROMERO OCAMPO, Guillermo. *La eutanásia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1986, p. 08.

criminosos, no intuito de que seus males não se propaguem pela sociedade¹⁹. Nesta modalidade, verifica-se que não está presente o motivo piedoso e o critério de doença incurável, mas, pelo contrário, encontra-se presente um motivo torpe que poderia qualificar o homicídio.

Por fim, a *eutanásia econômica* é entendida como a morte de indivíduos por um critério econômico, aliviando-se a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis, tais como doentes mentais, loucos irrecuperáveis, inválidos e anciões²⁰.

Desta feita, ressalta-se somente deve ser considerada legítima a eutanásia terapêutica, visto que é a única destas três modalidades que respeita o requisito da doença incurável e móvel piedoso.

Por derradeiro, resta-se necessário demonstrar mais importante classificação da eutanásia, de acordo com o modo de execução, que distingue a eutanásia ativa da eutanásia passiva. Assim, ressalta-se o posicionamento de Maria Fátima Freire de Sá²¹, segundo o qual há dois elementos envolvidos na eutanásia, que são a intenção e o efeito da ação. A intenção de gerar a eutanásia pode gerar uma ação, daí tem-se a “eutanásia ativa”, ou omissão, ou seja, a não realização de da ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância – eutanásia passiva ou ortotanásia.

Em detalhes, define-se a *eutanásia ativa* ou eutanásia propriamente dita como o ato (uma ação) deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos (eliminado ou aliviando o sofrimento do doente). Ressalta-se que esta ação somente ação somente adiantará um fim inevitável – a morte²².

Em suma, corresponde à intervenção médica que causa a morte do paciente a pedido deste. Logo, pressupõe um agir positivo do médico, o qual é movido de um sentimento de piedade para com o paciente que sofra de doença incurável e sofrimento desumano²³.

Como exemplo, poderá ocorrer na morte originada em virtude de uma injeção aplicada pelo médico, a pedido do paciente, o que já é autorizado em alguns países, tais como Luxemburgo, Bélgica e Holanda.

Esta modalidade, por sua vez, também se subdivide em duas outras, quanto à finalidade perseguida pelo autor. Considera-se *eutanásia ativa direta* quando o objetivo central do autor é adiantar a morte do enfermo, mediante atos positivos que visam especificamente à morte. Já na *eutanásia ativa indireta* há uma dupla finalidade: o alívio do sofrimento do doente,

¹⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*, p. 19-20.

²⁰ Vide ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*: Madrid: Ramón Areces, 1994, p. 423.

²¹ Vide SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., p. 154.

²² Vide CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., p. 23.

²³ Vide CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 179.

tendo como consequência indireta o abreviamento da vida do mesmo. Corresponde aos tratamentos paliativos, tal como a administração de morfina para diminuir a dor, que consequentemente prejudica a função respiratória acelerando o resultado morte.

Noutro passo, a *eutanásia passiva* ou por omissão é caracterizada pela abstenção deliberada de tratamentos médicos úteis (ordinários ou proporcionais), que deveriam prolongar a vida do paciente. Em suma, a ausência deste tratamento antecipa a morte do enfermo. Destaca-se por ser voluntária e direta, razão pela qual não se verifica pela omissão indireta derivada da recusa do paciente em submeter-se a cuidados médicos que lhe são imprescindíveis (recusa de tratamentos vitais)²⁴.

Desta feita, necessário explicar a sutil diferença entre eutanásia passiva e ortotanásia, visto que esta última deve ser vista como a morte a seu tempo, sem abreviações ou prolongamento irracional do processo vital. Desta feita, verifica-se que existe uma limitação do tratamento de saúde fútil, extraordinário ou desproporcional do paciente, vez que a iminência da morte é certa, mas não provocada (resulta da própria enfermidade da qual o sujeito padece)²⁵.

Trata-se de deixar a morte seguir seu curso natural, para que o paciente morra com dignidade, de maneira a evitar o prolongamento hipotético de uma vida precária. Sobre o tema Fernanda Cantali explica que esta pratica também é conhecida como ortotanásia, a qual pode ser resumida na ideia de deixar a morte seguir seu curso natural:

“(…) Trata-se da expressão do direito à morrer com dignidade quando o sofrimento é insuportável e não há mais possibilidade de reversão do quadro que indica a morte. É uma garantia de que a pessoa que padece de moléstia incurável e de drásticos sofrimentos poderá decidir autonomamente sobre o destino de sua própria existência resgatando a dignidade humana no último momento da vida (…)²⁶.

Pelo exposto é possível distinguir ambos os institutos em consonância com o seguinte entendimento:

“(…) o principal questionamento no âmbito da ortotanásia diz respeito à legitimidade de se continuar o tratamento que mantém artificialmente ativa as funções vitais do paciente. Destarte, enquanto na eutanásia por omissão o problema reside na licitude do abandono das técnicas cuja abstenção acelera sem dúvida a morte, na ortotanásia discute-se a obrigação de atuar, de continuar o tratamento (…)²⁷

²⁴ Vide CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de “ lege ferenda”*. Granada: Comares, 2009, p. 267.

²⁵ Vide BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 32.

²⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti, op. cit., p. 176.

²⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 28.

Uma vez feita tal diferenciação, verifica-se que o desligamento dos aparelhos técnicos que mantêm artificialmente as funções vitais do paciente, caracteriza a eutanásia passiva, tendo em vista que se trata de uma omissão, referente não continuação de um tratamento. Neste sentido, verifica-se que se trata de um ato comissivo (quanto ao ato de desconectar os aparelhos) por omissão, vez que o desligamento somente reproduz a situação concreta anterior à sua conexão.

Em oposição eutanásia encontra-se a prática da *distanásia* (do grego *dys*, mau, anômalo, e *thanatos*, morte), que consiste em prolongar illogicamente ao máximo a vida do paciente moribundo submetendo-o a um grande sofrimento, por meio de recursos médicos inúteis, haja vista que a enfermidade é incurável, não havendo qualquer possibilidade de cura²⁸. Em realidade, a *distanásia* deve ser entendida como o ato de prolongar o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, já que implica a administração de um tratamento inútil. Trata-se de uma atitude médica que, com o objetivo de salvar a vida do moribundo, o submete a um sofrimento ainda mais intenso. O que se prolonga não é, portanto, a vida humana em si mesma, mas sim o próprio processo de morte. É também chamada de “futilidade médica” e condenada pelo Conselho Federal de Medicina.

4. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E IMPLICAÇÕES ÉTICAS

O ordenamento jurídico atual não dispõe especificamente sobre a prática da eutanásia, já que o Código Penal de 1940 não faz nenhuma menção sobre o assunto, muito menos a Constituição Federal brasileira. Logo, do ponto de vista legal, o Brasil não possui qualquer hipótese de eutanásia regulamentada.

A eutanásia, num contexto geral, foi vedada no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a utilização de instrumentos coercitivos (sanções jurídicas) para aquele que assim o fizer. Trata-se de uma manifestação evidente do chamado paternalismo legal²⁹. De modo geral, é possível afirmar que o paternalismo aparece sempre que se adote uma medida de limitação da autonomia pessoal de alguém com o fim de protegê-lo de um mal, isto é, de algo que o sujeito paternalista considera prejudicial ao sujeito cuja liberdade é limitada, de acordo com o seu próprio ponto de vista. Do

²⁸ Vide ROMEO CASABONA, Carlos M. El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 13, 1987, p.195.

²⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de “lege ferenda”*. Granada: Comares, 2009, p. 22.

ponto de vista da Filosofia moral, o termo “paternalismo” é empregado especialmente com o fim de aludir a uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos. Contudo, essa limitação da liberdade individual não acontece de forma injustificada, mas fundamenta-se precisamente na promoção do bem do sujeito cuja autonomia é restringida. Assim, um dos traços principais do paternalismo, e que teoricamente lhe serve de justificação, é o propósito beneficente da medida coercitiva imposta: a intervenção se dá sempre com o fim de proteger o “bem” ou os “interesses” do indivíduo protegido, inclusive quando este “bem” não coincida com o que o próprio indivíduo entenda ser o melhor para si mesmo³⁰.

Com efeito, verifica-se que a prática da eutanásia corresponde atualmente ao delito de homicídio ou de participação do suicídio, respectivamente dispostos nos Arts. 121 e 122 do Código Penal. As razões deste paternalismo não se justificam somente na inegável influência judaico-cristã sobre todos os ramos sociais. Bem verdade que numa sociedade que tem seus pilares éticos, morais e religiosos imbuídos de uma filosofia judaico-cristã, a qual prega que a vida humana foi concedida ao homem diretamente por Deus, institui-se um verdadeiro tabu social em relação à conduta de matar. Contudo, o paternalismo por parte do Estado também pode ser justificado por motivos de política criminal, sob o argumento de que diminuir o nível de proteção da vida humana pode levar a sociedade a um crescente menosprezo deste bem jurídico, o qual inevitavelmente ultrapassará as barreiras do que se deseja. Desta feita, opta o legislador por uma concepção garantista em prol da vida, de maneira a evitar que este bem seja posteriormente ameaçado³¹.

Contudo, todas as justificativas que visam impor a vida como um bem jurídico indisponível nas últimas décadas passaram a ser questionadas com veemência diante do novo contexto social e, conseqüentemente, jurídico. Com os modernos avanços tecnológicos, foi possibilitado à Medicina prolongar artificialmente a vida de pacientes severamente doentes, em relação ao tempo e à forma de morrer³². Este controle passou a ser aplicado indistintamente, visto que no âmbito da profissão médica é imposta a obrigação de defender a vida a qualquer custo. A cultura medicalizada tende a negar a morte já que esta passou a ser considerada um

³⁰ Sobre o tema, vide FEINBERG, Joel. *Harm to Self* (vol.III da coleção intitulada *The Moral Limits of Criminal Law*). New York: Oxford University Press, 1986, p. 22 e ss. e GARZÓN VALDÉS, E. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*. Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988, p.156-157.

³¹ Idem, ibidem p. 91 – 96.

³² Vide GRENVIK, Ake *et alii*. Suspensão do tratamento na doença terminal e morte cerebral. In: LANE, John Cook (coord). *Reanimação*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981, p. 154.

fracasso do conhecimento e tecnologia e não mais um processo natural, o que passou a gerar abusos de onipotência médica e, conseqüentemente, a distanásia³³.

Logo, passou-se a questionar o princípio segundo o qual Medicina deve perseguir a vida incondicionalmente, comprometendo-se a qualidade desta mesma vida. Ademais, num contexto geral, também passou-se a questionar qual seriam os limites éticos da aplicação da ciência e tecnologia diretamente sobre os seres humanos, diante da possibilidade da realização de clonagem humana, transplantes de órgãos, manipulações genéticas, etc.

Surge, então, como resultado destas indagações a Bioética. A partir deste momento, é exigido uma reflexão ampla acerca dos progressos da ciência. A palavra Bioética (do grego *bio*, vida e *éthiké*, ética) significa, literalmente, ética da vida. Trata-se de uma ciência interdisciplinar (abrangendo Teologia, Fisiologia, Medicina, Direito, etc.), capaz de abordar os diferentes pontos de vista, sendo possível questionar até que ponto é possível intervir artificialmente na vida humana sem comprometer sua integridade, de modo a limitar as fronteiras éticas e jurídicas que devem nortear a ação médica ou tecnológica³⁴. Pode ser conceituada, portanto, como “o estudo interdisciplinar dos problemas criados pelo progresso biomédico, sua repercussão na sociedade e seu sistema de valores”³⁵.

A Bioética tem como pilares fundamentais os Princípios da Beneficência, Autonomia e Justiça, por meio dos quais devem se resolver os conflitos oriundo da evolução das ciências biomédicas das últimas décadas³⁶.

O Princípio da Beneficência dispõe sobre a obrigação moral do paciente da área da saúde buscar o bem do paciente segundo seu próprio entendimento, em consonância com o dever de confiabilidade desta relação médico-paciente. Inclui tanto a beneficência (fazer o bem) quanto ao não maleficência (evitar o mal) do paciente³⁷. O Princípio da Autonomia corresponde a obrigatoriedade do respeito do médico as decisões dos pacientes, desde que seja esta tomada

³³ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 63 a 65.

³⁴ A esse respeito, esclareça-se que a Bioética “não pode ser confundida com a uma disciplina isolada, com objetivo e metodologia bem definidas, segundo o modelo das ciências. É um campo interdisciplinar, na medida em que congrega esforços de profissionais ou pensadores de todos os campos do conhecimento humano, no intuito de clarificar até que ponto uma descoberta e suas aplicações podem ou não ferir valores humanos fundamentais” (SAUEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito 'in vitro': da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.09).

³⁵ Vide PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 2 ed. São Paulo, Loyola, São Paulo, 1994, p.14.

³⁶ Vide CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., p. 02.

³⁷ Na década de 70, o Relatório Belmont, publicado nos Estados Unidos, que veio a estabelecer balizas éticas para a proteção dos interesses humanos, incluiu a não maleficência como parte da beneficência, e estabeleceu duas regras gerais que podem ser adotadas como expressões complementares de uma ação benéfica: a) não causar o mal; b) maximizar os benefícios possíveis e minimizar os danos que possam ser causados.

de maneira racional e não afete o interesse de terceiros³⁸. Desta feita, inevitável será a colisão entre ambos os princípios, visto que por diversas vezes poderá a opinião do paciente ser distinta do entendimento médico³⁹.

Por fim, destaca-se o Princípio da Justiça, que prescreve a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde, impondo que todas as pessoas sejam tratadas de forma isonômicas⁴⁰. Paralelamente a esses princípios encontram-se os Princípios da Qualidade de Vida e Sacralidade da Vida, os quais também devem ser considerados diante de uma decisão relacionada à eutanásia. Por meio do primeiro princípio depreende-se que deverá ser cessada a obrigação de manutenção do tratamento ou a obrigação de prolongamento da vida, quando o indivíduo não tiver mais habilidade para atingir certas metas – como autoexperiência e capacidade de relacionamento e comunicação. Em sentido contrário, o segundo princípio determina que por ser a vida humana sagrada e inviolável, é obrigatória a perpetuação desta, mesmo diante da plena incapacidade do potencial humano⁴¹.

Conforme a evolução do quadro clínico do paciente, devem todos estes princípios ser aplicados de maneira diferenciada, de acordo com as reais necessidades do enfermo. Assim, a tomada de decisões em quadros terminais graves deve ser oriundas da análise da etapa atravessada pelo paciente, haja vista que a preservação da vida pelo médico somente deve ser buscada enquanto o enfermo ainda for salvável. Do contrário, deverá prevalecer a autonomia de vontade deste (ou, quando incapacitado, de seus familiares), respeitando-se a dignidade em detrimento do sofrimento humano.

