

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**

DANIELLE CORTEZ PIMENTEL

**EUTANÁSIA: CRIME CONTRA A VIDA OU DIREITO FUNDAMENTAL?
O DIREITO DE ESCOLHER**

**FORTALEZA
2012**

DANIELLE CORTEZ PIMENTEL

**EUTANÁSIA: CRIME CONTRA A VIDA OU DIREITO FUNDAMENTAL?
O DIREITO DE ESCOLHER**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração Ordem Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo

**FORTALEZA
2012**

DANIELLE CORTEZ PIMENTEL

**EUTANÁSIA: CRIME CONTRA A VIDA OU DIREITO FUNDAMENTAL?
O DIREITO DE ESCOLHER**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração Ordem Constitucional.

Dissertação aprovada em ____ / __ / 2012

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Dr. Fernando Bastos Ferraz (Membro)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Dr. Francisco Ursino da Silva Neto (Membro)
Universidade Federal do Ceará – UFC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, de alguma maneira, contribuíram para a realização deste trabalho. Não limito os agradecimentos às pessoas e instituições que colaboraram diretamente com a pesquisa. Muito ao contrário, os estendo a todos aqueles que, de algum modo, tornaram-na viável. Meu sincero muito obrigada:

À Universidade Federal do Ceará, especialmente à Pós-Graduação em Direito Constitucional, pela acolhida e pelo espaço acadêmico oferecido.

Ao meu orientador, Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo, principalmente, pela confiança. Também pelos ensinamentos, pelas indicações de leitura e pela atenção sempre cedida a mim tão prontamente quanto solicitada.

A todos os professores da Pós-Graduação de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, pela colaboração acadêmica.

À Marilene - desde o início, uma das grandes responsáveis por meu ingresso nessa jornada - por toda solicitude e doçura que sempre a acompanham em um sorriso encantador.

Ao Professor Doutor Marcelo Guerra, pelo incentivo e pelas palavras encorajadoras quando a dúvida ainda pairava sobre qual tema desenvolver. Obrigada pelo conselho ousado para que eu seguisse meu coração e abraçasse sem medo o assunto que realmente me fascinava.

A todos os colegas do mestrado, pela solidariedade inerente à estrada que percorremos juntos.

Às "panelas": Christianne Diógenes, Denise Assis, Elizabeth Alice, Érika Gomes, Eulália Emília, Laís Fortaleza, Michele Amorim. Pela amizade - descoberta e construída ao longo desse período árduo - que fez presentes em minha vida o doce companheirismo e as muitas risadas gostosas que me permitiram completar essa etapa, de uma forma muito mais leve e lúdica do que eu jamais poderia imaginar. Vocês - cada uma com suas características tão peculiares, cada qual em sua singularidade - fazem parte da minha vida de uma maneira toda especial. No curso dessa pequena grande história, vocês foram o maior ganho que tive.

Aos meus pais, Moisés Pedreira Pimentel Neto e Maria do Socorro de Moura Cortez Pimentel, in memoriam, sempre presentes em tudo o que faço.

A toda minha família, especialmente à minha amada tia Maria Matelícia de Moura Cortez, espírito acadêmico convicto que mais me incentivou a ingressar nessa aventura e a

não abandoná-la no meio do caminho, (super)valorizando cada conquista realizada por mim, em toda a trajetória tortuosa que minha vida desenha.

Ao meu marido, Sebastião Leontsinis, por ter acreditado nesse projeto desde o início. Pelas opiniões precisas sobre o texto. Por aceitar minha ausência (menos rara do que desejávamos) em muitas ocasiões. Pela compreensão e pelo bom humor sempre presentes, mesmo quando, por minha causa, algumas noites eram mal dormidas entre livros e lanternas. E, principalmente, por ter tido comigo toda a paciência que uma mestrandia - esposa, mãe, mulher, em toda a sua inteireza e complexidade - demanda.

Ao Júnior, meu filho muito amado e do qual me orgulho demais, por seu interesse e sua empolgação diante do tema, que resultaram em tantas discussões sobre a matéria, de onde derivaram questionamentos tão pertinentes que nos fizemos juntos e que acabaram por ser parte importantíssima do estudo. Por seu esforço genuíno no intuito de ajudar na construção do trabalho em que sua mãe estava envolvida. Nada mais instigante. Nada mais estimulante. Nada mais inspirador.

No te Rindas,
Recuerda que muchas veces
La última llave es la que abre la cerradura.
La idea no es vivir para siempre, es crear algo que sí lo haga
Nunca sabrás lo fuerte que eres
Hasta que ser fuerte
Sea la única opción que tengas

No puedo hacer que me ames, me quieras o me entiendas;
Todo lo que puedo hacer es esperar
Que algún día quizás así será.
No puedes sentirte siempre feliz sin antes pasar la página.
Si nada nos salva de la muerte.
Que al menos el Amor nos salve de la vida.

Pablo Neruda

RESUMO

Discute a adequação ou não, de acordo com os princípios constitucionais pátrios, do enquadramento da prática da eutanásia como crime contra a vida - mais precisamente, como homicídio privilegiado - segundo o Direito Penal Brasileiro. Ressaltando a importância da interdisciplinaridade inerente ao tema, foram buscados conceitos indispensáveis ao entendimento da matéria (como os de distanásia, ortotanásia, suicídio assistido e, principalmente, o da própria conduta eutanásica, objeto central do estudo) junto a outras áreas do conhecimento, como a Biologia, a Medicina, a Bioética e o Biodireito, entre outras, a fim de bem fundamentar a discussão. Nesse diapasão, o estudo também enfrenta a problemática da determinação do momento da morte, segundo critérios médicos e culturais. Fez-se uma análise da eutanásia sob o enfoque mais específico do Direito nacional. Em primeiro lugar, examina-se o tratamento dado, historicamente, à morte encefálica pela legislação brasileira. Após isso, são abordadas algumas teorias sobre a possível regulamentação legal da eutanásia pelo Código Penal pátrio. Como consequência, o trabalho se defronta com o embate que é, de fato, a pedra de toque de toda a discussão proposta: o direito à vida versus o direito à liberdade de autodeterminação, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Questiona-se, então, a possibilidade de disposição do direito à vida, em determinadas circunstâncias - bem delimitadas no decorrer da análise realizada - onde a dignidade da pessoa humana esteja ameaçada. Outrossim, discorre-se, embora brevemente, sobre o tratamento jurídico dado à eutanásia em alguns outros países, observando-se que, no geral, a eutanásia vem obtendo mais atenção no panorama internacional e, por conseguinte, uma regulamentação legal específica. Em seguida, faz-se um exame da eutanásia sob o ponto de vista da Bioética e do Biodireito, depreendendo-se a conformidade do instituto aos seus princípios. Por fim, passa-se à conclusão, discorrendo-se sobre a legitimidade da prática da eutanásia, de acordo com os princípios constitucionais vigentes no país, especialmente em virtude da dignidade da pessoa humana, metaprincípio que também é fundamento da República Federativa do Brasil, segundo a Carta Magna de 1988, defendendo-se não só a sua descriminalização, mas também, e principalmente - como consequência inafastável de uma interpretação sistêmica da atual ordem jurídica nacional e conforme a Constituição - a teoria de que a eutanásia deve ser aceita como parte do elenco dos direitos fundamentais de pacientes terminais, acometidos de enfermidade incurável, portadores de sofrimentos físicos ou psíquicos intoleráveis - sem possibilidade de alívio com nenhum tratamento médico ordinário disponível - que desejem, através de solicitação válida e consentimento esclarecido, antecipar o momento de sua morte, mediante ato médico, dispondo juridicamente de seu direito à vida em razão da preservação de sua dignidade.

Palavras-chave: Eutanásia. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper discusses whether it is appropriate or not, in accordance with national constitutional principles, to frame the practice of euthanasia as a crime against life - more precisely, such as privileged homicide - according to the Brazilian Penal Law. Emphasizing the importance of interdisciplinarity inherent in the subject, concepts essential to the understanding of matter (such as dysthanasia, orthothanasia, assisted suicide and, especially, the one that refers to the euthanistic own conduct, the central object of this study) were searched from other areas of knowledge such as Biology, Medicine, Bioethics and Biolaw, among others, to support adequately the discussion. In this vein, the research also faces the problem of determining the moment of death, according to medical and cultural criteria. Once exposed these definitions, not embraced by the legal science, but essential to the study of the topic from the legal point of view, the paper analyses euthanasia under the sharper focus of the national law. First, it examines the treatment given, historically, to brain death by the Brazilian legislation. After that, some theories about the possible legal regulation of euthanasia by Brazilian Penal Code are discussed. As a consequence, the research confronts the clash that is indeed the cornerstone of the proposed discussion: the right to life versus the right to freedom of self-determination, as a corollary of the principle of human dignity. Then, the study questions the possibility of disposal of the right to life, in certain circumstances - defined in the course of the analysis - where human dignity is threatened. It also discusses, albeit briefly, the legal treatment given to euthanasia in some other countries, noting that, in general, euthanasia has been gaining more attention in the international arena and, therefore, a special legal regulation. Then, it examines euthanasia from the point of view of Bioethics and Biolaw, inferring the compliance of the institute to their principles. Finally, passing to the conclusion, it speaks about the legitimacy of the practice of euthanasia in accordance with the constitutional principles applicable in the country, especially on grounds of human dignity, principle which is also foundation of the Federative Republic of Brazil, according to the 1988 Constitution, defending not only its decriminalization, but also and mainly - as a consequence of a systemic interpretation of the current national legal system and according to the Constitution - the theory that euthanasia should be accepted as part of the list of fundamental rights of terminally ill patients, stricken with incurable disease, with intolerable physical or mental suffering - without possibility of relief with any regular medical care available - who wish, upon request and valid consent, to anticipate the moment of his death by medical act, legally disposing of their right to life due to the preservation of their dignity.

Keywords: Euthanasia. Fundamental Rights

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EUTANÁSIA E O BINÔMIO VIDA-MORTE | 14 |
| 3 INTERDISCIPLINARIDADE | 20 |
| 3.1 Conceitos bioéticos: uma questão de nomenclatura | 22 |
| 3.1.1 Eutanásia | 22 |
| 3.1.2 Distanásia, tratamento fútil e obstinação terapêutica | 38 |
| 3.1.3 Ortotanásia | 48 |
| 3.1.4 Suicídio assistido | 60 |
| 3.2 O momento da morte – critérios médicos e biológicos para sua determinação | 62 |
| 3.2.1 Noções elementares de anatomia e fisiologia do sistema nervoso | 63 |
| 3.2.2 Critérios médicos para a determinação do momento da morte: evolução histórica | 66 |
| 4 A EUTANÁSIA E O DIREITO | 76 |
| 4.1 A eutanásia e o direito comparado – breves incursões na legislação estrangeira | 76 |
| 4.1.1 Alemanha | 76 |
| 4.1.2 Argentina | 78 |
| 4.1.3 Austrália | 80 |
| 4.1.4 Bélgica | 82 |
| 4.1.5 Colômbia | 85 |
| 4.1.6 Dinamarca | 87 |
| 4.1.7 Espanha | 90 |
| 4.1.8 Estados Unidos | 92 |
| 4.1.9 França | 92 |
| 4.1.10 Holanda | 95 |
| 4.1.11 Inglaterra e País de Gales | 99 |
| 4.1.12 Japão | 104 |
| 4.1.13 Portugal | 105 |
| 4.1.14 Uruguai | 108 |
| 4.1.15 Conclusão | 109 |
| 4.2 A eutanásia e o direito brasileiro | 110 |
| 4.2.1 A morte encefálica e a legislação brasileira | 110 |
| 4.2.2 O Código Penal Brasileiro, a eutanásia e algumas teorias sobre a sua regulamentação legal | 117 |
| 4.2.3 Polêmica acerca da Resolução nº 1805/2006 do CFM - Breve Histórico | 129 |
| 4.2.4 Direito à vida versus direito à liberdade de autodeterminação como corolário do princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 | 134 |
| 4.2.4.1 Direito à vida | 134 |
| 4.2.4.2 Direito à liberdade como capacidade autodeterminação, corolário da dignidade da pessoa humana | 140 |
| 4.2.4.3 O embate | 151 |
| 5 A BIOÉTICA, O BIODIREITO E A EUTANÁSIA | 177 |
| 5.1 Princípios da Bioética e a eutanásia | 180 |

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 189 |
| REFERÊNCIAS | 201 |
| ANEXOS | 210 |

1 INTRODUÇÃO

O direito de morrer dignamente ou, como é popularmente conhecido, o direito à eutanásia, é um dos temas de grande relevância a ser discutido com maior profundidade pela sociedade contemporânea. É patente que a realização e a divulgação de análises sérias, despidas de preconceitos há muito arraigados no seio da população, acerca desta matéria podem acarretar profundas transformações sociais no que diz respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, independentemente de sua nacionalidade. Por isso, seu enfoque a partir da ótica dos direitos humanos ou fundamentais é imprescindível.

A complexidade do tema se manifesta em uma época na qual é cada vez mais indispensável o diálogo entre as ciências em proveito da sociedade, para quem, em última instância, todos os benefícios do conhecimento devem ser direcionados. Esta transdisciplinaridade se revela essencial, especialmente quando o assunto abordado conjuga Direito e Vida, como é o caso em questão.

A ciência do Direito não possui todos os conceitos e fundamentos necessários à análise responsável do tema, devendo recorrer a outros ramos do conhecimento - como a Medicina, a Biologia, a Psicologia, a Ética, a Antropologia, entre outros - a fim de chegar a conclusões que satisfaçam os objetivos da justiça. Ademais, todas as áreas do conhecimento evoluem, submetendo a sociedade a mudanças que devem ser adaptadas e incorporadas ao seu dia a dia, quando em seu favor.

Além da relevância, complexidade e atualidade deste assunto, sabe-se que a polêmica suscitada por ele é enorme no mundo inteiro, inclusive, no Brasil. Um dos últimos episódios que demonstram a controvérsia e a confusão gerada pelo desconhecimento do tema em nosso país foi a sequência dos acontecimentos que se seguiram à publicação da Resolução nº 1805/2006, pelo Conselho Federal de Medicina.

Esse tópico será abordado com detalhes no decorrer do presente estudo, mas deve-se adiantar, resumidamente, que tal resolução dispõe apenas sobre critérios a serem observados, a fim de que o médico possa suspender procedimentos que prolonguem inutilmente a vida de doentes terminais. Assim, é de clareza solar que a resolução do CFM diz respeito tão somente ao instituto da ortotanásia. No entanto, ela foi tratada pelo próprio Ministério Público Federal como se regulamentasse o instituto da eutanásia. Nota-se, desta feita, o desconhecimento e o despreparo dos próprios órgãos estatais para lidar com o tema.

Diante do exposto, resta inquestionável a necessidade de uma maior participação da sociedade em processos onde são discutidas questões complexas tais como a legalização (ou não) da eutanásia. Apenas desta maneira, os anseios e aspirações sociais terão maior possibilidade de concretização através dos provimentos estatais.

Todavia, esta participação deve ser consciente e responsável, a fim de que as decisões não sejam tomadas de forma leviana. Obviamente, não é possível assumir posicionamentos adequados sem um estudo sério dos vários aspectos atinentes a este debate tão controvertido.

Faz-se mister uma reflexão profunda acerca dos valores envolvidos. Também é imprescindível a compreensão de muitos conceitos pertencentes a diversos campos do conhecimento, para que se possa abordar - dentro de um Estado Democrático de Direito, com o respeito à pluralidade que lhe é característica - um tema que envolve, sobretudo, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, especialmente no que concerne a sua interpretação. Por tudo isso, deve-se buscar um processo hermenêutico direcionado a atingir o melhor equilíbrio possível entre valores tão essenciais à manutenção da Democracia.

Desse modo, a sociedade não pode se furtar à discussão deste tema, ainda que difícil e espinhoso, sob pena de os agentes estatais - que se defrontarem diretamente com a matéria - tomarem decisões alheias ou, até mesmo, absolutamente contrárias às convicções dos cidadãos que representam. Nestes casos, a mesma sociedade que optar por não participar das discussões, será penalizada, ao passo que se submeterá às medidas resultantes da escolha estatal, ainda que diametralmente opostas a seus anseios.

Em virtude do que acaba de ser descrito, resta demonstrada a importância da presente dissertação, que discorrerá sobre o direito a uma morte digna com a responsabilidade, a seriedade e a profundidade necessárias e imprescindíveis ao tema, recorrendo à transdisciplinaridade inerente a ele, com o escopo de esclarecer noções e conceitos essenciais à discussão, mas, a princípio, estranhos à Ciência do Direito.