Entretanto, pelo atual ordenamento jurídico brasileiro não é possível estabelecer esta ponderação dos princípios bioéticos na tomada de decisão, posto que o Estado assumiu de forma paternalista o lugar do sujeito beneficiário, substituindo o profissional da saúde. Desta feita, não é mais o médico que determinará qual o melhor interesse do paciente, de acordo com

³⁸ Vide SEGRE, Marcos; SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio da autonomia. *Revista Bioética*, 1998, v.6, n.1, p.16 e ss.

³⁹ Em princípio, pode parecer estranho o fato de que possa existir um conflito entre dois princípios que informam uma mesma ciência; contudo, esse conflito pode ser facilmente explicado se se leva em consideração a fundamentação plural da própria Bioética. A chamada “Bioética de princípios” se fundamenta ao mesmo tempo nas correntes deontologista ou kantiana e na utilitarista, que apontam razões diametralmente opostas para a atuação moral. Assim, a corrente deontologista fundamenta os princípios como normas morais autônomas que se impõem ao indivíduo por sua própria força e exclui do ato moral qualquer pretensão diversa do cumprimento do dever moral, enquanto que a teoria ética do utilitarismo identifica a razão e o objetivo da vida moral com a promoção do “bem-estar”, entendido como uma tentativa contínua de maximização do bem e minimização do mal. Essa diversidade de origem das propostas plasmadas na Bioética gera, obviamente, problemas, já que não é fácil harmonizar princípios extraídos de éticas que estão profundamente enfrentadas (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de “lege ferenda”*. Granada: Comares, 2009, p. 03).

⁴⁰ Vide PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit., p.20-21.

⁴¹ Vide ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p.41.

seus conhecimentos científicos, mas sim o próprio Estado é quem ditará qual o futuro do indivíduo, de acordo com a sua concepção e interesses próprios.

Revela-se, então, presente o Paternalismo Estatal por meio da legislação penal. Mediante a disposição de figura típicas, consagradas por lei, impõe-se sanção para a conduta de terceiros que, de qualquer forma, participarem da disposição da vida de outrem. Ora, o Código Penal consagra que quando terceiro praticar a conduta deverá ser penalizado de acordo com o art. 121 do mesmo diploma. De fato, observa-se que esta ação deverá ser abrandada pela figura do homicídio privilegiado, haja vista que o móvel piedoso e o consentimento do enfermo caracterizará, obrigatoriamente, relevante valor moral (art. 121, §1º, do Código Penal).

Contudo, por falta de disposição específica sobre o tema, a conduta eutanásica poderá culminar numa injusta denúncia (ou até mesmo condenação) por homicídio qualificado por motivo torpe. Isso porque não se devem esquecer os preceitos religiosos que permeiam nossa sociedade e pregam a sacralidade da vida humanam, agravando-se ainda mais o fato quando se tratar de consentimento dado por familiares e, inevitavelmente, herdeiros.

Noutro giro, deve ser ressaltada a figura da participação no suicídio disposta no art. 122 do Código do Código Penal. Repete-se, trata-se de figura mais branda do que a do homicídio, em virtude do menor desvalor da ação do sujeito ativo. Com efeito, a conduta que culmina na morte do enfermo é praticada por ele próprio – somente auxiliado por outrem – sendo que é o paciente que possui o domínio do fato. Este dispositivo legal tipifica o delito de modo ainda mais impróprio, visto que sequer traz qualquer abrandamento de pena em razão do motivo de relevante valor moral ou social.

Em virtude da total falta de regulamentação específica sobre a matéria em todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo a legislação geral passível de aplicação aos casos eutanásicos (Código Penal) contraditória aos Princípios Basilares e Fundamentais da Bioética, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.805/2006.

Em detalhes, esta Resolução possibilitou ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolonguem desproporcionalmente a vida de pacientes incuráveis, quando o próprio paciente recusa-se a ser submetido a um determinado tratamento médico; bem como a possibilidade de que seus representantes legais optem pela interrupção da terapia vital, ocasião esta restrita aos casos em que o enfermo já não possui condições de manifestar a negativa por si próprio. Logo, regulamentou a ortotanásia. Contudo, restringiu a aplicação da mesma aos casos referidos na Resolução: pacientes graves e incuráveis, cuja enfermidade se encontre em fase terminal.

Contudo, este ato normativo teve sua constitucionalidade amplamente questionada, sob o argumento de que uma simples Resolução não possui força normativa capaz de afastar a aplicação do Código Penal. Em síntese, aqueles que eram favoráveis à inconstitucionalidade da Resolução fundamentavam que ela entraria em contradição ao Código Penal, em alguns dispositivos legais. Isso porque o art. 135 do Código Penal tipifica a conduta do médico ou qualquer profissional de saúde que deixar de prestar assistência, a paciente que a necessite, desde que não se exponha a risco pessoal. Noutra dizer, a conduta contemplada no art. 122 do Código Penal prevê a punição do médico que procura auxiliar, de qualquer maneira, o paciente a recusar um tratamento⁴².

Por esta razão, tal Resolução foi suspensa em 23 de outubro de 2007, por decisão liminar da 14ª Vara Federal de Brasília, em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal. Logo, naquele momento prevaleceu no Judiciário a ideia de que esta prática seria, sim, contrária ao Código Penal e passível de responsabilidade criminal.

Corretamente, a doutrina prontamente rebateu tal liminar alegando que:

“em momento algum entra em conflito com o disposto no Código Penal e, portanto, não configura nem pode configurar nenhum tipo delitivo. E isso porque nas hipóteses em que não existem reais expectativas de devolver a consciência ao paciente, toda terapêutica se converte num processo de prolongamento artificial da vida que entra em conflito com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e com a proibição de submissão à tortura e a tratamentos desumanos ou degradantes (arts.1º, III, e 5º, III, CF)”⁴³.

Em detalhes, sob o prisma jurídico-penal, entende-se que não há como subsistir o dever de assistência do médico, eis que este dever de agir encontra-se atrelado à presença de perspectivas reais e objetivas de atuação. Ora, a Resolução refere-se aos casos em que o enfermo já não possuía mais expectativas concretas e objetivas de recuperação, razão pela qual o encarniçamento terapêutico (*distanásia*) caracterizaria um verdadeiro suplício para o mesmo. Assim, entende que a ortotanásia não deve ser objeto de sanção penal pelos motivos antes alegados, isto é, por razões de caráter meramente conceitual.

Desta feita, a comunidade médica, ainda desesperada por alguma brecha legal que regulamentasse a matéria, através do novo Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931/2009 do CFM) que entrou em vigor em 13 de abril de 2010, reconheceu novamente a finitude da

⁴² GOMES, Enéias Xavier. O novo Código de ética médica e a morte sem dor. <http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=4481>. Acesso em: 30 de junho de 2012.

⁴³ CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Direito Penal no Século XXI: desafios e perspectivas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 209.

vida. No intuito de melhorar as relações entre médicos e pacientes, admitiu a necessidade de limitação da Medicina na manutenção da vida.

Dispôs textualmente que nos casos de irreversibilidade do quadro clínico, o médico deverá proporcionar aos pacientes cuidados paliativos e conforto. Assim, condenou a distanásia, quando resumir-se na perpetuação artificial e dolorosa da vida humana, gerando sofrimento ao paciente.

Tal afirmação é verificada no inciso XXII do Capítulo relativo aos princípios fundamentais, que dispõe: “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob a sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”⁴⁴.

Muito recentemente, no dia 31 de agosto de 2012, entrou em vigor a Resolução nº 1.995/2012 do CFM, que admite o emprego dos chamados “diretivas antecipadas de vontade” pelos pacientes que queiram recusar tratamentos de qualquer tipo. De acordo com o art. 1º, entende-se por *diretivas antecipadas de vontade* 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. 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 (art. 2º). A Resolução estabelece ainda que as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares (art. 2º, §3º), o que serve para dirimir alguns conflitos que atualmente existem no momento da tomada de decisões. Mas o art. 2º, § 5º, determina finalmente que 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.

⁴⁴ GOMES, Enéias Xavier, op. cit.

5. O INEVITÁVEL CONFLITO ENTRE OS BENS JURÍDICOS: VIDA x AUTONOMIA

Ao se falar em eutanásia, deve-se discutir o conflito existente entre vida e autonomia. É absolutamente errôneo considerar que o conflito seria entre vida e dignidade da pessoa humana, visto que o enfermo, por meio de suas convicções pessoais, poderá considerar digna a manutenção da vida, sob qualquer sofrimento⁴⁵.

Com efeito, ressalta-se que ambos os bens jurídicos – vida e autonomia – estão constitucionalmente tutelados, sendo dificultosa a missão de estabelecer qualquer hierarquia entre os mesmos.

5.1 VIDA

Explica Fernanda Cantali que inegavelmente “o direito à vida é o mais essencial de todos”, haja vista que sem vida não há qualquer sentido em falar na existência e no desfrute dos demais direitos fundamentais, o que abrange também a dignidade da pessoa humana – ora, somente é possível falar em dignidade, quando há vida. Em outras palavras, a vida é um bem jurídico fundamental, visto que representa a origem e suporte dos demais direitos. Assim, a vida é a base ontológica para o exercício da dignidade da pessoa humana, em que pese esta também tenha outras dimensões além da biológica⁴⁶.

Por tal razão, observa-se que a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, *caput*, assegurou a intangibilidade do direito à vida. Neste sentido, também é certo que este bem jurídico é protegido em inúmeros Tratados e Convenções Internacionais. Ademais, além da consagração constitucional deste direito, observa-se que o mesmo também é tutelado tanto pela legislação civil como pela penal.

Fomenta-se, assim, comumente, o erro jurídico de afirmar que este é um direito absoluto e, conseqüentemente, o dever do Estado de protegê-lo (dever geral de abstenção

⁴⁵ Assim, “uma morte digna pode ser também entendida individualmente como manter-se firme diante da dor física e do sofrimento moral e contar com que os demais (o médico, a família) farão todo o possível para combater a morte, inclusive em situações desesperadoras e de prognóstico infausto; concepção favorável à vida que deve ser igualmente respeitada” (ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p.445, nesse sentido também ESER, Albin. Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica. In: MIR PUIG, Santiago (Coord.). *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona, PPU, 1988, p.27).

⁴⁶ Vide CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 178 e ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 27.

dirigido a todos, *erga omnes*, inclusive contra o próprio Estado), de todo e qualquer ato que lhe possa causar danos⁴⁷.

Tal consideração é errônea, porque o direito à vida não possui caráter absoluto, conforme se verifica pela própria constituição Federal, quando autoriza, excepcionalmente a pena de morte (art. 5º, XLVII); bem como pelo Código Penal que admite o homicídio em estado de necessidade (art. 24), em legítima defesa (art. 25) ou, ainda, a realização de determinadas formas de aborto (art. 128, I e II). Neste sentido, verifica-se que a própria legislação penal distingue espécies de vida, tutelando-a em diferentes graus de repressão. Ademais, em sede penal, verifica-se que algumas ofensas dirigidas contra a vida nem sequer são criminalizadas, sendo exemplo tradicional o suicídio e, recentemente, o descarte de embriões, a redução embrionária e o aborto de anencefálicos⁴⁸.

Desta feita, comprova-se que o direito à vida pode ser relativizado em favor de outros valores, igualmente constitucionais.

5.2 AUTONOMIA

Uma vez explanado que, em que pese o direito à vida seja essencial, este não pode ser considerado como absoluto, passa-se a traçar apontamentos sobre a liberdade e a autonomia privada, a qual foi consagrada com igual força constitucional (art. 5º, *caput*, CF).

Diversas e incontáveis são as manifestações de liberdade, tais como a liberdade de ir e vir, a liberdade de reunião, a liberdade de pensamento, a liberdade de comunicação, a liberdade de praticar quaisquer atos jurídicos, a liberdade de dispor do seu próprio corpo, a liberdade de dispor de sua vida privada, a liberdade de dispor da sua imagem, a liberdade sexual, liberdade religiosa, a liberdade de segredo e de omissão, a liberdade de decisão, entre outras.

Todas estas se refletem na autodeterminação dos comportamentos pessoais, sendo somente algumas expressamente tipificadas. Contudo, há no ordenamento uma tutela geral da liberdade que vai além das especiais proteções prescritas, tendo em vista se tratar de um poder amplo de livre atuação, positiva ou negativa, desde que respeitados alguns limites. Nesse sentido, assevera-se que:

⁴⁷ Vide SWIDEREK, Laura. *Em busca da morte digna: uma análise jurídico-penal* (tese de Mestrado). Porto Alegre: Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007, p. 33.

⁴⁸ Vide SWIDEREK, Laura, op. cit., p. 33. Nesse sentido, vide RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Los derechos constitucionales de los pacientes: derecho a la vida y a la integridad física. *Derecho y Salud*, v. 14, nº 1, 2006, p.79-80. Sobre o tema, é oportuno destacar a afirmação de FEINBERG, para que se se admitisse a existência de direitos absolutos, a resolução do hipotético conflito entre o direito absoluto de uma pessoa e o direito absoluto de outra (por exemplo, o direito à vida de duas pessoas diferentes) seria logicamente impossível (vide FEINBERG, Joel. Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida. *Anuario de Derechos Humanos*, nº 7, 1990, p. 65).

“(…) a liberdade juridicamente tutelada não tem um conteúdo típico, já que isso implicaria na negação da liberdade em si mesma. (...). Embora não tenha conteúdo típico, restrito, não pode ser confundida com o arbítrio, já que o exercício da liberdade é dirigido por ‘coordenadas gerais’, ou seja, ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer algo que não queira (liberdade negativa), bem como pode o titular praticar qualquer ato que não seja proibido e desde que não atinja a esfera dos direitos e interesses alheios, não seja contrário à boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes e às finalidades sociais do Estado, além de não violar a dignidade humana (liberdade positiva)”⁴⁹.

Desta feita, um dos corolários do direito à liberdade é a autonomia. A definição de autonomia privada é tarefa árdua em virtude das diferentes concepções que surgiram no decorrer dos tempos e dos sucessivos desenvolvimentos críticos⁵⁰.

Sob uma concepção atual deve ser vista como a faculdade ou poder conferido pelo ordenamento jurídico aos privados para autorregular seus próprios interesses. Neste sentido, Luiz Edson Fachin leciona:

“Em outras palavras, trata-se do poder conferido às pessoas para livremente conformarem seus interesses, governando a sua esfera jurídica, já que no exercício cotidiano dos direitos, o que é garantido pela tutela positiva é reconhecido pela ordem jurídica”⁵¹.