Este estudo, portanto, discutirá a adequação ou não, de acordo com os princípios constitucionais pátrios, do enquadramento da prática da eutanásia como crime contra a vida - mais precisamente, como homicídio privilegiado - segundo o Direito Penal Brasileiro. Tratará sobre o direito de morrer dignamente como corolário do direito à vida. Mais ainda, cuidará do direito de morrer com dignidade como consectário que é, de fato, do direito a uma vida digna, em todos os seus aspectos qualitativos e temporais, à medida que se constata que a morte não é um evento instantâneo, mas, muito ao contrário, é um processo que se inicia ainda em vida.

Desta feita, o primeiro capítulo discorrerá sobre o binômio vida-morte, tentando demonstrar a continuidade existente entre uma e outra, justamente em razão de o “evento morte” constituir, em verdade, um processo cujo ponto de partida se dá ainda durante o fenômeno que se conhece por vida e que, por consequência, a morte faz parte da vida. Assim, tentar-se-á evidenciar que o período em que se dá o processo de morrer também deve ser respeitado e dignificado.

Em seguida, no segundo capítulo, ressaltando a importância da interdisciplinaridade inerente ao tema, serão buscados conceitos indispensáveis ao entendimento da matéria (como os de distanásia, ortotanásia, suicídio assistido e, principalmente, o da própria conduta eutanásica, objeto central do estudo) junto a outras áreas do conhecimento, como a Biologia, a Medicina, a Bioética e o Biodireito, entre outras, a fim de bem fundamentar a discussão. Nesse diapasão, o estudo também enfrentará a problemática da determinação do momento da morte, segundo critérios médicos e culturais.

Depois de postas tais definições - não abarcadas pela ciência jurídica, mas imprescindíveis ao estudo do tema sob o ponto de vista legal - voltar-se-á à análise da eutanásia sob o enfoque mais específico do Direito, durante todo o terceiro capítulo. De início, falar-se-á, embora brevemente, sobre o tratamento jurídico dado à eutanásia em alguns outros países, destacando a maior atenção que, no geral, o instituto vem obtendo no panorama internacional. Então, será examinada a questão sob o ponto de vista do Direito nacional. Em primeiro lugar, será narrado o tratamento dado, historicamente, à morte encefálica pela legislação brasileira. Após isso, serão abordadas algumas teorias sobre a possível regulamentação legal da eutanásia pelo Código Penal pátrio. Como consequência, o trabalho se defrontará com o embate que é, de fato, a pedra de toque de toda a discussão proposta: o direito à vida *versus* o direito à liberdade de autodeterminação, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Será questionada, então, a possibilidade de disposição do direito à vida, em determinadas circunstâncias - que estarão bem delimitadas no decorrer da análise realizada - onde a dignidade da pessoa humana esteja ameaçada.

Posteriormente, no decorrer do quarto capítulo, realizar-se-á um exame da eutanásia sob o ponto de vista específico da Bioética e do Biodireito, depreendendo-se a conformidade, ou não, do instituto aos seus princípios.

Por fim, adentrar-se-á à conclusão, discorrendo-se sobre a possível legitimidade da prática da eutanásia, de acordo com os princípios constitucionais vigentes no país, especialmente em virtude da dignidade da pessoa humana, metaprincípio que também é fundamento da República Federativa do Brasil, segundo a Carta Magna de 1988, abordando-

se não somente a questão relativa à sua descriminalização, mas também, e principalmente - como consequência inafastável de uma interpretação sistêmica da atual ordem jurídica nacional e conforme a Constituição – apresentando a teoria de que a eutanásia deve ser aceita como parte do elenco dos direitos fundamentais de pacientes terminais, acometidos de enfermidade incurável, portadores de sofrimentos físicos ou psíquicos intoleráveis - sem possibilidade de alívio com nenhum tratamento médico ordinário disponível - que desejem, através de solicitação válida e consentimento esclarecido, antecipar o momento de sua morte, mediante ato médico, dispondo juridicamente de seu direito à vida em razão da preservação de sua dignidade.

Pontue-se que o presente trabalho tem, como base metodológica, um estudo bibliográfico interdisciplinar.

Ressalte-se, ainda, que toda essa análise é realizada tendo sempre, como norte, a dignidade da pessoa humana, metaprincípio que deve perpassar e orientar a interpretação de todos os direitos fundamentais, para que estes sejam aplicados eficaz e adequadamente. Somente deste modo, será alcançado o principal objetivo de sua existência: salvaguardar um mínimo de condições que garantam o tratamento do ser humano como um fim em si mesmo, durante toda a sua vida, desde o início até o fim.

2 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EUTANÁSIA E O BINÔMIO VIDA-MORTE

Embora vários procedimentos relacionados ao fim da vida de doentes (terminais ou não) sejam, frequentemente, tratados como eutanásia pela população leiga, é mister delimitar a aplicação deste termo a fim de que seja realizado um estudo adequado do instituto. Portanto, deve-se esclarecer seu conceito, tornando-o mais preciso.

Assim, entende-se como eutanásia propriamente dita o procedimento (ou conjunto de procedimentos) que provoca a morte piedosa, por ação ou inação de terceiro, determinando encurtamento da vida, em caso de doença incurável que acometa paciente terminal a padecer de profundo sofrimento.¹

Dessa forma, observa-se que, no Brasil, a eutanásia, propriamente dita, vem sendo tratada juridicamente como homicídio. Esta concepção tem como base o artigo 121 do Código Penal pátrio, adiante transcrito:

Art. 121. Matar alguém. Pena – Reclusão, de seis a vinte anos.
§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, [...] o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.²

Como se depreende do parágrafo primeiro acima exposto, a eutanásia pode até ser considerada como homicídio privilegiado, caso se chegue à conclusão de que o móbil da conduta tipificada, ou seja, o que levou o agente a matar alguém, foi o grande sofrimento da vítima, o que poderia ser considerado motivo de relevante valor moral. Nestes casos, o agente que houvesse praticado o delito, teria sua pena reduzida de um sexto a um terço. Entretanto, ainda assim, no Brasil, a eutanásia não deixaria de ser contemplada como crime contra a vida.

Porém, desenvolve-se, no panorama mundial – com repercussão nacional - uma corrente ideológica cada vez mais robusta em defesa de uma análise mais humanista e humanitária da eutanásia. Defende-se, de acordo com a referida tendência, a possibilidade de o indivíduo dispor de sua própria vida, em determinadas circunstâncias bem definidas. Aqueles que concordam com tal conjunto de ideias justificam sua opinião, principalmente, acolhendo a tese de que a titularidade do direito à vida pertence tão somente ao próprio ser humano, individualmente - e não à coletividade, nem, em última instância, ao Estado, conforme tradicionalmente se advoga.

¹ GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: JHMizuno, 2011. p. 91.

² BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm>. Acesso em: 07 dez. 2009.

Ao admitir esta hipótese, tal teoria reconhece a liberdade de disposição da pessoa sobre seu próprio corpo como direito fundamental, através de uma espécie de desdobramento dos direitos humanos à vida digna e à liberdade. Desta forma, esta corrente se apóia no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal de 1988, assentando seus alicerces na autonomia da vontade, ou direito à liberdade de autodeterminação, que é um dos corolários do mencionado preceito (a dignidade da pessoa humana) que é também fundamento da República Federativa do Brasil. Nesta esteira, preleciona Piovesan³:

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido — e a doutrina majoritária conforta esta conclusão — primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa).

Entretanto, a resistência moral que se apresenta, no Brasil, frente a qualquer tentativa de debate formal a respeito da eutanásia, ou mesmo acerca do direito de morrer, ainda é enorme. Esta dificuldade na abordagem do tema provavelmente tenha causas de ordem filosófica, psicológica, ou mesmo, religiosa.

O homem, especialmente aquele imerso na cultura ocidental contemporânea, embora tenha plena consciência de sua mortalidade, não parece estar devidamente preparado, em termos psicológicos, para lidar com a ruptura que o fenômeno “morte” representa. O pensamento sobre a finitude da vida e o conceito de morte como um estado de inconsciência permanente, geralmente, o assusta e amedronta. Muitas vezes, mesmo quando não é a ideia de uma completa e eterna ausência de consciência que inquieta, é a suposição da existência de um universo desconhecido - a ser descortinado somente a partir da cessação da vida - que faz nascer o temor de muitos. Por essas e outras razões, o homem tende a negar a morte ou, ao menos, a distanciar-se de assuntos que remetam a ela.

Contudo, não se pode olvidar que a morte não está dissociada da vida. Bem ao invés, conforme entendimento irrefutável de Sá e Naves⁴, “a morte não se encontra à margem da vida, mas, ao contrário, ocupa posição central na vida.” Com isto, torna-se inevitável o surgimento de uma série de indagações que se interligam mutuamente e se retroalimentam, como, por exemplo:

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 49 a 65.

⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual do Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 299.

Sendo a morte fenômeno intrínseco à vida, o que determina o início de uma e, conseqüentemente, o final da outra? Afinal, o que é a morte além do óbvio conceito de cessação da vida? E o que é, então, a vida? Um mero conjunto de reações bioquímicas não passíveis de reprodução simultânea pelo homem através das técnicas científicas disponíveis atualmente? Ou, muito ao contrário, é algo que encerra um significado bem mais abrangente? A vida pertence a cada uma das pessoas, individualmente, ou é um dom, uma dádiva divina, sagrada em si mesma? Em outras palavras, o indivíduo pode dispor de sua própria vida ou ela é absolutamente inviolável e indisponível? Vida e dignidade humanas são inseparáveis? Que fenômeno marca a transição da vida para a morte? Há realmente um único momento em que este fenômeno acontece? Ou o que se dá é um processo contínuo, sem um instante de corte precisamente definido? Ademais, devido à patente indissociabilidade do binômio “vida-morte”, é possível proteger a dignidade da vida humana na totalidade de sua magnitude, enquanto se deixa o momento - ou período - da morte sem o mesmo e devido amparo?

Os questionamentos supracitados permeiam o significado, o sentido e as limitações da existência humana. De sua importância e profundidade emergem a perplexidade e a polêmica diante das alterações sobre eutanásia e o direito de morrer dignamente. Outrossim, das mesmas incertezas existenciais, surge a hesitação em assumir um posicionamento definitivo em relação ao tema. Por tudo isso, a dificuldade do debate a respeito do assunto.

Deste modo, apesar de o tema ser tão instigante, bem como inexoravelmente atrelado ao universo humano, ainda existe uma intensa oposição - presente em praticamente todos os segmentos sociais - a qualquer debate formal sobre o direito de morrer dignamente. Mesmo entre os profissionais da área de saúde (talvez por serem tradicionalmente treinados para enfrentar e resistir à morte a todo custo, devido a sua “missão de salvar vidas”) a matéria não tem sido tratada adequadamente. As discussões sobre a eutanásia – ou sobre o direito de morrer com dignidade - vêm sendo entabuladas, essencialmente, à beira dos leitos hospitalares ou, mais precisamente, nas Unidades de Terapia Intensiva espalhadas pelo país: caso a caso, de maneira particular, sem alarde ou divulgação, e, em sua imensa maioria, sem nenhuma intervenção formal do Estado. Raríssimos são os debates públicos ou os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional com propostas de regulamentação da prática como um direito no Brasil.

Sabe-se que o direito à vida é consagrado constitucionalmente como direito fundamental no atual ordenamento jurídico brasileiro. Também é cediço que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito. Neste diapasão, a dignidade da pessoa humana é princípio que informa e embasa toda

a ordem constitucional vigente, possuindo caráter axiológico e, ao mesmo tempo, normativo e vinculante.

Identificados como direitos humanos, enquanto direitos fundamentais reconhecidos internacionalmente, tanto o direito à vida quanto o direito à dignidade da pessoa humana são universais, ao menos quando analisados no plano abstrato. Contudo, quanto mais vinculados a dados reais, ou quanto mais concreta a situação em que estes direitos são examinados, maior grau de relatividade se incorpora a eles, de acordo com as contingências de cada caso analisado. Assim afirma Alexy⁵:

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “por si só, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto [...]. Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios.

Assim, tanto a inviolabilidade da vida humana quanto a proteção à dignidade da pessoa, ainda que bens ou valores abstratos em convívio perfeito, são relativizadas quando confrontadas no núcleo dos recentes debates sobre a eutanásia. Estas discussões se tornam imperiosas a fim de regulamentar situações concretas, cada vez mais frequentes, já que o avanço da biotecnologia tem permitido a possibilidade de se intervir no ciclo natural da vida, com o escopo de acelerar ou de adiar o momento da morte.

Este progresso da biomedicina - particularmente o relativo a técnicas paliativas - trouxe à baila não só o debate sobre a existência ou não de um suposto direito de o indivíduo eleger o momento da própria morte. Trouxe consigo também a discussão acerca dos tratamentos extraordinários que podem estender a vida biológica indefinidamente, não permitindo que a morte efetivamente aconteça. Houve, inclusive, no decorrer deste progresso, modificações substanciais nos critérios definidores do evento morte, devido a novas técnicas e possibilidades trazidas pela evolução da medicina. Deste modo, segundo entendimento de Sá⁶:

Todo esse panorama vem fragilizando o pré-conceito de indisponibilidade da vida, fazendo com que as pessoas voltem seus pensamentos para aquilo que elas consideram como parte de sua essência, ou seja, suas convicções, suas memórias, sua relação com o mundo.

Neste contexto é que surgem as correntes ideológicas que defendem a possibilidade de a pessoa dispor acerca de sua própria vida e, por consequência, do momento de sua morte, em contraposição à tradicional doutrina que sustenta sua indisponibilidade, como consectário da titularidade social - e não individual - da vida humana.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

⁶ SÁ; NAVES, 2009, p. 300.

Desta feita, para que se consiga discorrer adequadamente sobre o tratamento jurídico a ser dado à eutanásia, é mister uma reflexão responsável sobre o tema. Esta reflexão implica um mergulho profundo em áreas diversas do conhecimento - tais como Filosofia, Biologia, Ética, Medicina, Bioética, Psicologia, Antropologia, entre outros - em busca de conceitos inatingíveis quando se permanece circunscrito apenas à seara do Direito.

Esses conceitos são indispensáveis na busca de respostas a diversos questionamentos que, inevitavelmente, surgem no decorrer deste estudo, tais como:

I. Teria o paciente direito à liberdade, manifestada como autonomia da vontade, a fim de escolher acerca de fatos atinentes a sua própria pessoa, tais como o tratamento a ser instituído - ou não - contra determinada moléstia, bem como a retirada - ou permanência - de suporte vital artificial necessário à manutenção de sua vida?

II. Este direito a autodeterminação superaria o dever estatal de proteção à vida enquanto direito fundamental? Ou não?

III. Paralelamente ao direito de viver com dignidade, não existiria o de morrer dignamente?

IV. O que seria morrer com dignidade? Como morrer com dignidade? Qual a acepção de morte digna no âmbito do Biodireito?

V. Como resolver o conflito entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, que se apresenta em casos de doentes terminais que - condenados a uma enorme angústia, a um desgastante e inútil sofrimento - manifestam sua vontade, através do consentimento esclarecido, no sentido da abreviação de suas vidas no intuito de cessar de tais aflições?

VI. A tortura é definida, pelo art. 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, como qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa - entre outras causas - por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza, quando tais dores ou sofrimentos são infligidos pelo Estado, ou com sua aquiescência⁷. Deste modo, ao impor tal sofrimento a determinados pacientes, não seria a criminalização da eutanásia - bem como do suicídio assistido - pela legislação penal pátria, a institucionalização de uma espécie de tortura?

VII. Se não é tortura, esta imposição estatal não representaria, ao menos, a aceitação de tratamento desumano, violento, degradante ou vexatório à pessoa?

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210-212.

VIII. Com que objetivo se deveria preservar artificialmente a vida de um ser humano além de seus limites naturais?

IX. Até quando seria lícito prolongar a vida de uma pessoa, alongando o processo de sua morte, ainda que não exista possibilidade de reversão do quadro clínico?

X. Contudo, quando é que se pode definir, com precisão, que determinado quadro clínico não pode ser revertido? Qual seria a exatidão de uma previsão como esta?

XI. Viver é um direito ou um dever?

XII. Como tornar legal, no Brasil, a opção entre a vida e a morte? Ou será mesmo que esta opção, em determinados casos concretos, já está de acordo com a Constituição vigente e, portanto, legalizada?

XIII. Quais os conceitos atuais de vida e de morte?

XIV. Quais os critérios definidores do fenômeno morte hodiernamente? Estariam eles adequados à realidade biomédica e cultural contemporânea?

XV. Ainda que através destes critérios, o diagnóstico de morte é suficientemente seguro? Ou há possibilidade de erro?

Todas essas perguntas, que, *a priori*, podem ser imaginadas por alguns como restritas a uma esfera puramente teórica, são muito facilmente transportadas para situações reais. E tais situações, por mais distantes da realidade que possam parecer, bem ao contrário, são bastante frequentes, especialmente, no dia-a-dia de profissionais da área de saúde que trabalham diretamente com vidas humanas.