5.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CRITÉRIO CORRETOR

Esta nova concepção sobre o tema em análise advém da eleição da dignidade da pessoa humana como valor fundante de toda a ordem jurídica. Isso porque a pessoa passou a ser o centro referencial do ordenamento e, conseqüentemente, os direitos ligados à sua personalidade tomaram posição de destaque:

Em poucas palavras, o papel da vontade nas situações subjetivas foi redefinido para se harmonizar com o valor unificador do sistema que é a dignidade humana. Se a pessoa é o valor referencial do ordenamento, a tutela da pessoa está presente, seja nas situações de conteúdo patrimonial, seja nas de conteúdo existencial. (...). Se devemos respeitar as escolhas que as pessoas fazem para si mesmas em relação aos seus bens e interesses existenciais, o papel da vontade nestas situações é ser o promotor do livre desenvolvimento da personalidade, cujo limite primordial é a própria dignidade e a

⁴⁹ CANTALI, Fernanda Borghetti, op. cit., p. 210.

⁵⁰ Idem, ibidem, p. 211.

⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

intangibilidade do seu núcleo essencial. A dignidade garante o trânsito da autonomia nas situações existenciais e ao mesmo tempo limita esta atuação, podendo a vontade ganhar maior relevância ou ser restringida, dependendo apenas das circunstâncias do caso concreto⁵².

O mesmo ocorre com o direito à vida, que também deve ser interpretado em consonância com a dignidade da pessoa humana, haja vista esta condição essencial para os demais valores. Assim, o direito à vida e não o dever da vida a qualquer custo deve prevalecer, até porque a Constituição veda que qualquer pessoa seja submetida a tratamento cruel, desumano e degradante entre os direitos fundamentais do indivíduo (Art. 5º, III).⁵³

Uma vez já realizadas as explanações sobre os bens jurídicos vida e autonomia, há que se repetir que quando se trata de eutanásia, ambos entram num conflito naturalmente inevitável. Pelo exposto, verifica-se que nestas situações ambos devem ser relativizados, em prol da dignidade da pessoa humana, eis que este é o valor axiomático máximo da Constituição Federal (art. 1º, III).

Passa-se, desta forma, à análise do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, a qual é mais dificultosa. Há grande controvérsia no que tange ao conteúdo da expressão “dignidade da pessoa humana” e, assim, é igualmente difícil uma compreensão (ou definição jurídica) do termo. Diversas obras, de inúmeros e renomados juristas já se dedicaram a árdua missão, contudo, este tema nunca será de fato esgotado, eis que a definição de dignidade da pessoa humana é resultado da compreensão do pensamento humano, do que significa efetivamente este ser humano, do que é ser pessoa e quais os valores sociais influenciam este conceito. Por tal razão. Por tal razão, é dotado de grande subjetivismo:

A dificuldade desta definição de seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental ocorre em virtude de conceitos vagos e imprecisos que contornam o tema, os quais são caracterizados por serem ambíguos e porosos, bem como por possuírem natureza necessariamente polissêmica⁵⁴.

Preliminarmente, impende mencionar que há existência de uma vinculação indissociável entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo este um dos postulados nos quais assenta o Direito Constitucional contemporâneo.

⁵² CANTALI, Fernanda Borghetti, op. cit., p. 209.

⁵³ Vide CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 187.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-44.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana está prevista no Art. 1º, III da Constituição Federal, constituindo-se em fundamento da República Federativa do Brasil. Desta feita, foi consagrado como norma jurídico-positivado dotada de status constitucional formal e material, e como tal carregada de eficácia. Nesse sentido,

frisa-se que os direitos fundamentais positivados na Constituição dão ao ordenamento jurídico uma noção do mínimo ético irrenunciável. Cabe ao âmbito jurídico contribuir de maneira a investigar, casuisticamente, o entendimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O respeito à dignidade humana leva consigo a ideia de legitimação democrática e significa seu reconhecimento como princípio material de justiça, prévio e imanente ao Direito positivo, o que impede seja considerado apenas mais um interesse dentre vários passíveis de ponderação nas hipóteses de conflito⁵⁵.

Na Constituição Federal brasileira, a previsão da dignidade da pessoa humana como valor fundante do sistema de direitos fundamentais implica o reconhecimento do homem como pessoa e não apenas como cidadão, outorgando-lhe um núcleo de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, como uma verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Nessa trilha, tem-se que a dignidade humana não aparece como simples criação do legislador, pois sua existência é um dado anterior, aferido de modo prévio à normação jurídica. Constitui, portanto, um princípio de justiça material, de validade *a priori*, positivado jurídico-constitucionalmente⁵⁶. De conseguinte, a dignidade da pessoa humana antecede o juízo axiológico do legislador e vincula sua atividade normativa, sobretudo em matéria jurídico-penal.

Contudo, não se pode olvidar que a dignidade humana não deve ser considerada um bem jurídico específico e diferenciado, pois ela constitui uma “síntese da totalidade de dimensões físicas e espirituais específicas da pessoa humana que inspira e fundamenta todos os direitos fundamentais”⁵⁷. Assim, a proteção da dignidade humana, por si só, já implica a tutela de todos os demais direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, visto que é impossível pensar que a lesão de bens jurídicos tão relevantes como a vida e a integridade física e moral não implicasse

⁵⁵ SWIDEREK, Laura, op. cit., p. 32.

⁵⁶ A dignidade da pessoa humana é, assim, “uma classe ou categoria que corresponde ao homem como ser dotado de inteligência e liberdade, distinto e superior a todo outro ser criado. Implica um tratamento de acordo com a natureza humana. Atentar-se-á contra a dignidade humana sempre que se esqueça dessa superioridade essencial do homem, considerando-o como qualquer outra parte da natureza” (GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p.112).

⁵⁷ Vide GRACIA MARTÍN, Luis; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.419.

também, ainda que indiretamente, um atentado à sua dignidade pessoal⁵⁸. Daí porque se diz, com razão, que a proteção da dignidade humana absorve a tutela de todos os direitos fundamentais e, dada sua condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sua consagração implica sem dúvida a proteção da integridade física e moral (art. 5º, III, CF) de todos os indivíduos.

Nessa trilha, tem-se que, em que pese a primazia da vida humana em muitos casos, em um Estado de Direito democrático e social, a ponderação de interesses que serve de lastro para a justificação do comportamento eutanásico deverá ter em conta a dignidade da pessoa humana como um critério corretor⁵⁹. Verificando-se, assim, um conflito de interesses entre a vida e a autonomia pessoal, a aplicação do estado de necessidade poderá autorizar a prevalência do respeito à autonomia, já que “o estado de necessidade será uma causa de justificação quando o mal causado seja menor que o que se tratava de evitar sempre que a conduta realizada não implique uma grave infração ao respeito devido à dignidade da pessoa humana”⁶⁰.

Assim, quando o tratamento ao qual se submete o enfermo torna-se um fim em si mesmo, de modo a prolongar o processo da morte, a custo de sofrimento e agonia do paciente, tem-se que a própria pessoa humana será desconsiderada, pois está sendo reduzida a um meio para a consecução de um fim (isto é, a manutenção da vida a qualquer preço)⁶¹. Portanto, conclui-se que não haverá respeito pela vida e nem pela integridade física e moral do ser humano. E não sendo asseguradas condições mínimas para uma existência digna da pessoa humana, esta não passará de mero objeto de arbítrios e injustiças⁶².

Neste contexto, o direito à escolha do paciente deve ser respeitado, eis que para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto ou homem-instrumento constitui a antítese da dignidade da pessoa humana. Cabe ao Estado, então, valendo-se do princípio norteador da dignidade da pessoa humana promover a legalização da eutanásia em casos de pacientes em estado terminal, tendo em vista “se viver com dignidade é o mesmo que ter uma

⁵⁸ Vide MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.22-23.