Outrossim, salta à vista que a Ciência do Direito, sozinha, não tem o “background” necessário para respondê-las adequadamente. Daí, a necessidade de recorrer a outras áreas do conhecimento para esclarecer as dúvidas postas acima.

3 INTERDISCIPLINARIEDADE

O conceito de vida, bem como o instante em que esta tem seu início e seu termo, são temas pertinentes ao campo das ciências médicas e biológicas. Todavia, cabe ao Direito decidir quando - a partir de que momento, até quando e em que situações - a vida deve ser colocada sob a proteção jurídica e qual deve ser a abrangência de tal proteção.

Assim, conforme exposto anteriormente, para que haja uma análise responsável sobre o tratamento jurídico a ser dispensado à eutanásia, é imprescindível que se faça uma incursão em fundamentos e ideias pertencentes, *a priori*, a outros campos do conhecimento - tais como Filosofia, Biologia, Ética, Medicina, Bioética, Psicologia, Antropologia, entre outros - à procura de conceitos que são inalcançáveis quando se permanece limitado somente à seara do Direito. Essas noções são realmente indispensáveis na busca de respostas para muitos questionamentos que se impõem no decurso do presente trabalho. Daí o caráter interdisciplinar da matéria em debate.

Por isso, a importância do conceito de interdisciplinaridade. É indispensável que se compreenda que interdisciplinaridade não quer dizer tão somente a justaposição de conhecimentos (ou pluridisciplinaridade como síntese cumulativa de competências). Tampouco, significa a redução de um conhecimento a outro (havendo a prevalência de algumas disciplinas e a nulidade de outras). Muito menos, a interferência ou invasão de um saber no outro. De acordo com Rocha⁸:

Interdisciplinaridade indica, metodologicamente, que cada disciplina é chamada a oferecer, em referência ao seu próprio objeto de análise, a contribuição da sua perspectiva específica e com base no seu próprio método, esforçando-se por encontrar uma integração com as outras perspectivas.

Desta feita, conclui-se que a interdisciplinaridade - entendida como o diálogo entre as áreas do conhecimento supracitadas - é essencial à discussão sobre a descriminalização da eutanásia, pois se depreende que, para um posicionamento consciente acerca do assunto, faz-se necessário, antes de qualquer coisa, estabelecer as definições de vida, morte, eutanásia, ortotanásia, suicídio assistido, distanásia, entre outras pertencentes ao universo das ciências médicas e biológicas. À ciência jurídica caberá o enquadramento legal dos fatos que se adequarem a estas definições.

A eutanásia é matéria que tem suscitado grande polêmica em nossa sociedade. De fato, é tema de difícil abordagem. Contudo não se pode deixar de enfrentá-lo adequadamente.

⁸ ROCHA, José Taumaturgo da. Biodireito e bioética personalista. In: RAMOS, Dalton Luiz de Paula (Org). **Bioética: pessoa e vida**. São Caetano do Sul, SP: Difusão Editora, 2009. p. 352.

Para isso, são indispensáveis rigor técnico, estabelecimento de um diálogo interdisciplinar e profundidade hermenêutica. Conforme Sá e Naves⁹:

Assim, suscitar discussões que envolvam a liberdade e a eutanásia, sem considerar para isso, a sociedade matizada da qual integramos, o princípio da autonomia privada e uma atividade hermenêutica para além de uma mera subsunção do fato à norma, seria como arremessar palavras ao vento sabendo, desde já, que elas não alcançarão vôo algum e, certamente, repousarão no ponto do qual foram lançadas: o nada.

De fato, a eutanásia é tema vetusto na história da humanidade. Entretanto, apesar disso, o assunto está bem longe ser obsoleto e as controvérsias inerentes a ele, ainda distantes de uma solução pacífica.

Hodiernamente, com o progresso tecnológico da ciência médica, especialmente na área das técnicas paliativas para a manutenção da vida artificialmente, tornou-se possível prolongar para além dos limites naturais o momento de ocorrência da morte biológica, mesmo em doentes terminais, sem a menor possibilidade de cura ou reversão do quadro clínico. Estes avanços não foram acompanhados pela legislação penal brasileira, que necessita, urgentemente, atualizar-se. De acordo, Tessaro¹⁰:

Percebe-se hoje uma inadequação entre os avanços da medicina e a legislação penal. Ao passo que as ciências médicas evoluíram para oferecer maior certeza nos diagnósticos e em decorrência disso, possibilidades de cura para o paciente, a legislação criminal ficou estanca em 1940, onde a tecnologia médica era rudimentar.

Esta recente realidade social faz surgir uma nova situação jurídica, em que se questiona o conflito entre bens tutelados constitucionalmente: o direito à vida e o direito à liberdade, à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana de um mesmo ser humano.

Busca-se a solução jurídica para este embate na interpretação da Constituição, na análise dos princípios de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, no próprio Direito Penal e nos fundamentos da Bioética, além de beber na fonte das ciências médicas e biológicas no que se refere aos conceitos e às definições a elas concernentes. A Bioética, conforme entendimento de Lima¹¹:

[...] pode ser compreendida como um ramo da filosofia ética que busca encontrar as respostas da ética tradicional para os problemas contemporâneos surgidos em virtude dos novos descobrimentos das ciências médicas e biológicas e da tecnologia a elas aliada e que interferem na vida humana. Busca encontrar regras éticas que estabeleçam, nessa nova realidade, o respeito incondicional ao ser humano e à sua

⁹ SÁ; NAVES, 2009, p. 319.

¹⁰ TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 17.

¹¹ LIMA, Carolina Alves de Sousa. **Aborto e anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 94-95.

dignidade. A nova realidade contemporânea, contudo, não demanda um novo tipo de ética. Não se buscam novos princípios para atender a novas demandas sociais. O que se busca é aplicar os princípios éticos às novas situações.

Portanto, urge que a lei penal se adapte aos conhecimentos técnicos e científicos da época em que se vive, evoluindo junto com a sociedade e suas inexoráveis transformações, para que o Direito possa, de fato, atingir seu fim, que é proteger todas as pessoas que integram esta mesma sociedade em constante mutação, tutelando os valores que lhes são mais caros e não, ao contrário, impedi-las de exercer seus direitos humanos mais fundamentais.

3.1 Conceitos bioéticos: uma questão de nomenclatura

A Bioética tem trabalhado em conceitos relacionados à discussão sobre o fim da vida. Muitos fenômenos, antes agrupados sob uma mesma insígnia, hoje têm nova denominação. Talvez, por isso, a confusão que se instala sempre que se fala em eutanásia para a sociedade leiga. É indispensável à proposta do presente estudo que sejam explicitados alguns desses conceitos operacionais, tais como eutanásia, ortotanásia, distanásia, tratamento fútil e obstinação terapêutica, suicídio assistido e tratamento ou cuidado paliativo.

3.1.1 Eutanásia

Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração que o termo eutanásia já foi objeto de definições muito abrangentes, que abarcavam modos ativos e omissivos de se colocar fim à vida, dirigidos a sujeitos passivos em condições bastante diversas. Um desses conceitos amplos ao extremo é dado por Holland¹², que afirma ser útil a seguinte definição de eutanásia: “produzir ou acelerar intencionalmente a morte de um paciente em benefício dele mesmo”.

Todavia, atualmente, o conceito de eutanásia admite uma acepção bem mais estreita - em que está contida apenas sua forma própria - como uma conduta praticada por médicos, em doentes terminais, cuja morte é inevitável em um curto prazo.

O vocábulo eutanásia deriva do grego: *eu* (boa) e *thanatos* (morte). Podendo ser entendida como boa morte, morte apropriada, morte piedosa, morte benéfica, crime caritativo, entre outras possíveis traduções¹³ (há, inclusive quem a entenda como morte suave¹⁴ ou morte

¹² HOLLAND, Stephen. **Bioética**: enfoque filosófico. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2008. p.108.

¹³ SÁ; NAVES, 2009, p. 301.

¹⁴ BRITO, Antônio José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. **Estudo jurídico da eutanásia em Portugal**: Direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: Almedina, 2000. p. 25.

“feliz”¹⁵), a palavra foi primeiramente utilizada por Francis Bacon (filósofo inglês que viveu no século XVII), no ano de 1623, em sua obra *Historia vitae et mortis*.¹⁶ More também utiliza a expressão em sua obra mais popular, *Utopia*:

Como já foi dito anteriormente, em *Utopia* os enfermos são cuidadosamente tratados e nada do que pode ser feito para curá-los é negligenciado, sejam remédios ou alimentos. Faz-se de tudo para mitigar o sofrimento daqueles que sofrem de doenças incuráveis e aqueles que os visitam fazem de tudo para consolá-los. Entretanto, no caso da doença ser não apenas incurável, mas também provocar um sofrimento atroz e contínuo, os sacerdotes e as autoridades públicas exortam o enfermo a não prolongar mais sua agonia. Lembram ao enfermo de que agora ele está incapacitado para a vida, tornando-se um fardo para os outros e para si próprio e que, na realidade, está apenas sobrevivendo à própria morte. Dizem-lhe que não deveria permitir que a doença continuasse a fazê-lo sofrer por mais tempo e que a vida, ao transformar-se numa simples tortura, e o mundo, numa mera prisão, não deveria hesitar em libertar-se, ou deixar que outros o libertassem dessa vida arruinada. Seria um gesto sábio, dizem eles, uma vez que, para ele, a morte põe um fim à agonia. Além disso, estaria seguindo os conselhos de sacerdotes, que são os intérpretes da vontade de Deus, e que asseguram que esse seria um gesto santo e piedoso.

Os que se deixam persuadir põem fim aos seus dias, jejuando voluntariamente até a morte ou então tomando uma poção que os faz adormecer sem sofrimento, até que morram sem o perceberem. Todavia, essa solução jamais é imposta sem o consentimento do enfermo e quando este decide o contrário, os cuidados a ele dispensados não diminuem. Nas circunstâncias em que a morte é recomendada pelas autoridades públicas, considera-se a **eutanásia** um gesto honrado.¹⁷ (grifo nosso)

Brito e Rijo¹⁸ apontam uma sintética evolução histórica do significado do vocábulo eutanásia: no século XVIII, queria dizer uma ação que produzia uma morte suave e fácil; no século XIX, a ação de matar uma pessoa por piedade; e, finalmente, no século XX, a operação voluntária de propiciar a morte sem dor, tendo por escopo evitar sofrimentos dolorosos aos doentes. De acordo com Sá e Naves¹⁹:

A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, por meio da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.

Já segundo Guimarães²⁰, a eutanásia própria ou propriamente dita seria a conduta detentora dos seguintes requisitos: provocação de morte piedosa, por ação ou inação de terceiro (médico), de que se determine encurtamento da vida, em caso de doença incurável que acometa paciente terminal a padecer de profundo sofrimento, abarcando tanto a provocação da

¹⁵ HOLLAND, 2008, p.120.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 340.

¹⁷ MORE, Thomas. **Utopia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004. p. 92–93.

¹⁸ BRITO; RIJO, 2000., p. 26.

¹⁹ SÁ; NAVES, 2009, p. 302.

²⁰ GUIMARÃES, 2011, p. 91.

morte por ação (eutanásia ativa) quanto por inação (eutanásia passiva). Também preocupado com a confusão que, em geral, existe relacionada ao termo eutanásia, Pessini²¹ sugere:

Para ajudar na classificação terminológica, nesta fase da discussão, sugerimos que o termo eutanásia seja reservado apenas para o ato médico que, por compaixão, abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de eliminar a dor e que outros procedimentos sejam identificados como expressões de assassinato por misericórdia, mistanásia, distanásia ou ortotanásia conforme seus resultados, a intencionalidade, sua natureza e as circunstâncias.

É mister ressaltar, assim, que as intervenções sobre a vida, própria ou de terceiro, podem se dar em situações bastante distintas entre si e de maneiras muito dissemelhantes. Além disso, por várias vezes, estas intervenções são denominadas, equivocadamente, de condutas eutanásicas, o que daria origem a uma confusão, tanto em relação à conceituação quanto à classificação do termo eutanásia. Por essa razão, o vernáculo eutanásia é empregado de maneira equivocada em grande parte das vezes em que é utilizado.

Em virtude desta confusão, que, de acordo com Guimarães, é causada pela existência de inúmeras interpretações e definições, com distinções sutis advindas de autores das mais variadas origens científicas - sejam eles juristas, legisladores, aplicadores do direito positivo, filósofos, profissionais da medicina e estudiosos da bioética - a matéria sempre contou com dificuldade para a própria conceituação do termo, mormente no que concerne à amplitude e à limitação da noção precisa que deveria exprimir.²²

Por conseguinte, deve-se delimitar o exato alcance do termo eutanásia, pelo menos para os objetivos do presente estudo, a fim de que se consiga definir categoricamente sobre que conduta se está falando quando aqui se utiliza essa palavra (eutanásia), além de demarcar com precisão os limites do assunto abordado.

Neste diapasão, eutanásia, para os fins do presente trabalho é a provocação de morte piedosa, por ação ou inação de terceiro, de que se determine encurtamento da vida, em caso de doença incurável que acometa paciente terminal a padecer de profundo sofrimento. A conduta detentora dos requisitos acima, normalmente, é denominada eutanásia própria ou propriamente dita. Observe-se que essa definição abrange tanto a provocação da morte por ação (eutanásia própria em sentido estrito ou eutanásia ativa) ou por inação (eutanásia passiva).

Assim, já que o significado do vocábulo eutanásia foi ampliado no decorrer do tempo e os limites de sua definição foram alargados (muitas vezes, apenas para apaziguar paixões e adaptar interpretações políticas, filosóficas ou religiosas) com o escopo de abranger situações

²¹ PESSINI, Leo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? São Paulo: São Camilo, 2004. p. 205.

²² GUIMARÃES, 2011, p. 121.

diversas que, a princípio, não poderiam ser classificadas como prática eutanásica propriamente dita, é realmente importante reforçar que a presença dos requisitos enumerados abaixo é condição *sine qua non* para se possa, de fato, falar da eutanásia própria²³:

I. Provocação da Morte

Sem a provocação da morte, não há que se falar em eutanásia. Se a morte não foi provocada, mas sucedeu-se por causa natural, definitivamente, não se está diante de um caso de eutanásia.

II. Conduta de Terceiro

Se a morte não é provocada por uma conduta advinda de terceiro, não se configura a eutanásia. Se a morte é resultado de ação do próprio indivíduo, o que ocorre é suicídio e não eutanásia.

III. Encurtamento do Período Natural de Vida

Se o agente provocador da morte não antecipa o seu momento de qualquer forma, não há eutanásia. Se não existe encurtamento da vida, ainda que tenha sido esta a intenção do agente, a prática eutanásica não se aperfeiçoa.

IV. Motivação: Piedade - Compaixão

Não se configura eutanásia sem o móvel humanístico: a morte deve ser provocada por piedade ou compaixão daquele que sofre na iminência do fim da vida.

V. Enfermidade Incurável

A doença que acomete o indivíduo submetido à eutanásia deve ser incurável, pressupõe-se que o mal deve ser irreversível. Não deve haver esperança alguma de cura diante dos recursos terapêuticos e tecnológicos disponíveis.

VI. Estado Terminal do Enfermo

Normalmente, este requisito é exigido porque, muitas vezes, mesmo quando portador de doença incurável, o doente ainda tem a possibilidade de ter uma sobrevida razoável quando poderia ocorrer uma melhora de seu estado geral, de sua qualidade de vida. Segundo Guimarães²⁴:

O conceito de paciente terminal, outrossim, remonta ao século XX, eis que foi apenas nesse século, ou seja, bastante recentemente, que a trajetória das doenças se alterou de modo especial. Antes as enfermidades, no mais das vezes, eram fulminantes, sem conceder tempo ao indivíduo para que pudesse, ao menos, ser considerado terminal. As condições tecnológicas de então, outrossim, não permitiam maior prolongamento artificial do período vital, fosse ou não o alongamento benéfico ao paciente.

²³ GUIMARÃES, 2011, p. 96-98.

²⁴ Ibid., p. 104.

No entanto, a definição de paciente terminal não é simples, embora haja, com certa frequência, avaliações consensuais de diferentes profissionais. Talvez, a dificuldade maior esteja em objetivar este momento na teoria, e não em reconhecê-lo no caso concreto. Segundo Gutierrez²⁵, talvez a terminalidade seja o eixo central do conceito e esta, certamente, se instala quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e o óbito parece inevitável, previsível e próximo. Ainda segundo a autora, “o paciente se torna ‘irrecuperável’ e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar”. Partilhando do mesmo entendimento, França²⁶ afirma que paciente terminal é aquele que:

Na evolução de sua doença, não responde mais a nenhuma medida terapêutica conhecida e aplicada, sem condições, portanto, de cura ou de prolongamento da sobrevivência, necessitando apenas de cuidados que lhe facultem o máximo de conforto e bem-estar.

Outrossim, há definições de paciente terminal em que se precisa o intervalo de tempo como elemento definidor da terminalidade, como o conceito exposto por Brito e Rijo²⁷:

Devem considerar-se doentes terminais aqueles que têm uma doença incurável em fase irreversível, encontram-se em estado de grande sofrimento (físico, psicológico e/ou espiritual) e **têm uma esperança de vida, fundamentada nos dados da ciência médica disponíveis, não superior a um ano** (neste sentido, se pronunciou um Grupo de Trabalho para o Estudo da Eutanásia, da Associação Médica Britânica – o BMA Euthanasia report, Londres, 1988). (Grifo nosso)

Assim, embora não exista um consenso absoluto sobre quanto tempo, exatamente, o indivíduo deveria ter de expectativa de vida para se encaixar nesse conceito, aceita-se que paciente terminal é aquele cuja evolução da doença é irreversível - não importando se tratado ou não - e que apresenta uma alta probabilidade de morrer em um período relativamente curto de tempo.

VII. Profundo Sofrimento do Enfermo

A eutanásia própria somente se concretiza se o doente estiver em estado terminal, sofrendo de doença incurável que o leve a dor profunda ou a um estado de agonia que o leve a um sofrimento intolerável.²⁸

VIII. Conduta praticada por médico

²⁵ GUTIERREZ, Pilar L. O que é o paciente terminal?. **Rev. Assoc. Med. Bras.**, São Paulo, v. 47, n. 2, jun. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 set. 2011.

²⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia: um enfoque ético-político. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina. v. 7, n. 1, p.76-77, 1999.

²⁷ BRITO; RIJO, 2000, p. 23.

²⁸ Os oito requisitos falados até então estão de acordo com o que preleciona Guimarães (2011). A nona condição (conduta praticada por médico) para que se possa falar em eutanásia, conforme o presente estudo, não constitui condição *sine qua non* para que se configure o instituto na opinião do mencionado autor.

Aos requisitos acima referidos, acrescenta-se a necessidade de que a conduta praticada com intuito de encurtar o período vital seja praticada por um médico, profissional de saúde devidamente habilitado para lidar adequadamente com a situação em que o paciente, que se sujeitará à eutanásia, se encontra.

Somente a conduta médica resultaria em eutanásia propriamente dita. Se o agente provocador da morte não for um profissional da Medicina, terá lugar outro instituto que não a eutanásia, não podendo, desse modo, ser tratado e regulamentado como tal. Há, inclusive, quem nomeie a conduta não praticada por médico, que provoque a antecipação da morte do indivíduo - mesmo estando presentes todas as outras características supracitadas - de pseudo-eutanásia²⁹. Outrossim, a mesma situação pode ser denominada de homicídio piedoso.

Nesse diapasão, Martin³⁰ afirma que eutanásia é o “ato médico que tem como finalidade eliminar a dor e a indignidade na doença crônica e no morrer eliminando o portador da dor”. Propõe ainda uma outra definição - semelhante à anterior - para eutanásia, abrangendo “o conjunto de atos médicos que, motivados por compaixão, provocam precoce e diretamente a morte a fim de eliminar a dor”.³¹

Há autores que não consideram necessário que o ato que provoque a morte antecipada do doente seja praticado por médico para que a eutanásia seja caracterizada. Nessa esteira, Vieira³², delimita o conceito de eutanásia:

O conceito de eutanásia que se adota neste trabalho não se restringe aos atos de caráter médico, entendendo-se eutanásia como a conduta que, ativa ou passivamente, mas sempre de forma intencional, abrevia a vida de um paciente, como objetivo de pôr fim ao seu sofrimento.

A autora aduz, ainda, que eutanásia é, atualmente, um “conceito polissêmico”, e que seu significado tem sofrido modificações importantes no decorrer da História. Informa que, antes da Segunda Guerra Mundial, o instituto era visto como atitude do médico que ajudava enfermo terminal a ter uma “boa morte”; entretanto, a partir de então, passou a conter em si mesmo um sentido negativo, pejorativo, com a significação torpe de abreviar - por qualquer que sejam os motivos, por mais absurdos ou aberrantes que pareçam - direta e intencionalmente a vida humana.³³

²⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM – aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009. p. 28.

³⁰ MARTIN, Leonard. Aprofundando alguns conceitos fundamentais: eutanásia, mistanásia, distanásia, ortotanásia e ética médica brasileira. In: PESSINI, Léo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida?, São Paulo: Loyola/Editora Centro Universitário São Camilo, 2004. p. 201.

³¹ *Ibid.*, p. 209.

³² VIEIRA, 2009, p. 103.

³³ VIEIRA, Loc. cit.

No entanto, para o que pretende este trabalho, apenas se pode dizer que a eutanásia está configurada caso se verifique a presença simultânea de todos os requisitos supracitados, inclusive a obrigatoriedade de a conduta praticada pelo agente - para a promoção da morte antecipada - ser um ato médico (o agente provocador da morte deve ser médico e sua conduta um ato médico).

Todavia, cabe, aqui, uma pequena digressão, pois há uma observação realmente importante a ser feita: algumas situações merecem uma atenção especial no que diz respeito à possibilidade de se encaixarem ou não no conceito fechado de eutanásia assumido por este estudo. São casos específicos nos quais não há a presença simultânea de todos os requisitos imprescindíveis à configuração da prática eutanásica, mas que, por sua peculiaridade, constituem indicativos de que os limites definidores da eutanásia efetiva poderiam ser - muito cuidadosamente e somente até certo ponto - ampliados, pelo menos para fins de política criminal legislativa e de política criminal judicial.

Como exemplo desse tipo de situação, há casos nos quais o paciente, portador de uma doença incurável, realmente se encontra em estado terminal; contudo, muitas vezes, as dores que o afligem ainda são - pelo menos supostamente - suportáveis. Portanto, a provocação da morte do indivíduo em tal conjuntura não seria corretamente denominada de eutanásia propriamente dita, em virtude da ausência de um dos critérios necessários à configuração deste instituto, conforme exposto acima (nessa hipótese, não haveria o sofrimento intolerável).

Outrossim, pode ocorrer situação diversa - e talvez ainda mais perturbadora que a descrita anteriormente - em que o sujeito é portador de uma moléstia incurável e padece de dores físicas ou psicológicas intoleráveis; entretanto, o mesmo não está em estado terminal até então. Nesse caso, a conduta que determinasse o encurtamento do período vital do doente, igualmente não poderia ser qualificada como eutanásia, devido à ausência de um dos requisitos indispensáveis à sua caracterização (no caso em tela, não existiria a terminalidade do estado do paciente).

Nas hipóteses supracitadas, verifica-se que alguns doentes experimentam situações extremamente massacrantes, em termos psicológicos, ao precisarem se submeter a tais condições - por que não dizer? - desumanas de sobrevivência. Constata-se ainda mais: esse massacre se estende, em maior ou menor grau, àqueles que estão próximos ao paciente (familiares, amigos, profissionais de saúde, etc). Desta feita, pode-se concluir que tais casos ressaltam o quanto a questão da tolerância ou intolerância à dor ou ao estado agônico, tanto para o doente incurável quanto para aqueles que o rodeiam, é importante.

Por isso, mesmo que não estejam presentes todos os critérios necessários à caracterização de tais casos como apropriados à aplicação do instituto da eutanásia, é aceitável - e até desejável - que se tente estabelecer um tratamento especial, pela lei penal, para os agentes que provoquem a morte de determinado doente que se encontre em condições semelhantes às relatadas acima.

Note-se que o tratamento especial a ser dado, pela lei penal, a situações como as supracitadas, não precisa, necessariamente, estar no mesmo patamar daquele a ser dispensado à prática da eutanásia propriamente dita (já que, na eutanásia própria, o doente é terminal e, ao mesmo tempo, padece de dor ou agonia não toleráveis; enquanto nos casos acima, as duas condições não existem simultaneamente). Nos dizeres de Guimarães³⁴:

A necessidade de solução particular para tais casos é efeito da situação de perplexidade pertinente à ideia de tolerabilidade da dor ou da situação geral de agonia e sua consequência no grau de sofrimento do doente, ou seja, a possível ocorrência de estado terminal, mas com dor ou agonia toleráveis ou, talvez pior, da dor intolerável com ausência, ainda, de estado terminal.

Diante do exposto, o procedimento legal especial (que aqui se sugere em termos muito breves, por não ser exatamente o objeto do presente estudo) a ser adotado em situações como as relatadas acima, deve ter como baliza o princípio da proporcionalidade, a fim de que a terapêutica escolhida pelo profissional de saúde, que lida com situações difíceis como essas em seu dia-a-dia, possa ser coerente tanto com o bem-estar do paciente quanto com a busca da justiça e, por conseguinte, conveniente ao ser aplicada ao caso concreto.

Desse modo, é mister enfatizar que o problema da linha tênue que separa a eutanásia própria de outras formas de homicídio piedoso que dela se aproximam, deve ser analisado sob o ponto de vista de política criminal legislativa e judicial, buscando-se soluções justas para os constantes conflitos que surgem, no cotidiano de quem lida com o binômio vida-morte, entre bens e valores tão essenciais protegidos pela legislação pátria: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Todavia, é preciso muito cuidado ao alargar os limites do conceito de eutanásia, pois, algumas vezes essa palavra é utilizada, indevidamente, por diversos motivos. Dependendo do momento histórico e das implicações econômicas e sociais, o vocábulo eutanásia pode ser usado como forma de justificar condutas individuais ou ações coletivas, advindas do Estado, que nada têm de prática eutanásica de fato. Normalmente, a utilização do vernáculo, nesses casos, tem o objetivo de abrandar formalmente práticas homicidas, eugênicas e até genocidas, fornecendo-lhes um falso caráter científico ou de saúde pública.

³⁴ GUIMARÃES, 2011, p. 100.

Teoricamente, em tais casos, a palavra eutanásia jamais deveria ser utilizada. Contudo, como a prática mostra o contrário e, dessa forma, constata-se que, por diversas vezes na história, o termo foi empregado para mascarar práticas bem distantes de seu verdadeiro conceito, convém (tão-somente com objetivo classificatório e de delimitação do estudo da matéria) citar as situações em que se utiliza o termo, mesmo sem que existam os requisitos mínimos para que a eutanásia, verdadeiramente, se configure.

Assim, nos casos em que se emprega a palavra eutanásia sem que estejam presentes todos os critérios para a caracterização de sua forma própria, pode-se dizer, a *contrario sensu*, que se está diante de situações onde há “eutanásia imprópria”.

Essa última expressão alcança todos os casos onde se faz uso indevido do termo, impropriamente designando-os como eutanásia, ainda que, em tais conjunturas, pouco ou nada se tenha em comum com os verdadeiros limites, conceito e conteúdo da eutanásia propriamente dita. Não fosse o fim classificatório, portanto, melhor seria extirpar de uma vez por todas o termo “eutanásia imprópria” das condutas que impropriamente o utilizam.

Contudo – e, repise-se, somente em virtude de um objetivo unicamente classificatório – segue-se expondo a maneira como, muitas vezes, se emprega o vocábulo eutanásia no dia-a-dia, ainda que com imprecisão semântica assustadora.

Importante ressaltar que, conforme entendimento de D’agostino³⁵, tal imprecisão torna o termo “eutanásia” inadequado para sua utilização imediata dentro da linguagem jurídica.

Afinal, do ponto de vista do direito - e especialmente do Direito Penal - ao se examinar o termo eutanásia, dever-se-ia deparar com um modelo, pelo menos a princípio, típico. E típico no sentido de que o vernáculo - para poder ser regulamentado juridicamente de maneira adequada - deveria expressar, sem margens para dúvidas, uma situação específica e suscetível a ser prevista e definida normativamente, com exatidão.

O vocábulo eutanásia, portanto, deveria ser dotado, pelo menos juridicamente, de uma identidade específica. Daí a imprescindibilidade de sua conceituação. O autor³⁶ continua asseverando:

A primeira tarefa do jurista será, portanto, a de discernir os possíveis significados que esse termo requer, para reconduzi-los a uma valorização jurídica das ações diversificadas correspondentes. Obra essa que se torna tanto mais essencial que nem todos os possíveis significados de eutanásia acabam encontrando apoio na opinião pública e entre aqueles que, com crescente empenho, transformam-se em promotores de iniciativas legislativas a esse respeito.

³⁵ D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 218.

³⁶ D’AGOSTINO, 2011, p. 218.

Prossegue-se, então, fazendo a separação, em duas grandes categorias, das diversas hipóteses, todas qualificáveis – de modo bem genérico – como eutanásicas: a eutanásia imprópria e a eutanásia própria ou propriamente dita.

Na eutanásia própria, como já explicitado anteriormente, estão presentes, ao mesmo tempo, todos os critérios supracitados para a sua caracterização: provocação da morte, ação de terceiro, encurtamento do período natural de vida, motivo (piedade, compaixão), enfermidade incurável, estado terminal do enfermo, profundo sofrimento do enfermo, conduta praticada por médico.

A conduta do terceiro que provoca a morte, na eutanásia própria, pode ser positiva ou negativa. Esse critério diz respeito, na verdade, a uma sub-classificação da eutanásia própria, uma vez que ela pode ser subdividida em eutanásia própria em sentido estrito e eutanásia própria passiva, dependendo da conduta do agente ser uma ação propriamente dita ou uma inação ou omissão. Assim, para que haja a eutanásia própria em sentido estrito deve haver conduta positiva (ação propriamente dita) de terceiro. Já se a morte for resultante de conduta negativa (inação ou omissão) de terceiro, presentes os demais requisitos aqui descritos, ainda há eutanásia própria, mas não a própria em sentido estrito, mas, sim, eutanásia própria passiva.

Desta feita, a “eutanásia propriamente dita” ou “eutanásia própria” alcança a eutanásia própria em sentido estrito (ação positiva de terceiro no encurtamento da vida) e a eutanásia própria passiva (inação ou omissão de terceiro na antecipação do desfecho letal).

Porém, todos os demais casos, onde não estejam presentes todos os critérios – conforme já expostos anteriormente – para a sua configuração, devem ser tidos como “eutanásia imprópria”, tomando-se emprestado o termo, como dito antes, apenas por questões históricas ou acadêmicas.

Assim, é difícil que haja uma aceitação geral e unânime de qualquer tentativa que se proponha a classificar – ainda que para fins didáticos – a eutanásia em subtipos, porque as interpretações em relação ao mesmo instituto estão cada vez mais amplas e as distinções entre institutos similares, mas diferentes em sua essência, cada vez mais sutis.

Em virtude disso, revela-se uma dificuldade cada vez maior para a conceituação do termo, em especial, no que concerne à amplitude e determinação da noção exata do que o vocábulo deveria exprimir. De acordo com o entendimento de Guimarães³⁷:

Assim sendo, as classificações muitas vezes dependem da interpretação de cada autor e de sua origem acadêmico-científica, de modo que as subdivisões elencadas devem ser sempre recebidas como busca de sistematização do estudo, mormente para fins

³⁷ GUIMARÃES, 2011, p. 122.

acadêmicos, posto que a aceitação mais geral relativa a tais classificações ainda está longe de ser alcançada.

Destarte, segue uma tentativa de classificação da eutanásia própria, de acordo com os critérios que foram convencionados, neste estudo, como os mais adequados a seus propósitos. Classifica-se aqui, basicamente, a eutanásia própria conforme os seguintes critérios: quanto ao modo de atuação do agente, quanto à intenção do agente e quanto à vontade do paciente.

Assim, quanto ao modo de atuação do agente, isto é, quanto à conduta do agente provocador da morte, a eutanásia própria pode se classificar em ativa ou passiva.

A eutanásia própria será ativa quando a ação, praticada pelo terceiro que abrevia a vida, for positiva, ou seja, quando agente causador da morte agir positivamente. Já na eutanásia própria passiva, a ação praticada por terceiro - que encurta o período vital - é negativa, isto é, quando há omissão ou inação do agente.

A eutanásia própria também pode ser classificada, quanto à intenção do agente, em direta ou indireta. Para que se possa classificar a eutanásia dentro dessa categoria deve-se perscrutar o que o agente deseja - de forma precisa - com sua conduta, em relação ao paciente. Precisa-se saber, com exatidão, qual a intenção primeira do agente, ao praticar a conduta que antecipará o momento - naturalmente certo - da morte do indivíduo enfermo.

Assim, eutanásia direta é aquela em que a intenção primeira do agente causador da morte é a antecipação do desfecho letal daquele que agoniza, sendo executada mediante a administração de drogas em doses mortíferas, com o escopo de por fim, de forma definitiva, à dor do paciente. O que caracteriza a eutanásia direta é, pois, a intenção imediata do agente: promover a morte do enfermo para findar a dor.