⁵⁹ Vide CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v.II. Madrid: Tecnos, 2000, p. 270. Pontifica o autor que “por tratar-se (a dignidade humana) de um princípio material de justiça, de validade *a priori*, que representa um limite imanente para o Direito positivo, a invocação desse princípio no marco da ponderação de interesses privaria esta de limites e contornos precisos, ao introduzir na mesma um juízo de valor de natureza essencialmente diferente” (op. cit., p. 270).

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 270.

⁶¹ Nesse sentido, destaca-se com acerto que em algumas situações “é lícito duvidar se a vida pode continuar sendo concebida como um fim vinculado ao desenvolvimento das potencialidades de uma existência humana, ou se pelo contrário se converteu em uma mera existência biológica” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Problemas de la eutanasia. *Sistema*, nº 106, 1992, p. 100).

⁶² Vide SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 26.

vida digna, percebe-se desde logo, que morrer com dignidade é consequência viver dignamente, pois de nada vale ter uma sobrevivência se esta for sofrida”⁶³.

De modo algum pretende-se aqui equiparar liberdade e dignidade, mas somente destacar a intrínseca ligação entre ambas, já que o pleno exercício da autonomia constitui uma das principais (mas não a única) exigências da dignidade da pessoa humana⁶⁴.

Isso porque na busca de uma definição de dignidade em sentido operacional em face do caso concreto, utilizando-se da fórmula desenvolvida pelo alemão Günter Dürig (por meio de uma concepção kantiana): a dignidade da pessoa humana será atingida quando a pessoa concreta (o indivíduo) for considerado objeto, tratado como uma coisa (instrumento). Nos contextos da distanásia, não resta dúvida de que o paciente será descaracterizado e desconsiderado como sujeito de direitos⁶⁵.

6. ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA: POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Antes de tecer qualquer comentário sobre a responsabilidade criminal de quem pratica a eutanásia, há que se lembrar que nesta devem obrigatoriamente estar presente os seguintes requisitos, antes referidos: critério da incurabilidade, móvel humanitário e consentimento informado. Assim, caso esteja ausente qualquer um desses elementos não estará o enfermo diante da legítima eutanásia aqui defendida, podendo tal conduta perfeitamente se subsumir aos tipos penais do atual Código Penal.

Ademais, como consequência lógica destes requisitos, estima-se que a prática da eutanásia ativa deve ser restrita ao médico. Ora, somente este poderá auferir a incurabilidade da patologia e, assim, obter o real consentimento informado e permitir uma morte digna ao enfermo, ausente de qualquer dor. De outro lado, a eutanásia passiva é modalidade que admite apenas o médico como autor, porquanto somente a ele é dado suspender a terapia, que constitui *longa manus* de sua atividade, ou não iniciar a mesma quando a julgar inoportuna⁶⁶. De fato, em países onde esta prática já se encontra admitida, como Bélgica e Holanda, apenas os médicos podem ajudar os enfermos a morrer, não sendo permitido que pessoas não qualificadas assistam a morte destes enfermos⁶⁷.

⁶³ OLIVEIRA, Franciele de. Direito à vida ou dever de viver? <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-%C3%A0-vida-ou-dever-de-viver>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

⁶⁴ Vide SWIDEREK, Laura, op. cit., p. 33.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 32.

⁶⁶ Vide, nesse sentido, JUANATEY DORADO, Carmen. Participación en el suicidio y eutanasia. Comentario al artículo 149 del Proyecto del Ley Orgánica del Código penal de 1992. *Poder Judicial*, nº 28, 1992, p. 121.

⁶⁷ Sobre a legislação vigente nesses países, vide com maiores detalhes NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*. Madrid: Tecnos, 2006, p.185-192.

No entanto, mesmo presentes os três requisitos, não é possível a aplicação de alguma exigente do atual Código Penal. Conforme já explanado anteriormente, a legislação penal até hoje insiste em não trazer regulamentação específica sobre o tema, não tendo sido aprovados alguns projetos que traziam inovações. Desse modo, a regulamentação existente nos artigos 121 e 122 do Código Penal permanece, embora não seja sustentável diante dos princípios basilares da Bioética e da nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Isso porque quando o Princípio corretor da Dignidade da Pessoa Humana determinar que numa situação concreta prevalecerá a autonomia individual em detrimento do bem jurídico vida –em virtude da instrumentalização do homem em face ao tratamento, considerando-o um meio e não o fim – deverá o médico suspender, interromper ou não iniciar o tratamento necessário para a manutenção artificial da vida deste enfermo.

A correta prevalência do bem jurídico autonomia do enfermo “cancelará” a posição de garante do médico em relação ao bem jurídico vida, haja vista que não subsiste o dever de agir para evitar o resultado morte. Desta feita, estará o médico praticando a eutanásia passiva, que, contudo, será considerada conduta atípica. Diante deste contexto, o médico não terá mais a dever jurídico de evitar o resultado morte, razão pela qual esta omissão não lhe atribuirá qualquer responsabilidade na seara criminal⁶⁸.

Por sua vez, o mesmo não ocorrerá quando o médico praticar ato correspondente à eutanásia ativa, ou seja, quando praticar efetivamente a conduta culminará na morte do paciente (eutanásia ativa). Nestas circunstâncias, inegavelmente tal conduta será típica, vez que incidirá no art. 121 do Código (“matar alguém”). Entretanto, não será antijurídica, vez que deverá ter excluída a sua ilicitude por aplicação do estado de necessidade, conforme o art. 23, I, do Código Penal. Uma vez presente a colisão entre os bens jurídicos vida e autonomia, devendo este prevalecer sobre aquele, por ser considerado de maior valor, em razão da aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como critério de correção, deverá o médico inexoravelmente sacrificar o bem de menor valor – no caso, a vida.

Logo, é necessária a aplicação do estado de necessidade como causa de justificação da conduta, haja vista que o mal gerado pela conduta médica deve ser considerado juridicamente menor do que o mal evitado.

Este mesmo raciocínio deve ser aplicado no delito previsto no Art. 122 do Código Penal, quando o médico auxiliar o suicídio do paciente. Isso porque, de fato, este profissional

⁶⁸ Como sustenta CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de “lege ferenda”*. Granada: Comares, 2009, p. 251-254.

praticará a conduta comissiva, no entanto, esta também não será antijurídica em razão do estado de necessidade como causa de justificação.

Noutro ângulo, obviamente não estará o médico protegido por essa causa de exclusão de ilicitude quando praticar a conduta de incitar ou instigar o suicídio do paciente. Nestas condições não estará presente o consentimento informado, vez que este depende da neutralidade médica e que este exponha ao paciente o seu verdadeiro quadro clínico⁶⁹.

7. ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL: CRÍTICAS E SUGESTÕES

O Anteprojeto de Código Penal apresentado pela Comissão de Reforma⁷⁰ do mesmo em 27 de junho de 2012 cria, pela primeira vez, no artigo 122 do novo código, o crime da eutanásia, que não existia no atual Código, diminuindo a sua pena e tornando-o crime mais brando do que o homicídio. Mas, em seguida, o anteprojeto estabelece em seguida o caminho para obter a sua total despenalização e o seu reconhecimento como direito.