A eutanásia indireta é aquela em que o agente não tem como propósito fundamental provocar a morte do paciente, mas por termo à sua dor, ao seu sofrimento, à sua agonia. A morte não é propriamente terapêutica, mas tão-somente efeito colateral das medicações utilizadas para se obter a analgesia do doente, nas doses minimamente suficientes para que o efeito desejado - paliar ou eliminar os graves sofrimentos padecidos - seja alcançado. Ao invés do que se pretende na eutanásia direta, aqui, o objetivo é por termo à dor do paciente, ainda que, como consequência dos procedimentos adotados com este fim, e embora não seja essa, absolutamente, a intenção imediata do agente, seja antecipado o momento da morte do indivíduo, por diminuição de sua resistência orgânica. O óbito do paciente é efeito secundário, mediato, de sua analgesia ou sedação (desejada e provocada imediatamente pelo agente).

A eutanásia indireta também é chamada, por isso, de *eutanásia de duplo efeito*. Ao por em prática a analgesia ou a sedação em pacientes gravemente enfermos, o objetivo

principal do agente é aliviar os sintomas e promover qualidade de vida, embora ele termine por provocar a morte do paciente, mesmo que não seja essa, de modo algum, a finalidade precípua dos procedimentos executados. Conforme Guimarães³⁸:

A eutanásia de duplo efeito, portanto, ocorre na situação em que a dose de drogas sedativas e analgésicas usada como o objetivo de findar ou, ao menos mitigar a dor, fornecendo alívio ou mínimo conforto físico ao paciente, aproxima-se de tal modo da dose letal que acaba mesmo levando ao evento morte mais cedo do que seria o naturalmente certo, ainda que esta possa não ser a efetiva intenção do agente.

É, pois, o caso da ‘dose terapêutica’, que é a minimamente necessária para arrefecer a dor, acabar assemelhando-se ou quase se igualando à dose letal, de modo a haver, com isso, o risco de, por via transversa, enfraquecer-se o organismo do doente, levando-o à perda da consciência e à paralisação de funções vitais, determinando o efetivo encurtamento de sua vida. A ministração das drogas na dose em comento faz, portanto, que a morte seja antecipada, abreviando o desfecho letal que viria mais tardiamente com o curso natural da doença.

De se dizer que a dose ministrada deve ser aproximada, similar ou quase igual à dose letal, eis que se for idêntica a ela ou a sobrepujar, tornando certo, dessa forma, o evento morte, ou seja, trazendo imediata certeza da morte, ciente disso o agente, haverá, com efeito, a franca caracterização da eutanásia direta.

Ao contrário, ausente a intenção de antecipar o momento naturalmente certo da morte quando a prescrição da droga, utilizada com o único intuito de aliviar o sofrimento causado pela dor, tem-se a eutanásia indireta, não podendo ser a conduta do agente, no campo penal, reputada como eutanásica propriamente dita.

Outro critério de classificação da eutanásia é quanto à vontade do paciente, podendo ser, em relação a este quesito, voluntária ou involuntária. A eutanásia é voluntária quando o próprio paciente pede ao agente que pratique a conduta eutanásica. Já a involuntária acontece quando a decisão é tomada por outra pessoa que não o paciente, que não se encontra em condições de deliberar.

Há quem diga que a eutanásia voluntária alcançaria a vontade do enfermo ou a de seu representante, enquanto que a involuntária abrangeria as hipóteses em que terceiros decidem no lugar do paciente ou seu representante. Contudo, o entendimento majoritário é outro. A maior parte da doutrina afirma que, na eutanásia voluntária, o próprio paciente - por ter condições para a tomada de decisão - delibera sobre a sua prática. Essa escolha do doente pode se dar de forma direta (quando o paciente manifesta diretamente ao agente a sua vontade) ou de maneira indireta (como, por exemplo, mediante um testamento vital ou outro meio que não deixe dúvidas sobre a sua vontade). Guimarães³⁹ ainda faz uma subdivisão dentro desse item classificatório:

Ainda nesse patamar classificatório, poder-se-ia também indicar outra forma de subdivisão da eutanásia voluntária e involuntária. A voluntária seria subdividida em direta, quando o próprio paciente decidisse sobre a prática eutanásica, pessoalmente, enquanto a indireta se daria pela decisão também do próprio indivíduo, porém advinda a decisão por meio de testamento ou documento similar de última vontade. Seria não voluntária mitigada (ou involuntária mitigada) caso a decisão fosse

³⁸ GUIMARÃES, 2011, p. 126.

³⁹ Ibid., p. 125.

tomada, embora não deixada expressa e previamente pelo interessado, por seu representante legal. Seria, por fim, involuntária imprópria ou moderada (ou não voluntária propriamente dita), se terceiro decidisse, sem que houvesse prévia declaração do interessado ou de seu representante legal sobre a questão, e ainda involuntária propriamente dita ou radical, caso a decisão fosse tomada por terceiro, contra a vontade expressada pelo interessado ou por seu representante.

Importante ressaltar que, pelo menos para os propósitos do presente trabalho, a categoria acima, denominada pelo autor supracitado de eutanásia involuntária propriamente dita ou radical (conduta que provoca a antecipação da morte do indivíduo, contra a sua vontade ou a de terceiro, seu representante), em verdade, não representa o instituto que aqui se estuda. Trata-se, de fato, de conduta homicida, podendo até se assemelhar à eutanásia em outros requisitos tais como: ser o paciente portador de doença incurável, estar em estado terminal, padecendo de sofrimento insuportável. No entanto, a conduta que lhe abrevie a vida em desacordo com a sua vontade desnatura o instituto.

Aqui, cabe uma segunda digressão, que deriva da questão do consentimento. Esse é um ponto de grande complexidade dentro da discussão sobre a eutanásia e, por isso, será discutido com maior profundidade e detalhes posteriormente. No entanto, nesse momento, deve-se dizer que surgem, no mínimo, duas interrogações relevantes relacionadas à permissão do paciente para a prática da conduta eutanásica.

A primeira questão é determinar quem pode assumir o papel do terceiro que “permite” ou “autoriza” a eutanásia. A segunda, está relacionada ao discernimento do paciente no que concerne à tomada da decisão, ou melhor, se o paciente se encontra consciente e, de fato, apto a analisar a conjuntura em que está inserido e, assim, optar pela eutanásia.

Os problemas mencionados acima merecem uma reflexão mais profunda, sobretudo no que diz respeito: à forma de comprovação do estado de consciência minimamente aceitável para que o indivíduo acometido pela moléstia incurável possa autorizar a prática da eutanásia; ao grau de discernimento do enfermo; à qualidade dos membros da família que podem ser aceitos como os mais aptos a escolher no lugar do paciente; e à solução que deve ser preferida, entre as várias possíveis, nas situações em que as vontades dos familiares são discordantes – ou discrepante é o desejo da família e o do médico – quando o doente estiver inconsciente ou, quando consciente, não for capaz de se fazer compreender, em virtude da inexistência de discernimento. Essa análise tomará lugar em capítulo posterior do presente trabalho (Capítulo Capítulo 4 - A eutanásia e o direito).

Passemos, então, à *eutanásia imprópria*. Sabe-se que esta última é representada por uma série de condutas que em pouco, ou quase nada, se assemelham à eutanásia própria que se acaba de descrever acima. No entanto, historicamente, essas práticas vêm sendo denominadas,

repetidamente, embora de modo inadequado, de eutanásia. Apenas por esta razão, essas situações serão tratadas aqui - embora de maneira bastante breve - como eutanásia. Entretanto, frise-se que, neste momento, o termo adquire uma significação inapropriada. Em razão disso, fala-se em *eutanásia imprópria*. Assim, conforme lição de Guimarães⁴⁰:

Há práticas que, por contarem com alguns dos requisitos que configuram a eutanásia, se apropriam do termo, ainda que não possam ser admitidas, em maior ou menor grau, como práticas eutanásicas propriamente ditas.

Algumas dessas práticas podem se assemelhar, em um ou outro aspecto, à eutanásia própria, sendo que outras nem dela se aproximam e, a despeito de não merecerem, de qualquer modo, o uso do termo, ainda assim dele se apropriam, pelos mais variados motivos, sejam eles políticos, sociais ou econômicos, ou mesmo em razão do uso costumeiro ou de classificações usadas por historiadores.

São práticas que violam, em geral, os mais básicos direitos do indivíduo, como a vida, a liberdade e a dignidade. Afora a ausência da motivação piedosa, são mesmo marcadas por seu caráter involuntário, ocorrendo independentemente do desejo do interessado ou de quem o represente e, no mais das vezes, indo ainda contra a vontade de um e outro.

Nessa esteira, Santoro⁴¹ afirma que há, ainda, quem defenda a existência de outras formas de eutanásia, como a eugênica, a criminal, a econômica, a experimental e a solidária. No entanto, não concorda com a classificação destas condutas como algo que se encaixe no conceito de eutanásia, conforme explica à frente, em seu estudo, com uma conceituação bem concisa de cada uma delas.

O autor inicia definindo a eutanásia eugênica como aquela aplicada com o escopo de melhorar a raça, sendo a morte dada às pessoas com malformações ou distúrbios mentais, por exemplo. A eugenesia, ou eugenia, tem estado presente na história da humanidade, desde os povos primitivos até as atrocidades praticadas há relativamente pouco tempo pelos nazistas com seu intuito de construir uma raça superior. Guimarães⁴² comenta, em relação à eutanásia eugênica:

Com efeito, a eutanásia traz, em primeiro plano, a noção de homicídio piedoso, isto é, de uma conduta que leva à morte de outrem motivada por compaixão, enquanto a eugenia (ou a impropriamente denominada eutanásia eugênica, que assim é chamada, no mais das vezes, apenas para abrandar a carga negativa que o termo eugenia geralmente carrega), em termos gerais, é a busca da produção de uma seleção nas coletividades humanas, baseada em leis genéticas, ou ainda a busca do aperfeiçoamento da espécie por via da seleção genética e do controle da reprodução.

Na eutanásia eugênica, portanto, a ideia eugenética é central. A eugenia, por seu turno, é tema de relevância, sobretudo, nos momentos inicial e final da vida.

No inicial, têm-se a ideia do controle de reprodução (incluindo-se a fertilização artificial, a fertilização *in vitro* e todas as demais formas de reprodução assistida que, bem administradas e nos devidos limites da bioética, encerram atividade das mais nobres e respeitáveis). O repúdio em geral ocorre se dá, outrossim, quando existe um indevido controle dessa reprodução humana, com fins não de apoio a quem não

⁴⁰ GUIMARÃES, 2011, p. 111.

⁴¹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 120-121.

⁴² GUIMARÃES, Op. cit., p. 113.

possa conceber por meios naturais, mas sim com objetivos propriamente eugênicos, advindos do poder sócio-político de então, com a busca de puro melhoramento ou aperfeiçoamento ‘racial’, acompanhados de simples e ilimitado descarte de material genético considerado de má qualidade. (grifo nosso).

Assim, a eugenia interessa ao tema fundamental do presente estudo sempre que estiver associada ao momento final da vida, uma vez que é nessa situação que acaba por se conectar ao termo eutanásia, do qual se apropria indevidamente. Dessa forma, na maior parte dos casos, o termo eugenia, utilizado como aperfeiçoamento da espécie – e apresentado como desculpa para uma seleção daquilo que, supostamente, existe “de melhor” na raça humana – corrompe-se, transformando-se em mero homicídio e, dessa maneira, distancia-se, por completo, da efetiva prática eutanásica, principalmente porque, nestes casos, está ausente - entre outros critérios para a caracterização do instituto da eutanásia - a compaixão como motivação piedosa para a conduta do agente.

Além de tudo isso, deve-se ter extremo cuidado com a denominada “eutanásia eugênica”, já que de homicídio, ela pode degenerar ainda mais, atingindo o cúmulo de seu desvirtuamento com o genocídio, definido como extermínio deliberado, parcial ou total de uma comunidade, grupo étnico, racial ou religioso. Assim, se faz mister um cuidado todo especial com a busca de melhoramento da raça e com o correlato uso indevido do termo eutanásia para designá-lo. Essa utilização inadequada pode servir apenas para desviar a atenção da figura que, de fato, se manifesta: a conduta genocida, crime dos mais graves, tipificado e presenciado na história recente, muitas vezes travestido de práticas suposta e alegadamente eutanásicas.

Santoro⁴³ segue, então, discorrendo sobre exemplos de eutanásia imprópria, conceituando a eutanásia criminal. Afirma ser esta última a morte provocada em indivíduos considerados socialmente perigosos, ou seja, aqueles que praticaram condutas penais típicas, colocando a sociedade em risco (assegura que se trata, na verdade, de uma pena corporal ou pena de morte).

Explica, logo após, o significado da eutanásia econômica, que seria a morte dos doentes incuráveis, dos inválidos, dos idosos e de todos os que fossem considerados inúteis por causarem um alto custo econômico assistencial-sanitário à sociedade.

Continua falando sobre a eutanásia experimental como sendo aquela que procura o progresso científico mediante a morte sem dor de determinadas pessoas com o objetivo de realizar experiências científicas com seus corpos.

⁴³ SANTORO, 2011, p. 120-121.

Enfim, conceitua a eutanásia solidária como a realizada em pacientes com enfermidade incurável e com o escopo de retirar seus tecidos e órgãos, para a realização de transplantes em outros doentes que tenham maior possibilidade de sobrevivida.

No entanto, sustenta o autor⁴⁴ que não é possível aceitar que qualquer um desses conceitos seja incluído no de eutanásia propriamente dita, já que representam comportamentos que não possuem nenhum fim nobre ou altruísta, longe de ter como escopo dar uma boa morte a quem sofre ou agoniza com uma doença incurável, em estado terminal. Continua expressando sua ideia conceitual de eutanásia dizendo:

Ora, os únicos pontos de intersecção entre esses comportamentos e a eutanásia seriam a morte sem dor e a intervenção de um médico, enquanto que a finalidade de compaixão ou misericórdia que é o principal atributo para distinguir a eutanásia seria completamente divergente em cada uma delas.

Portanto, deve ser rejeitada qualquer conceituação de eutanásia que não aquela que a defina como a ação ou a omissão realizadas por compaixão e com o consentimento prévio do paciente ou, se este não puder ser conscientemente manifestado, de seus familiares, para dar uma morte sem dor a alguém que esteja submetido a grave sofrimento em função de um mal incurável.

De fato, nos Países que aceitaram a eutanásia como um procedimento lícito, o ato de indulgência sempre foi requisito, ainda que implícito, para sua prática, sob pena de desvirtuamento de um importante conceito.

Por conseguinte, nas situações que se acaba de comentar, a palavra eutanásia está empregada de maneira equivocada, uma vez que, para que se possa utilizar corretamente o termo, é necessário que um mínimo de critérios (já expostos anteriormente) estejam presentes. Entre esses critérios está, como um dos mais importantes, a motivação do agente: piedade ou compaixão por aquele que padece de mal incurável que acarrete sofrimento insuportável.

Assim, afirma D'agostino⁴⁵ que a grande diferença entre as duas categorias (eutanásia própria e imprópria) está no fato de que somente a eutanásia própria parece ser passível de defesa, porque se concilia com a lógica dos ordenamentos jurídicos hodiernos, alicerçados em um direito secularizado. A eutanásia própria não seria, desta forma, punível, havendo, até mesmo, a possibilidade de transformá-la em objeto de um procedimento médico-sanitário quando necessário fosse.

Logo, continua o doutrinador⁴⁶, é na eutanásia própria que deve se concentrar o verdadeiro debate contemporâneo sobre a legalização da “boa morte” e a ela deve ser conferida atenção especial. Dessa forma, afirma que:

Será conseqüentemente mais fácil desobstruir o caminho ocupado pelas diversas hipóteses de eutanásia imprópria que, embora sejam em alguns casos ligadas a

⁴⁴ SANTORO, 2011, p. 121.

⁴⁵ D'AGOSTINO, 2011, p. 219.

⁴⁶ D'AGOSTINO, Loc. cit.

eventos dilacerantes e altamente dramáticos, não parecem passíveis de guarida dentro da lógica própria do ordenamento jurídico contemporâneo”.

Desse modo, conclui-se que, para o escopo deste estudo, a conduta eutanásica apreciada é a eutanásia própria voluntária, enquanto ação médica intencional de apressar ou provocar a morte, com objetivo exclusivamente benevolente, de paciente, em estado terminal, que se encontre em situação de enfermidade tida como irreversível e incurável, de acordo com os conhecimentos médicos vigentes, que padeça de sofrimentos físicos e psíquicos insuportáveis, e que deseje a abreviação de sua vida, solicitando o procedimento mediante consentimento válido e esclarecido. Todas as demais condutas, mesmo que assemelhadas por alguma razão ao que se acaba de descrever aqui, estão excluídas do conceito de eutanásia, pelo menos para os objetivos da presente obra.

3.1.2 Distanásia, tratamento fútil e obstinação terapêutica

Em oposição à eutanásia, se encontra a distanásia, termo que, etimologicamente, deriva do grego *dys* (ato defeituoso) e *thanatos* (morte).

Na conduta distanásica, o escopo é aumentar, ao máximo, a duração de vida humana, combatendo a morte como maior e derradeiro inimigo. Não há, aqui, preocupação com a qualidade de vida, mas, sim, com a “quantidade” de vida. À distanásia, portanto, estão ligados, umbilicalmente, a obstinação terapêutica e o tratamento fútil.

De acordo com Robatto⁴⁷, distanásia é o prolongamento exagerado do processo de morrer de um paciente. Assevera o autor que o termo também pode ser utilizado como sinônimo de tratamento fútil ou inútil, ou, ainda, de obstinação terapêutica, quando significa a atividade médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a um grande sofrimento. O autor continua seu raciocínio afirmando que a distanásia constitui uma ação anti-ética em que não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer, porque o que se busca é curar o impossível: a morte.

A distanásia é fenômeno típico da sociedade atual, decorrente da evolução da medicina, levando a uma morte lenta, com sofrimento excessivo e desnecessário, protraindo, de maneira dolorosa, o momento final da existência. Outrossim, há quem a defina como

⁴⁷ ROBATTO, Waldo. **Eutanásia**: sim ou não – aspectos bioéticos. Curitiba: Instituto Memória, 2008. p. 41.

tratamento médico fútil, quando ministrado a pacientes portadores de moléstias graves, para as quais não há solução facilmente identificável pela medicina.⁴⁸

Tratamento médico fútil é aquela ação médica cujos potenciais benefícios para o paciente são nulos ou tão pequenos ou improváveis que não superam seus potenciais maléficis, de acordo com Mota.⁴⁹ Lembra ainda, o médico, que a palavra fútil vem do latim, *futile*, significando um vaso de base estreita e que, por isso, não consegue se manter equilibrado, em pé, o que ocasiona o derramamento de seu conteúdo, demonstrando, por conseguinte, sua inutilidade. Assim, “fútil” significa ausência de benefício, de utilidade.

Outrossim, pode-se remeter à mitologia grega para buscar a origem do vernáculo fútil. Zeus teria imposto o seguinte castigo às filhas do Rei de Argos, por terem traído seus maridos, matando-os com uma faca oculta sob as vestes: elas deveriam manter um balde, furado, cheio de água, o que, certamente, era uma tarefa inglória, inútil e perene, conforme se infere da crônica abaixo:

As Danaides eram cinquenta filhas de Danaus, rei de Argos. Seu irmão, Egito, tinha cinquenta filhos. Mandou a filharada masculina casar com as primas. Danaus não queria o casamento. Combinou com as filhas um plano. Os cinquenta recém-casados tiveram a mais estranha noite de núpcias de que há notícias no mundo. Foram todos assassinados pelas esposas [...]. Júpiter condenou as Danaides às penas do Tártaro, que era o Inferno daquele tempo. As Danaides enchiam um tonel sem fundo. Séculos e séculos, sem pausa, sem descanso, interrupção, as moças carregavam água, despejando-a no barril furado [...]. Os Titãs venceram os Deuses. O Tártaro ficou sem chefe, despovoado de sofredores, todos perdoados. Astério anuncia a terminação da sentença: - Acabou vosso suplício. Largai essa penitência. O tonel está cheio. As Danaides pararam, pela primeira vez, há milênios. Enxugaram a fronte, descendo as bilhas infatigáveis. E dizem confusas e desapontadas:

- Está cheio o tonel? Pois bem! Que havemos de fazer? Já estamos habituadas com o trabalho contínuo, mesmo inútil [...]. (CASCUDO apud SILVA).⁵⁰

Daí, conclui-se que a conduta fútil vai além da mera inutilidade, tratando-se de ato que, além de inútil, assume uma característica de continuidade e insistência por parte de seu praticante, malgrado não resulte em benefício algum.

Desse modo, a recusa da morte prematura nos expõe ao risco da morte prolongada, como preleciona Hyntermeyer. Ao discorrer sobre distanásia, tratamento fútil e obstinação terapêutica, o autor afirma que, atualmente, a medicalização alcança todos os momentos essenciais da existência e, portanto, também a morte. A sociedade em geral tem por certo que

⁴⁸ SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32.

⁴⁹ MOTA, Joaquim Antônio César. **Quando um tratamento torna-se fútil**. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/tratamento.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

⁵⁰ SILVA, Carlos Henrique Debenedito. **Quando o tratamento oncológico pode ser fútil?** Do ponto de vista do saber-fazer médico. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/rbc/n_54/v04/pdf/401_410_Quando_o_Tratamento_Oncol%C3%B3gico_Pode_Ser_Futil_saber_fazer_medico.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2011.

a medicalização deveria proteger os indivíduos da morte prematura. Por isso, o modelo de uma morte duradouramente adiada se impôs, sob os auspícios da ciência e da técnica, e com a garantia do Estado. Esse desejo de adiar indefinidamente a morte pode, inclusive, levar a seu diferimento de forma indefinida, processo decorrente da medicalização excessiva. O autor continua asseverando que uma morte desse tipo se obriga a atacar várias vezes para conseguir seus fins, destruindo sua vítima mediante repetidos açoites, os quais fazem o doente padecer em um suplício infundável. Até que, quando o falecimento enfim acontece, este advém de uma agonia extenuante. Esse prolongamento do processo de morrer, como decorrência da medicalização encarniçada, é perverso porque aumenta a duração e o sofrimento da passagem.⁵¹ Segundo Cabette⁵²:

Pode-se, assim, conceituar a distanásia como o ato de prostrar o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil. Trata-se aqui da atitude médica que, visando a salvar a vida do moribundo, submete-o a grande sofrimento. Não se prolonga, destarte, a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. A distanásia está, portanto, ligada às chamadas “obstinação terapêutica” e “futilidade médica”. Nesses casos, especialmente no atual estágio da medicina, sobressai o chamado “imperativo tecnológico”. A expressão faz alusão ao tempo verbal imperativo, o qual está ligado a uma ordem taxativa. Portanto, tem o significado seguinte: posto que temos a possibilidade técnica de manter a vida, isso deve ser feito de forma imperativa e categórica, e em toda situação. No entanto, isso não corresponde à atuação mais correta do profissional da medicina, pois que o acatamento do “imperativo tecnológico” conduz necessariamente à sanha terapêutica, a qual propicia o contexto adequado para que os profissionais médicos, de forma mais ou menos inconsciente e quase como em um reflexo pavloviano, utilizem ventilação mecânica, fluidos intravenosos, hemofiltradores, técnicas de suporte respiratório, etc, configurando o chamado “encarniçamento terapêutico” como “resultado da imprudência e de uma ausência de reflexão”.

Do mesmo modo, afirma Martin citado por Costa, Garrafa e Oselka⁵³:

A distanásia, ao ser caracterizada como encarniçamento terapêutico ou obstinação ou futilidade terapêutica é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecnocientífico e comercial-empresarial da medicina [...]. Os avanços tecnológicos e científicos e os sucessos no tratamento de tantas doenças e deficiências humanas levaram a medicina a se preocupar cada vez mais com a cura de patologias e a colocar em segundo plano as preocupações mais tradicionais com o cuidado do portador das patologias.

Cabe, aqui, a observação feita por Pessini⁵⁴, constatando que a tensão entre o poder de beneficiar o paciente com tratamentos paliativos (que talvez encurtem seu tempo de vida, mas que promovem seu bem-estar físico e mental) e a absolutização do valor da vida humana

⁵¹ HINTERMEYER, Pascal. **Eutanásia**: a dignidade em questão. São Paulo: Loyola, 2006. p. 32.

⁵² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: Comentários à Resolução 1.805/06 CFM – aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26.

⁵³ COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). Iniciação à bioética. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 303.

⁵⁴ PESSINI, 2004, p. 222.

(considerada apenas no sentido biológico) dá origem a um dilema em que alguns profissionais de saúde preferem optar pelo prolongamento da vida.

O autor continua ressaltando que, sob a perspectiva do paradigma tecnocientífico, o esforço para manter os sinais vitais a qualquer custo é justificado pelo valor absoluto atribuído à vida humana. Já sob o ponto de vista do paradigma comercial-empresarial, a obstinação terapêutica segue outro raciocínio: a perseguição do lucro a ser gerado para as instituições hospitalares e para os profissionais de saúde envolvidos.

Pessini pontua ainda que em um sistema de valores capitalistas, onde se tem o lucro como valor maior, a exploração do paciente terminal e de seus familiares, em toda a fragilidade do momento em que se encontram, possui uma “lógica sedutora”, uma vez que disfarça a corrida pelo lucro com a aparente preocupação com um dos grandes valores éticos e humanitários da modernidade: a vida humana. Entretanto, alerta que esse suposto compromisso com a vida humana é, de fato, precário, uma vez que assim que começam a faltar recursos para pagar as contas, uma tecnologia de ponta que parecia tão desejável, de repente, é retirada e tratamentos de menor custo - exclusivamente sob a ótica financeira - são sugeridos ao paciente.

De todo modo, sabe-se que, hodiernamente, a Medicina Intensiva permite que se tenha um maior grau de controle (o que é bem diferente de um domínio eficaz ou absoluto) sobre a morte e o processo de morrer. Com este controle, os profissionais de saúde decidem quando, no intento de salvar a vida do paciente, é apropriado ou não utilizar certas terapias como, por exemplo, a Reanimação ou Ressuscitação Cardiopulmonar (RCP). No entanto, estas decisões geram dilemas éticos e, quanto mais controle se tem diante dessas situações de enfrentamento da morte, mais tais dilemas emergem no cotidiano da prática clínica.

Ao se analisar o exemplo dado - a Ressuscitação Cardiopulmonar (RCP) - observa-se que esta técnica possibilita salvar milhares de pessoas, que se recuperam e voltam a ter uma vida satisfatória.

Todavia, quando esta mesma técnica, a ressuscitação cardiopulmonar, é realizada de modo insatisfatório (devido a uma série de motivos sobre os quais não cabe discorrer no momento) pode-se até conseguir que o indivíduo, cuja vida se pretendia salvar, sobreviva; no entanto, em grande parte das vezes, essa sobrevivência se dá concomitantemente à instalação de sua *morte encefálica*. Nesse estado, o encéfalo (tronco encefálico e cérebro) está “morto”, enquanto o sistema cardiorrespiratório permanece em funcionamento tão somente em virtude de máquinas que assim o mantêm (ventiladores mecânicos).

Outrossim, em ocasiões nas quais a ressuscitação cardiopulmonar é realizada de modo apenas medianamente eficiente, pode-se levar o paciente a um estado em que as funções cerebrais, ou superiores, se encontram totalmente abolidas (devido a uma maior sensibilidade do córtex cerebral à ausência de oxigenação), mas as funções relacionadas ao sistema nervoso autônomo (como respiração e batimentos cardíacos, além de alguns arcos-reflexos) permanecem intocadas. A essa condição se dá o nome de estado vegetativo persistente.

Desta feita, constata-se que a distanásia falha por não conseguir perceber quando as intervenções terapêuticas são inúteis ou mesmo prejudiciais ao paciente, ocasião em que seria melhor, portanto, deixá-lo enfrentar a morte como desfecho natural de sua vida. Para corroborar com o entendimento acima, lição de Pericas⁵⁵:

*Como médicos estamos obligados a cumplir los objetivos de la medicina y entre ellos está el restablecer la salud siempre que sea posible y sino lo es, estamos obligados a cuidadr y aliviar los sufrimientos de nuestros pacientes. **Nunca prolongar la vida biológica sin más.** El equipo médico de la UCI no tiene la obligación de seguir adelante con un tratamiento fútil o inútil. [...] Hoy en día muchos estamos de acuerdo en que “no todo lo que técnicamente es posible hacer es éticamente aceptable”. (grifo nosso).*

Assim, concluem Brito e Rijo⁵⁶, que as situações distanásicas somente chegaram a existir graças aos avanços da tecnologia médica que, hoje, pode chegar ao ponto limite de conseguir substituir, por máquinas, as próprias funções cardio-respiratórias.

Portanto, leciona Guimarães⁵⁷ que, enquanto a eutanásia pode ser, grosso modo, entendida como a antecipação da morte (por ação ou inação) para afastar dor e sofrimento originários de um mal, *a priori*, irreversível, a distanásia é percebida “como o prolongamento artificial da vida que, naturalmente, já atingira seu declínio e que, sem as manobras médicas, estaria já finda.”

Corroborando com as ideias até aqui defendidas, a lição de Brito e Rijo⁵⁸, quando falam que na distanásia – palavra proveniente do grego *dis* (algo mal feito) e *thanatos* (morte) – a intenção é atrasar o maior período de tempo possível o momento da morte, recorrendo a todos os meios (proporcionados ou não), sem que haja qualquer esperança de cura para o doente. Continuam, então, afirmando que se trata de uma morte com sofrimento físico ou

⁵⁵ PERICAS, Lluís Cabré. Bioética e medicina intensiva: problemas al final de la vida en la medicina altamente tecnificada. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER, Gabriel José Chittó; CASADO, Maria. **Bioética, interdisciplinaridade e prática clínica**. Porto Alegre: EdPUCRS, 2008. p. 392.

⁵⁶ BRITO; RIJO, 2000, p. 35.

⁵⁷ GUIMARÃES, 2011, p. 131.

⁵⁸ BRITO; RIJO, Op. cit., p. 34.

psíquico do indivíduo lúcido, já que a vida é prolongada, aqui, artificialmente, sem nenhuma perspectiva de cura ou melhoras.

Kovacs⁵⁹ afirma que a distanásia se confunde com a obstinação terapêutica ou futilidade médica, conceituando-a da seguinte forma:

A manutenção dos tratamentos invasivos em pacientes sem possibilidade de recuperação é considerada distanásia, obrigando as pessoas a processos de morte lenta, ansiosa e sofrida, sendo sua suspensão uma questão de bom senso e racionalidade. Melhor definindo, distanásia é morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento. Trata-se de um neologismo composto do prefixo grego *dys*, que significa ato defeituoso, e *thanatos*, morte. Trata-se de morte defeituosa, com aumento de sofrimento e agonia. É conhecida também como *obstinação terapêutica e futilidade médica*. A distanásia é sempre o resultado de uma determinada ação ou intervenção médica que, ao negar a dimensão da mortalidade humana, acaba absolutizando a dimensão biológica do ser humano.

A distanásia é, portanto, a morte lenta, ansiosa e sofrida, provocada pela insistência no uso dos modernos meios terapêuticos para a manutenção artificial das funções vitais, encerrando a ideia de prolongamento artificial do processo de morrer, com sofrimento do doente, prolongando, desse modo, a agonia, ainda que os conhecimentos médicos não possam prever, naquele momento, uma possibilidade de melhora ou de cura. Assim, o termo distanásia vem sendo usado para denominar a obstinação terapêutica, com o uso de medidas que prolonguem a vida do paciente de modo artificial.

Muitas vezes, a insistência terapêutica é observada quando se constata que não é possível reverter o estado de determinado paciente terminal com a terapia a ele imposta e que, se tal terapia for retirada, sua morte cerebral é iminente. Portanto, o limite dos meios terapêuticos disponíveis está no conceito de tratamento, devendo o médico usar todos os meios de tratamento, de cuidado e de assistência que tenham utilidade ao paciente. Entretanto, quando o meio disponível não tem como escopo o efetivo tratamento do enfermo - por não lhe ser útil quanto à sua recuperação - e não lhe fornece bem-estar, não existe mais o dever de mantê-lo.

Desse modo, a distanásia é a expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção ao ser humano, já que a agonia se prolonga no tempo, negando-se ao doente uma morte natural, mesmo que a equipe médica não mais tenha nenhuma esperança de que o tratamento leve à cura ou, pelo menos, a uma melhora da qualidade de vida do paciente, prolongando-se não propriamente a vida, mas o doloroso processo de morrer.

⁵⁹ KOVÁCS, Maria Julia. Bioética nas questões da vida e da morte. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 115-167, 2003.

Assim, nega-se a característica de humanidade ao doente. Existem, conforme assevera Minahim⁶⁰:

Situações em que a vida perde toda a aparência de humanidade e que mantê-la a qualquer custo (distanásia) com os recursos criados pela própria humanidade pode significar a negativa da humanidade. São inúmeros os casos, vividos na esfera pessoal ou impostos pela mídia de pessoas coisificadas, manipuladas por terceiros nos herméticos centros de tratamento intensivo, que esperam a construção de princípios morais e regras jurídicas que dêem um mínimo de segurança quanto às decisões que devem ser tomadas.