O novo artigo 122 do Código Penal, segundo o Anteprojeto de 2012, afirma que passa a ser definido como crime de eutanásia: "*Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave*", assinalando-lhe uma pena de dois a quatro anos de detenção. Trata-se da eutanásia ativa, cuja redução de pena é louvável, mas a redação é altamente criticável. A alusão ao paciente "em estado terminal" peca por não abranger os estados vegetativos crônicos (EVP), nos quais a morte não é uma realidade próxima e impassível de ser impedida, pois se tratam de pacientes não-terminais cuja sobrevivência pode ser artificialmente mantida durante longos períodos. Além disso, a referência ao elemento normativo "doença grave" é demasiado restritiva e não permite que se abarquem os traumatismos que conduzissem o doente a um estado de total incapacidade e dependência (as paraplegias e tetraplegias), igualmente geradores de sofrimento e angústia para o paciente, já que o tipo faz menção tão-somente a *doença grave*⁷¹.

⁶⁹ Nesse sentido, vide BARQUÍN SANZ, para quem "o desvalor da indução ao suicídio provém da ingerência no que deve ser uma esfera isenta de interferência alheia, dado o perigo de se ver indefectivelmente influenciado o sentido da vontade que, para pessoas que se encontram em uma situação psicológica de angústia ou temor, supõe o exercício de influência persuasiva por parte de outrem" (La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro. In: ROXIN, C./MANTOVANI, F./BARQUÍN, J./OLMEDO, M. *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Comares, 2001, p.170-171).

⁷⁰ A Comissão, formada por 15 juristas e encabeçada pelo Ministro do STJ Gilson Dipp, foi autorizada pelo Senado Federal ao aprovar o Requerimento 756/11, de autoria do senador Pedro Taques (PDT-MT).

⁷¹ Vide PEDROSO, Fernando de Almeida. Homicídio privilegiado. *Revista dos Tribunais*, v. 695, 1993, p.280-281.

Por outro lado, a situação de “sofrimento físico insuportável” não deve ser constatada por nenhum médico ou equipe de facultativos, o que aumenta a insegurança jurídica do procedimento. O crime é comum e pode ser praticado por qualquer pessoa. Tampouco andou bem o legislador em prescrever a exigência de imputabilidade para o enfermo, posto que, conforme já se assinalou, os critérios a serem atendidos, em se cuidando de capacidade para consentir, são aqueles propostos pela lei civil. Demais disso, é difícil conceber o que estariam os redatores do Anteprojeto a pretender com a redundante expressão “imputável e maior”, já que a imputabilidade penal, se adotada para esses fins, abrange por si só a maioria como um de seus requisitos. Além do mais, trata-se de um requisito exigível para ser *autor* de um crime, e não *vítima* dele⁷². Apenas se, num esforço de interpretação, se entendesse que a maioria, nesse caso, é aquela ditada pelas normas civis é que a expressão redundante teria alguma razão de ser, embora desde o Código Civil de 2002 a maioria penal e civil se identifiquem igualmente aos 18 anos completos.

Logo em seguida o Anteprojeto afirma, no §1º do artigo 122, que: *"O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima"*. Trata-se de hipótese de perdão judicial, e não de exclusão da ilicitude em virtude do estado de necessidade, como aqui se sugere, o que implica reconhecer que o autor da eutanásia ativa continua cometendo um crime (típico, ilícito e culpável) que, no entanto, merece perdão em virtude das circunstâncias. A dignidade da vítima não prevalece perante a vida, e o comportamento do autor da eutanásia ativa segue sendo contrário ao ordenamento jurídico, tendo o legislador perdido uma excelente oportunidade de construir uma figura mais adequada aos parâmetros constitucionais vigentes. Ademais, ante a não exigência de que seja praticada por médico, a completa despenalização da eutanásia ativa em tais hipóteses parece ser, no mínimo, de receosa aplicação.

No §2º, o art. 122 do Anteprojeto de 2012 determina que *“não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente, quando a doença grave for irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”*. Trata-se de reconhecimento da exclusão da ilicitude da eutanásia passiva ou ortotanásia, que padece igualmente várias falhas em sua redação. Uma atitude ponderada foi exigir que o diagnóstico da proximidade da morte seja levado a cabo por dois médicos – todavia, impõe esclarecer que sejam facultativos distintos

⁷² Como bem destaca SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La responsabilidad penal del médico por omisión. In: MIR PUIG, Santiago (Ed.). *Avances de la Medicina y Derecho penal*, cit., p.141.

daquele que acompanhou o doente, que também deve participar do processo. A menção a “doença grave e irreversível” põe a questão em termos mais precisos – todavia, é de notar que a gravidade, aqui, deve converter-se em incurabilidade, o que pode ser evidenciado através dos diagnósticos precisos que o legislador oportunamente passou a exigir. Todavia, falta ainda aqui a remissão aos traumatismos, pelas mesmas razões *supra* apontadas.

Inexplicavelmente, porém, para a conduta de deixar de manter a vida do doente por meio artificial não se faz referência aos móveis piedosos, donde se conclui que outros motivos, entre os quais o interesse econômico da família numa possível herança ou a falta de recursos financeiros e hospitalares para a sustentação da vida vegetativa do paciente poderiam mediar a omissão nesses casos. Abre-se assim a possibilidade de descriminalização de algumas formas de homicídio qualificado por motivo torpe. Por derradeiro, exige-se a necessidade de consentimento do paciente ou, na sua impossibilidade (o que engloba os estados de incapacidade e de inconsciência), de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. É digna de nota a inserção, nesse rol, do companheiro, em atenção ao reconhecimento, pela Constituição Federal, da união estável entre homem e mulher como entidade familiar (art.226, §3º). Ressalte-se que os familiares substituem uns aos outros na ordem de preferência, não se admitindo, por se tratar de norma penal não incriminadora excepcional, argumento analógico com vistas a autorizar a intervenção de outros parentes, ainda que no melhor interesse do paciente⁷³.

8. CONCLUSÃO

A civilização está em transformação constante, sendo este processo atualmente mais intenso diante da velocidade do progresso tecnológico. Por tal razão, constata-se a dificuldade do ordenamento jurídico em acompanhar tais modificações sociais.

A sociedade brasileira foi fortemente influenciada pelos ideais católicos que perduram até hoje, estando inclusive enraizados na concepção moral e ética dos brasileiros. Inegável que o ordenamento jurídico brasileiro possui influência, mesmo que indireta, dos preceitos fundamentais da igreja. Logo, o Estado laico não é tão neutro como deveria.

Cria-se, então, uma problemática: um ordenamento jurídico que tutela a vida com base em ideais concebidos há centenas de anos, o que se choca com o atual progresso da sociedade tecnológica. É exatamente o que ocorre com o direito à vida e a proibição da legítima eutanásia.

⁷³ Vide PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p.197-198.

Ora, quando foi estabelecido como pecado um indivíduo atentar contra a vida alheia, logicamente foram desconsideradas as hipóteses de manutenção da vida artificial ou por qualquer outro meio que somente é possibilitado diante dos atuais biotecnológicos.

Antes, o indivíduo acometido de doença grave vinha a óbito rapidamente, já que esta era a vontade de Deus (ou dos Deuses). Com o passar dos séculos, observa-se que raríssimas são as doenças capazes de matar em breve espaço de tempo. Muitas vezes, a manutenção da vida é responsável por gerar sofrimentos imensuráveis ao enfermo.