O problema é que, mesmo depois que se assumiu a insignificância da vontade humana perante a morte, o homem sempre tentou - mesmo admitindo não poder vencê-la - pelo menos tornar o período vital mais longo. Em decorrência disso, a prática da distanásia vem ganhando força com o decorrer do tempo, ainda que de forma inconsciente. Nesse diapasão, ou o médico usa todos os equipamentos e técnicas modernas, mas somente até a fronteira do bom senso, que deve coincidir com o limite da preservação da dignidade humana - o que seria seu dever - ou então os utiliza além do que seria razoável, alongando - de maneira artificial e desnecessária - a vida já sem qualquer esperança, com aumento insensato do sofrimento do doente, irradiado aos seus parente e amigos - o que configurara a prática da distanásia.

Diante da constatação acima, surge o seguinte questionamento: como saber e que critérios utilizar para se possa, com certeza, assegurar que se está diante de um caso de obstinação terapêutica, isto é, de uma situação de distanásia?

Alguns doutrinadores como Cabette⁶¹, lecionam que, para discernir quando se está perante uma hipótese de distanásia, na qual a abstenção de determinados procedimentos - por sua inutilidade - seria recomendável, é necessário que sejam examinados os meios de sustentação vital utilizados no caso: meio ordinários ou meios extraordinários.

O autor segue, dizendo que “os ‘meios ordinários’ são caracterizados por sua disponibilidade para a maioria dos casos, sendo economicamente viáveis, clinicamente acatados e normalmente empregados, bem como de utilização temporária”. *A contrario sensu*, os ‘meios extraordinários’ são aqueles de aplicação restrita somente a determinados casos, porque têm um custo elevado, são - em geral - experimentais, oriundos de recursos de alta tecnologia, caracteristicamente agressivos e de emprego permanente. Destarte, conforme seu entendimento, a utilização dos meios ordinários para a manutenção da vida é obrigatória e sua

⁶⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Direito de morrer no anteprojeto do código penal brasileiro. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, Ano 4, v. 6., jun/dez. 1999. p. 183.

⁶¹ CABETTE, 2009, p. 27.

omissão configura crime (omissão de socorro, homicídio). No entanto, os meios extraordinários são de ‘utilização facultativa’.

Todavia, Cabette confirma que há cada vez mais dificuldade em se estabelecer uma diferenciação abstrata, uma distinção teórica entre meios ordinários e extraordinários de tratamento. Por essa razão, ele afirma que, na atualidade, tem-se preferido examinar os casos concretos que se apresentam e, só então, decidir-se entre “meios proporcionais e desproporcionais” para a sustentação da vida em cada um deles, especificamente.

Diz que são considerados *meios proporcionais* as intervenções adequadas aos resultados esperados para o bem do paciente, considerando seu estado, os custos e os desgastes produzidos. Já aqueles meios que são - pelo menos aparentemente - exagerados, se comparados aos resultados previsíveis, são considerados desproporcionais.

Afirma, enfim, que o tratamento a ser prescrito ao doente não deve ter como escopo primordial o prolongamento abusivo do processo de morte do ser humano, pois isso é exatamente o que caracteriza a obstinação terapêutica ou distanásia. E sabe-se que esta viola sobremaneira o Princípio da Beneficência - uma vez que chega a ser maléfica - e, com certeza, não possui respaldo ético algum, em virtude de não estar em consonância com a boa prática clínica.

Möller⁶² faz coro com as opiniões expostas acima, quando assevera que, “no contexto onde há uso excessivo de tratamentos e tecnologias para prolongar a vida (ou o processo de morrer), cresceu em importância o debate acerca do que se denomina de forma usual na literatura médica como futilidade”, mesmo com a ressalva de sempre haverem existido, desde priscas eras, discussões sobre a futilidade de algumas terapias instituídas por médicos.

Para ela⁶³, no entanto, não existe real diferença de significado entre as várias denominações utilizadas para indicar tratamentos médicos considerados úteis ou fúteis, tais como: medidas ordinárias e extraordinárias, meios proporcionais e desproporcionais, comuns e incomuns, entre outras:

A caracterização de um tratamento como sendo útil, comum, ordinário, proporcional ou, por outro lado, fútil, inútil, extraordinário, desproporcional, serviria para pautar a tomada de decisão de ofertar, um determinado tratamento, bem como, à tomada de decisão de manter/dar seguimento ou interromper/retirar um tratamento.

A autora afirma que um tratamento não pode ser designado como fútil por si só, mas apenas quando posto em relação a determinado referencial. Diz que, na literatura médica, há

⁶² MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2010. p. 38-45.

⁶³ *Ibid.*, p. 41.

uma variedade de objetivos que deveriam ser alcançados com a prescrição de determinadas terapias. Assim, para ela, os tratamentos são considerados fúteis quando continuam sendo administrados ao paciente, apesar de um ou mais desses objetivos não conseguirem ser atingidos ou, nem mesmo, terem a mínima possibilidade de o serem. Portanto, de acordo com seu entendimento, a previsão de que certo tratamento não conseguisse alcançar seus objetivos, em um determinado caso concreto, “poderia ser suficiente para pautar a decisão acerca da não-oferta, retirada, oferta ou seguimento de um tratamento médico”.

No dia-a-dia da prática clínica, a caracterização de um tratamento como fútil, normalmente, se funda tanto nos dados clínicos obtidos com a realização de exames, quanto na experiência do médico com os resultados alcançados com a administração de diversas terapias em casos semelhantes.

Outrossim, condutas terapêuticas consideradas de uso incomum, não usual (como, por exemplo, o uso de drogas novas, não testadas ou em fase experimental) tendem a ser repudiadas ou, no máximo, admitidas como opcionais. Enquanto isso, tratamentos considerados como procedimentos padrão, habitualmente aceitos pela comunidade médica em determinados quadros clínicos - de uso comum ou habitual - tendem a ser entendidos como obrigatórios.

Todavia, a utilização de apenas esse critério - o da possibilidade de alcance ou não dos objetivos específicos e pontuais de determinada conduta terapêutica - para considerar certo tratamento como fútil ou não, não se mostra suficiente. Em situações como essa, a situação do paciente dever ser analisada de forma mais global, levando em conta - para considerar ou não determinado tratamento fútil ou inútil - muito mais do que um critério somente médico-técnico. Deve se observar, também, se a terapia instituída melhora ou não a condição biológica do paciente; se ela produz o efeito fisiológico pretendido; se melhora o estado psicológico do sujeito; se proporcionará ao paciente melhor qualidade de vida; se é, enfim, eficaz ou não, para a melhora da condição de vida do paciente como um todo e não somente daquela doença.

Não se pode enxergar o doente como, apenas, o portador de uma doença. O doente é muito mais que isso. Ele é um ser humano, com toda a complexidade que lhe é imanente. Naquele momento, padece de uma enfermidade determinada, mas está longe de se reduzir a ela. Por isso, a noção de futilidade do tratamento não se resume aos conhecimentos técnicos da medicina. Muitas vezes, a ideia de futilidade do médico não é compartilhada pelo paciente ou por seus familiares. Por isso, a autonomia do paciente também deve ser levada em consideração no momento da determinação da futilidade ou não de determinada conduta

terapêutica. E essa consideração se manifesta quando há respeito aos valores que o paciente preza, às crenças que ele tem e aos desejos que possui.

Ora, é fato inconteste que médicos e pacientes (ou seus familiares) podem ter concepções diversas sobre valores que consideram importantes. Do mesmo modo, podem divergir sobre o que consideram como tratamento fútil ou excessivo. Ao médico, então, compete comunicar ao paciente seu estado e discorrer tanto sobre os tratamentos que imagina não serem capazes de o favorecer em nenhum aspecto, quanto sobre aqueles que acredita dever iniciar ou manter por beneficiá-lo de algum modo. Nesse momento, apenas o paciente terá o condão de decidir sobre a instituição ou não de determinada terapia, pois somente ele mesmo pode saber o que é capaz de suportar e o que representa, para ele, uma carga demasiadamente pesada.

Do exposto acima, infere-se que certas terapias podem ser consideradas excessivas ou inúteis não só quando forem ineficazes para o tratamento de determinada moléstia. Assim, ainda que seja eficaz, a conduta terapêutica pode ser tida como fútil se provocar, segundo Möller⁶⁴, “dor, sofrimento, fardo, inconveniente ou despesa que o paciente, de acordo com seus valores, ou seus familiares (quando o paciente for incapaz ou estiver inconsciente), considerarem excessivos, portanto, não-benéficos”. E continua:

Parece-nos que a distinção entre tratamentos fúteis e não-fúteis para a definição de rumos para o tratamento de pacientes terminais só adquire relevância se abordada desde uma perspectiva ética, que leve em consideração a autonomia do paciente. Nesse ponto, entra-se em terreno delicado, pois tem-se, de um lado, a postura tradicional do profissional da saúde, de uma beneficência muitas vezes por demais paternalista, e, de outro, a autonomia do doente, que precisa ser respeitada⁶⁵.

Desse modo, durante anos a fio, o médico teve sua atitude paternalista, tradicionalmente guiada por um “autoritarismo beneficente” em favor do paciente, como inquestionável. A autonomia do profissional da medicina em relação à terapia a ser utilizada era quase total, mesmo quando se tratava do momento da morte do paciente. Já o poder de escolha do próprio doente, em relação à sua própria vida, era absolutamente mitigado.

No entanto, essa conduta médica autoritária vem sendo posta em xeque ultimamente, devido a uma preocupação crescente - por parte dos próprios profissionais de saúde, de outros estudiosos (do direito, da filosofia, entre outras áreas) e da sociedade como um todo - com valores éticos e dilemas morais que parecem se apresentar cada vez mais próximos de todos

⁶⁴ MÖLLER, 2010, p. 44.

⁶⁵ MÖLLER, Loc. cit.

os cidadãos, no seio da sociedade contemporânea. Corroborar com esse entendimento, Möller⁶⁶:

A conduta médica é questionada hoje, como provavelmente nunca antes o fora. Há a percepção de que excessos e arbitrariedades vêm sendo cometidos, e de que se faz necessário repensar os objetivos a serem perseguidos pela medicina e em que consiste o dever do médico, especialmente frente ao fim da vida, de modo a fixar-se limites à atuação arbitrária do profissional e a estabelecer-se o dever que permanece em todos os casos: o dever de cuidado.

O conflito entre a autonomia do paciente e o dever que tem o médico de manter a vida, como corolário dos princípios que vêm pautando a sua atividade profissional, desde a Grécia Antiga - devido à tradição Hipocrática⁶⁷ - se põe como questão de fundamental importância no presente estudo e, portanto, será estudada em capítulo posterior, com maior detalhamento.

Enfim, diante de todo o exposto, pode-se afirmar que a distanásia consiste na tentativa de retardar a morte o máximo possível, prolongando a vida (ou o processo de morte) do paciente que não tem chance de cura ou recuperação da saúde, utilizando-se de todos os meios médicos ao alcance, proporcionais ou não, ainda que essa conduta implique sofrimentos ao indivíduo cuja morte é inevitável.

3.1.3 Ortotanásia

Entre os limites que delimitam as condutas caracterizadoras da eutanásia e as fronteiras estabelecidas pelas práticas que se manifestam como distanásia, situa-se o instituto da ortotanásia. Este vocábulo se origina dos radicais gregos *orthos*, que se traduz como correto, reto, e *thanatos*, que significa morte. Está ligada à ideia de morte no tempo certo, quando o desfecho letal acontece em momento determinado naturalmente.

⁶⁶ MÖLLER, Op. cit., p. 46.

⁶⁷ Segundo Ludwig Edelstein - citado por Möller (2010) - apesar de muito questionarem a sua real existência, Hipócrates nasceu na ilha de Cós, cerca de 400 anos antes de Cristo. Muitas obras das quais se considera Hipócrates como autor, podem ter sido escritas por seus seguidores, que, segundo o historiador, seriam um grupo minoritário entre os médicos da Grécia Antiga e não gozavam de um nível social nem de prestígio mais elevado do que os outros ofícios de sua época. De acordo com Edelstein, o famoso Juramento de Hipócrates deve ser entendido como uma manifestação oposta às práticas clínicas que predominavam na medicina da época. Os princípios do referido juramento apenas se tornaram realmente sólidos quando o Cristianismo se tornou a religião de maior prevalência no Ocidente e a moral Cristã assim se impôs. No entendimento de Marco Antônio Oliveira Azevedo, em sua obra *Bioética fundamental*, igualmente citada por Möller (2010), essa observação histórica é relevante à medida que importa em uma reflexão questionando se o conceito de medicina dos antigos seria correto e se o é até hoje.

Assim, a ortotanásia, segundo Kipper⁶⁸, é a “morte no seu tempo certo, sem tratamentos desproporcionais (distanásia) e sem abreviação do processo de morrer (eutanásia)”.

Ou de acordo com Carvalho⁶⁹, “consiste na ‘morte ao seu tempo’, sem abreviação do período vital (eutanásia) nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia)”. Conforme a autora, ortotanásia é a “morte correta”, onde o processo de morrer transcorre através da abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional, ao se constatar a iminência da morte do indivíduo. Ressalta ainda que, na ortotanásia, não se busca nem se provoca a morte, pois o que se pretende é, tão somente, humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente. Desta feita, a morte resultará da própria patologia da qual o sujeito padece.

Desse modo, de acordo com Guimarães⁷⁰,

o conceito de ortotanásia está em oposição ao da distanásia, isto é, enquanto esta prolonga artificialmente o processo de morte, aquela significa o não prolongamento artificial da vida já em seu natural declínio, ou seja, além do que seria o processo natural da morte.

Observa-se que a ortotanásia é, geralmente, praticada por médico. Nela, o profissional de saúde tão somente deixa que o processo de morte - já instalado anteriormente - se desenvolva, percorrendo seu caminho natural. Assim, o médico não tem o dever de prolongar, artificialmente, o sofrimento que permeia o processo de morrer do paciente, principalmente se ele não pediu que isso acontecesse, ou, ainda pior, se a vontade do doente é que não ocorra tal alongamento.

Perante o Código Penal Brasileiro, a conduta descrita acima (ortotanásia) não é típica, por não ser, de modo algum, responsável pela morte do indivíduo: não há, de fato, o encurtamento do período vital, por qualquer ação ou inação do agente. A ortotanásia é conduta também assumida por aqueles que querem evitar a distanásia. A conduta do médico seria, portanto, lícita, sempre que houvesse a omissão ou a suspensão das manobras médicas sem que, por tal fato, houvesse encurtamento do período vital.

Nesse sentido, afirma Guimarães⁷¹:

A atitude do médico que se abstém de empregar meios terapêuticos para prolongar a vida do moribundo, ensina, de igual modo, Aníbal Bruno, não constitui fato punível. Nenhuma razão obriga o médico a fazer durar por um pouco mais uma vida que se

⁶⁸ KIPPER, Délio. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. **Bioética**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 59-70, 1999.

⁶⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCrim, 2001. p. 27 - 28.

⁷⁰ GUIMARÃES, 2011, p. 129.

⁷¹ Ibid., p. 130.

extingue irremissível e naturalmente, salvo por solicitação do paciente ou de seus familiares. Assim, a intervenção médica para dar ao moribundo uma morte tranquila, sem abreviar-lhe a duração da vida, inclui-se no exercício permitido da medicina.

Nesse instituto, normalmente, os cuidados básicos são mantidos, porém não se recorre a providências que não tenham o condão de reverter a situação terminal. Assim, na ortotanásia, não há que se retardar o tempo natural da morte, somente o protraindo a ocasião, prolongando desnecessariamente o sofrimento do doente.

Portanto, a ortotanásia deixa que o paciente terminal e seus familiares encarem a morte com alguma serenidade, como algo que faz parte da vida e não como uma doença a ser curada a qualquer custo. Afinal, curar e cuidar são duas figuras distintas, quando se fala de pacientes terminais. Curar é proceder ao extermínio do estado patológico (quando a doença é curável e esse é o procedimento correto a executar) e, nessa esteira, à manutenção da vida. Já cuidar, nessas hipóteses, é permitir que o indivíduo morra - promovendo a maior tranquilidade possível para o paciente nesse momento - quando demonstrado que, efetivamente, a hora de sua morte chegou.