Logo, a proibição de dispor da vida alheia diante do suplício humano tona-se injustificada, mesmo diante do próprio ordenamento jurídico quando considerado como um todo. Isso porque posteriormente a evolução do Direito brasileiro, motivada por relevantes fatos históricos, consagrou que o valor axiomático máximo do ordenamento jurídico é a Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, o direito à vida é passível de relativização. Em verdade, se trata de um direito fundamental, que é substrato ontológico da existência de todos os demais direitos. No entanto, não é absoluto, sendo admitidas hipóteses para se por fim ao mesmo pelo próprio ordenamento jurídico, tais como as excludentes de ilicitude (consagradas no Código Penal) e admissão da pena de morte em casos de traição ao país durante a guerra.

Desta feita, verifica-se um paternalismo hipócrita por parte do Estado. Por vezes, quando lhe é conveniente, admite a relativização do bem jurídico vida. Contudo, em outras vezes, quando não lhe é benéfico, considera tal bem jurídico de forma absoluta, ocasião em que nos casos de violação inclusive impõe sanção penal por meio de lei.

Mesmo aqueles que continuaram a sustentar o bem jurídico vida como direito absoluto após o Código Penal de 1940 (de modo a desconsiderar as excludentes de ilicitude, hipóteses de legalização de aborto, não incriminação do suicídio e outros), com o advento da Constituição Federal de 1988 foram forçados a reconhecer a relativização desse direito. Isso porque a nova ordem jurídica estabelecida dispõe que este bem jurídico deve ser compreendido dentro de uma visão global, devendo ser interpretado em consonância com a dignidade da pessoa humana e, por consequência, do respeito à autonomia que dela se origina.

Por meio desta interpretação, ninguém poderá ser desprovido da vida contra a própria vontade, contudo, este entendimento não impõe um dever absoluto e incondicionado de viver, haja vista que será relativizado diante da submissão do indivíduo a uma vida indigna.

Por sua vez, não se propõe a consagração do direito à morte em decorrência do direito à vida, porque caracteriza verdadeira inversão do preceito constitucional. De fato, o que deve ser aceito é que quando o indivíduo estiver acometido de doença terminal incurável ou invalidez

irreversível, desde que devidamente informado sobre seu real estado clínico, poderá consentir na causação da própria morte.

Noutro giro, deverá esta conduta ser sempre praticada por médico, desde que este, ciente do consentimento informado do paciente, pratique a conduta motivado por piedade. Ora, somente o médico poderá garantir ao enfermo uma morte indolor e digna.

Pelo exposto, observa-se que erra a legislação brasileira ao omitir-se especificamente sobre a prática da eutanásia, até porque os dispositivos legais expressos no Código Penal contrariam não somente os fundamentos da Bioética, mas a própria Constituição Federal. Ora, pela aplicação pura desta lei, o médico que praticar a legítima eutanásia deverá ser condenado por homicídio privilegiado ou auxílio ao suicídio.

No entanto, partindo-se do pressuposto que dignidade da pessoa humana deve ser considerada princípio corretor na solução da colisão entre os bens jurídicos vida e autonomia verifica-se que não haverá crime em qualquer uma das modalidades da eutanásia antes referidas. E este deve ser o espírito que guia a reforma da legislação penal vigente, recentemente proposta pelos autores do Anteprojeto de Código Penal de 2012. Em que pese ser passível de várias críticas, a proposta de lei reduz a pena da eutanásia ativa, permitindo a concessão de perdão judicial em alguns casos, e descriminaliza a eutanásia passiva ou ortotanásia, por aplicação do estado de necessidade.

É louvável a atitude do reformador, mas não se deve olvidar que a eutanásia ativa deve ser sempre levada a cabo por médicos, mormente diante da possibilidade de perdão judicial de seu autor, o que poderia abrir as portas para abusos e mortes clandestinas sem o consentimento do enfermo. Por fim, entende-se que a ortotanásia poderia ter sido reconhecida como causa de exclusão do tipo, com expressa referência aos móveis humanitários de seu autor. Mas a exclusão da ilicitude já é considerada indubitavelmente um grande avanço em prol do respeito devido à pessoa humana e à sua intrínseca e inarredável dignidade.

9. REFERÊNCIAS

BARQUÍN SANZ, J. La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro. In: ROXIN, C./MANTOVANI, F./BARQUÍN, J./OLMEDO, M. *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Comares, 2001.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James. F. *Principios de Ética Biomédica*. Barcelona: Masson, 2002.

- BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- . *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de “lege ferenda”*, Granada: Comares, 2009.
- . Direito de morrer e Direito Penal: a propósito da Resolução 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. In: OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Direito Penal no Século XXI: desafios e perspectivas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v.II. Madrid: Tecnos, 2000.
- DEL VECCHIO, Giuseppe. *Morte benefica (l'eutanasia)*. Torino: Fratelli Bocca, 1928.
- ESER, Albin. Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica. In: MIR PUIG, Santiago (Coord.). *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona, PPU, 1988.
- FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FEINBERG, Joel. *Harm to Self* (vol.III da coleção intitulada *The Moral Limits of Criminal Law*). New York: Oxford University Press, 1986.
- . Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida. *Anuario de Derechos Humanos*, nº 7, 1990.
- GARZÓN VALDÉS, E. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*. Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Problemas de la eutanasia. *Sistema*, nº 106, 1992.
- GOMES, Enéias Xavier. O novo Código de ética médica e a morte sem dor. <http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=4481>. Acesso em: 30 de junho de 2012.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- GRACIA MARTÍN, Luis; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. 7 ed. Buenos Aires: Depalma, 1992.

- JUANATEY DORADO, Carmen. Participación en el suicidio y eutanasia. Comentario al artículo 149 del Proyecto del Ley Orgánica del Código penal de 1992. *Poder Judicial*, n° 28, 1992.
- KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? In: MIR PUIG, Santiago [Ed.]. *Avances de la Medicina y Derecho penal*. Barcelona: PPU, 1988.
- LANE, John Cook (coord). *Reanimação*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir con dignidad (consecuencias jurídico-penales)*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1994.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Historia del derecho a morir: análisis histórico y antecedentes jurídico-penales*. Oviedo: Forum, 1999.
- . *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*. Madrid: Tecnos, 2006.
- OLIVEIRA, Franciele de. Direito à vida ou dever de viver? <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-%C3%A0-vida-ou-dever-de-viver>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. Homicídio privilegiado. *Revista dos Tribunais*, v. 695, 1993.
- PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 2 ed. São Paulo, Loyola, São Paulo, 1994.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.
- PONTES, Felipe. Ajuda-me a morrer. *Revista Época*. Rio de Janeiro: Editora Globo, n° 736, 25 de junho de 2012.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Los derechos constitucionales de los pacientes: derecho a la vida y a la integridad física. *Derecho y Salud*, v. 14, n° 1, 2006.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*: Madrid: Ramón Areces, 1994.
- . O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; FERNANDES QUEIROZ, J. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- . El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n° 13, 1987.

- ROMERO OCAMPO, Guillermo. *La eutanasia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1986.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SAUEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito 'in vitro': da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- SEGRE, Marcos; SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio da autonomia. *Revista Bioética*, v.6, n.1, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La responsabilidad penal del médico por omisión. In: MIR PUIG, Santiago (Ed.). *Avances de la Medicina y Derecho penal*. Barcelona: PPU, 1988.
- SWIDEREK, Laura. *Em busca da morte digna: uma análise jurídico-penal* (tese de Mestrado). Porto Alegre: Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007.
- TORÍO LÓPEZ, Angel. Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia. *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1989/1990.