Importante ressaltar que a diferença entre a ortotanásia e a eutanásia passiva está longe de ser ponto pacífico na doutrina. Alguns autores, inclusive, as vêem como sinônimos. Rodrigues⁷² revela entendimento semelhante, quando sustenta o que se segue:

Assim, ortotanásia ou para-eutanásia coloca-se em direção oposta à distanásia – contra-eutanásia. Nesta, prolonga-se o momento da morte do paciente através do uso de métodos reanimatórios. **Ortotanásia é a eutanásia passiva**, isto é, a morte natural decorrente da interrupção de tratamento terapêutico, cuja permanência seria inútil, em se tratando de quadro clínico irreversível. (grifo nosso)

É mister ressaltar que, no próprio meio médico, é comum a tomada de decisões em relação a pacientes terminais - em Unidades de Terapia Intensiva, principalmente - sem que se leve em conta, de fato, se a conduta adotada concretizará um ato ortotanásico ou resultará em uma eutanásia passiva. Segundo Kipper⁷³:

A não-oferta ou a retirada de suporte vital são decisões nas quais várias intervenções médicas não são oferecidas ou são retiradas, com a expectativa de que esses pacientes morrerão como resultado. A adequação dessas condutas é aceita por várias associações médicas e por uma série de decisões legais que se iniciaram com o caso Quinlan. Vários artigos médicos mostram que intensivistas de várias partes do mundo tomam essas decisões com regularidade; que consideram a não-oferta ou a retirada de suporte vital eticamente equivalentes; que tomam essas decisões baseados em prognósticos (que tornariam esses procedimentos fúteis); que consideram a vontade dos pacientes ou seus representantes como o elemento mais fundamental na decisão, mas que colocam essa vontade na sua própria convicção do prognóstico. Estudos observacionais mostram que essas decisões ocorrem com muita frequência, que essa frequência mostra uma tendência de aumento nos últimos anos, que os pacientes e seus familiares geralmente concordam com a recomendação dos médicos

⁷² RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 91.

⁷³ KIPPER, 1999, p. 65.

ou até solicitam tais limitações; que a retirada de suporte ocorre com mais frequência que a não-oferta; que a ressuscitação cardiopulmonar é a terapia com mais frequência não-oferecida; que ventilação mecânica é a terapia retirada com maior frequência; e que o processo de retirada normalmente é gradual e, muitas vezes, facilitado pela administração de sedativos e analgésicos (muitas vezes com duplo efeito).

Entretanto, é muito importante que se diferencie as duas figuras (ortotanásia e eutanásia passiva), uma vez que as diferentes condutas, embora cheguem ao mesmo resultado (morte do paciente), são tratadas juridicamente de modo diametralmente opostos. No Brasil, hoje, a ortotanásia é vista como fato atípico, não configura crime⁷⁴. Já em relação à eutanásia, o tratamento jurídico é absolutamente diferente: a conduta eutanásica é interpretada como homicídio (muitas vezes considerado como privilegiado, mas ainda homicídio). Desta feita, não há, de forma alguma, identidade conceitual entre ortotanásia e eutanásia passiva.

Assim, secção majoritária da doutrina sustenta que há distinções entre as duas figuras (ortotanásia e eutanásia passiva). Todavia, há divergências sobre quais seriam os aspectos que apontariam a diferença entre as duas figuras. Alguns falam sobre a intenção do agente, outros sobre a existência ou não do abreviamento do período vital como a principal diferença entre os a ortotanásia e a eutanásia passiva.

Horta⁷⁵, por exemplo, diz haver uma confusão quando se utiliza a expressão “eutanásia passiva”, particularmente quando o profissional de saúde se defronta com a possibilidade de suspender terapias que têm como escopo, única e exclusivamente, o prolongamento dos sinais vitais em doentes terminais. Assevera que permitir que a vida humana chegue a seu fim natural (atitude que decorreria da aceitação da finitude humana) é muito diferente da suspensão da terapia que tenha como resultado, diretamente, o encurtamento da vida do indivíduo.

No entanto, o autor sustenta que, para que se faça melhor distinção entre ortotanásia e eutanásia passiva, é mister diferenciar doença terminal de doença aguda. Nesta última, seria apropriada a prescrição de reanimação cardíaca, de respiradores, de sondas e de outros meios de manutenção artificial da vida, porque existe uma expectativa razoável de que a vida continuará depois, sem a necessidade de utilização desses meios. Já o uso das mesmas técnicas em pacientes terminais, este, sim, revela-se inadequado na maior parte das vezes, objetivando puramente manter os sinais vitais em um corpo cuja vida reluta em se esvaír.

⁷⁴ BRASIL. 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. **Sentença na Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2011.

⁷⁵ HORTA, Marcio Palis. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 30, 1999.

Assim, de acordo com o doutrinador, o médico tem a obrigação de manter a vida enquanto ela seja sustentável, mas não tem nenhum dever, de natureza legal, ética ou moral, de alongar o sofrimento de um moribundo.

Em virtude disso, segundo Horta, deve-se esclarecer qual a intenção do agente, a fim de se diferenciar a eutanásia passiva da ortotanásia. Desse modo, evita-se o simplismo dos consequentialistas, para quem (em razão de o resultado ser o mesmo, em ambas as hipóteses: a morte do paciente) as condutas deveriam equivaler-se entre si.

Para ele, não se pode falar em eutanásia quando a intenção do agente é tão-somente aliviar as dores do paciente; tanto que afirma que “aplicar uma droga para diminuir a dor não é o mesmo que aplicar uma dose letal para pôr fim à vida”. Assim, abreviar a vida seria um risco aceitável quando o sofrimento do paciente fosse muito grande, chegando aos limites do insuportável. Para Horta, então, caso a intenção primeira do agente fosse provocar a morte, a conduta seria eutanásica; já se a intenção fosse aliviar o sofrimento do paciente terminal, correndo o risco calculado de sua morte não desejada, mediante a administração das drogas terapêuticas indicadas em cada caso, ficaria caracterizada a ortotanásia.

No entanto, esse ponto de vista não é unanimidade, pois há quem, ao invés de distinguir ortotanásia de eutanásia passiva de acordo com a intenção do agente, apenas utilize esse mesmo critério para classificar tipos diferentes de eutanásia. Assim, para esse outro grupo de doutrinadores, de acordo com a intenção do agente, a eutanásia seria classificada em direta (quando a intenção primordial é provocar a morte) e indireta ou de duplo efeito (quando o propósito do agente é aliviar as dores, mas pode, ao aplicar os métodos adequados para isso, promover o encurtamento da vida do paciente).

Como se percebe acima, no entendimento de Horta, a eutanásia classificada como indireta ou de duplo efeito (para outros autores), equivaleria a seu conceito de ortotanásia.

Contudo, há aqueles que apontam dois elementos a serem considerados como principais diferenças entre ortotanásia e eutanásia passiva: a) a condição de antecipação ou não do momento da morte; e b) a futilidade ou não do tratamento suprimido. Para esses autores, a distinção entre as duas figuras independe da intenção do agente.

Em plena concordância com esse entendimento, Jakobs⁷⁶ define eutanásia passiva como “abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos ordinários ou proporcionados – úteis – que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja ausência antecipa a morte”.

⁷⁶ JAKOBS, Gunther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 37.

Blanco citado por Vieira⁷⁷ filia-se ao mesmo posicionamento, assegurando que “fazer morrer” é ação eticamente distinta de “deixar morrer”, e esta última, sim, constituiria a verdadeira ortotanásia.

Ele também defende que existe diferença entre a ortotanásia e a eutanásia passiva mesmo que a consequência de ambas as condutas seja exatamente a mesma: a morte do doente. Além disso, afirma que a distinção primordial entre os dois institutos não reside na intenção do agente, mas na presença de outros critérios detalhados a seguir.

Segundo ele, a eutanásia é completamente diversa da ortotanásia, sendo esta a “morte a seu tempo”, sem abreviações (casos nos quais se concretizaria a eutanásia) nem prolongamentos desarrazoados (onde se trataria de distanásia) do processo de morrer.

A ortotanásia constituiria a verdadeira “morte correta”, atingida mediante a retirada ou limitação dos tratamentos fúteis e desproporcionais, ante a iminência do falecimento do doente, sem que haja o escopo de acelerar a morte deste. Muito ao contrário, a ortotanásia visa a humanização do processo de morrer, suprimindo-se, inclusive, os tratamentos administrados a eventuais complicações agudas, sempre que o prognóstico for de irreversibilidade, impedindo-se que o doente sofra com a dor, com a fome ou com a sede, até que chegue o instante do seu óbito, no momento certo, decidido pela natureza. No entanto, enquanto o advento da morte não se instala, devem ser ministrados ao doente os cuidados denominados de ordinários, particularmente nutrição, sedação e medicação analgésica.

O autor segue distinguindo a ortotanásia da eutanásia passiva, a qual define como “a atitude de abreviar a vida do paciente através da supressão de tratamentos proporcionados e úteis, que poderiam propiciar o prolongamento da existência do doente de forma perfeitamente aceitável”. Difere, então, a eutanásia passiva da distanásia ou encarniçamento terapêutico, conceituando este último como o “prolongamento exagerado do processo de morte, resultante do emprego imoderado de meios terapêuticos extraordinários ou desproporcionados”. Logo após, define a eutanásia passiva como a “suspensão ou não utilização de meios terapêuticos ordinários e proporcionados, que poderiam permitir o prolongamento útil da vida do paciente, e não do processo do morrer, pelo que a omissão de tais formas de tratamento constitui uma inegável abreviação da morte do doente”.

Igualmente, Carvalho⁷⁸ assevera que a diferença entre ortotanásia e eutanásia passiva é que, nesta última, existe a provocação do óbito do paciente terminal mediante a omissão dos cuidados paliativos ordinários e proporcionais que evitariam a sua morte. Já na ortotanásia não

⁷⁷ VIEIRA, 2009, p. 248.

⁷⁸ CARVALHO, 2001, p. 27-28.

ocorreria abreviação do período vital, uma vez que haveria tão somente a limitação de tratamentos fúteis, extraordinários ou desproporcionais, ante a iminência da morte do paciente, deixando a vida (ou o processo de morte) seguir seu curso.

Afirma, assim, a autora que o desligamento de aparelho de sustentação vital é considerado pela maior parte da doutrina como típico da eutanásia passiva, pois nessa hipótese, o médico suspenderia o tratamento e anteciparia a morte do paciente. Acrescenta que aqueles aparatos simplesmente seriam uma *longa manus*, um prolongamento das atividades médicas – até certo ponto, proporcionais e ordinárias - responsáveis por alongar, artificialmente, a vida do indivíduo.

No mesmo sentido, Guimarães⁷⁹ diz que, em caso de paciente grave, com doença incurável e padecendo de profundo sofrimento e em estado terminal, “as medidas médicas aplicadas são sabidamente inócuas, causando adiamento desnecessário da morte, que de pronto ocorreria, a omissão médica caracteriza ortotanásia”. Segue afirmando que, se existem manobras médicas utilizáveis que prolongam a vida artificialmente, porém, ao mesmo passo, se implantadas, prolongam inutilmente o sofrimento do doente terminal irreversível - uma vez que haveria algum tempo a mais de vida até o seu fim natural - a omissão dessas manobras, antecipando o momento naturalmente certo da morte, consistiria em eutanásia passiva. O referido doutrinador⁸⁰ continua, então, explicando o que entende como a principal diferença entre ortotanásia e eutanásia passiva:

O problema, no entanto, poderia ser resolvido mesmo pela existência ou não de tratamento médico disponível que alongasse artificialmente a vida do doente. Se houvesse a antecipação do desfecho letal em relação ao seu termo naturalmente certo, a omissão desse tratamento consistiria em eutanásia passiva, caso contrário, em ortotanásia. Assim, se o tratamento fosse inócuo e apenas retardasse a morte desnecessariamente, prolongando-se a agonia de forma artificial, a omissão ou suspensão de manobras médicas configuraria ortotanásia; se houvesse medida médica possível dirigida ao paciente, sem prolongamento meramente artificial da vida, e a inação antecipasse o fim do período vital natural, haveria caso de eutanásia passiva.

Guimarães se preocupa ainda em esclarecer que, ao falar em medida médica disponível ao paciente, não está tratando de alguma técnica que cure sua patologia, pois se tal terapia existisse, estariam descartadas tanto a eutanásia quanto a ortotanásia. De acordo com o autor, se faz mister esclarecer que “qualquer medida médica a ser tomada nesses casos, diante da acepção primeira da expressão ‘estado terminal’, indicaria ausência de benefício ao paciente, pois seria inócua, já que a partir desse estágio final não existiria retorno”.

⁷⁹ GUIMARÃES, 2011, p. 132.

⁸⁰ GUIMARÃES, Loc cit.

Assim, se o paciente realmente se encontra em estado terminal, não existe terapia benéfica propriamente dita, uma vez que, para ele, todo tratamento seria, de fato, inócuo. Então, qualquer terapêutica aplicada ao doente terminal seria paliativa e somente teria sentido em se estabelecer e manter tais recursos terapêuticos se houvesse o escopo de controlar a dor (benefício relativo), pois seriam ineficazes para reverter o estágio final da doença (benefício em sentido estrito). Por conseguinte, se o requisito “paciente em estado terminal” estivesse ausente, a figura da ortotanásia - bem como a da eutanásia passiva - se descaracterizaria.

Situações como a que se acaba de descrever (omissão ou retirada de terapia em pacientes não terminais) não se confundem com a ortotanásia, nem com a eutanásia passiva, já que nelas a omissão médica se dirige ao doente terminal que padece de mal grave sem cura. E assim continua:

Tais situações, de se repisar, não se confundem com a ortotanásia porque nesta a omissão médica se dirige ao doente que padece de mal grave sem cura, estando sob forte sofrimento, mas com a presença do estado terminal, sendo inócuo o tratamento médico. Advém o evento morte, assim, sem abreviar-se o momento em que naturalmente ocorreria o desfecho letal. A eutanásia passiva se configuraria na mesma hipótese, mas com o evento morte antecipado, não tendo sido utilizada medida médica que, a despeito da irreversibilidade e da proximidade do fim, poderia fazer com que o momento da morte fosse postergado até o instante em que o fim natural ocorreria.

No campo jurídico-penal, diante do que se apreciou, a ortotanásia não poderia ser punida, eis que a morte provocada pela omissão se dera no momento da morte natural, sem antecipação, portanto⁸¹.

Já para Santos apud Cabette⁸², a ortotanásia se caracteriza apenas se há um quadro marcado pela irreversibilidade da chegada da morte. Nesses casos, a ajuda médica à morte aconteceria sem encurtamento do período natural de vida.

Dessa feita, enquanto na eutanásia a morte é consequência de um ato praticado voluntariamente por médico, na ortotanásia, o seguimento natural da doença e seu agravamento são independentes de suas ações ou omissões. Assim, o alicerce fundamental da ortotanásia é a inutilidade absoluta de intervenções médicas excepcionais para evitar a morte do doente: esta é, de fato, inevitável.

Entende-se, desse modo, que a ortotanásia deve ser compreendida de forma bastante restrita, não admitindo, de maneira alguma, a antecipação do evento óbito. O que esse instituto busca é evitar o encarniçamento terapêutico, adotando técnicas de amparo menos agressivas ao doente terminal e impedir que lhe sejam aplicados métodos hostis, embora inócuos.

⁸¹ GUIMARÃES, 2011, p. 134.

⁸² CABETTE, 2009, p. 25.

Por isso, é mister pensar sobre a conveniência da aplicação do chamado encarniçamento terapêutico, como resultado da imprudência e ausência de reflexão sobre o imperativo tecnológico (que dita a ordem taxativa, embora eticamente incorreta: se há a possibilidade técnica de manter a vida, isso deve ser feito de forma imperativa e categórica e em toda situação). É imperioso deliberar em certos casos, conforme já exposto no tópico anterior (Distanásia, tratamento fútil e obstinação terapêutica), sobre a denominada “limitação do esforço terapêutico”, que se funda na manutenção dos cuidados paliativos e na interrupção dos meios extraordinários para a conservação da vida.

É necessário, então, para o pleno entendimento da matéria aqui abordada, definir o que são cuidados paliativos, tendo em mente que seu conceito se modificou e evoluiu no decorrer da história, à medida que a filosofia deste tipo de cuidado foi sendo desenvolvida em várias regiões do mundo. A definição de cuidado paliativo não teve como referência um órgão, uma idade, um tipo de doença ou uma patologia, mas a avaliação de um provável diagnóstico e as necessidades especiais da pessoa doente e de sua família. Antes, os cuidados paliativos eram entendidos como aplicáveis exclusivamente no momento em que a morte era iminente. Atualmente, os cuidados paliativos já são oferecidos mesmo no estágio inicial de doenças progressivas, avançadas e incuráveis.

Em 1990, a Organização Mundial da Saúde conceituou Cuidado Paliativo como o cuidado ativo total de pacientes cuja doença não responde mais ao tratamento curativo, tendo o controle da dor e de outros sintomas e problemas de ordem psicológica, social e espiritual como prioritários. O objetivo dos Cuidados Paliativos é proporcionar a melhor qualidade de vida para os pacientes e seus familiares⁸³.

Esta definição é interessante por focar no paciente e enfatizar a natureza multifacetada da condição humana, apontando a qualidade de vida como seu objetivo primordial. Todavia, pode-se criticar o uso do termo “curativo”, já que muitas condições crônicas não podem ser curadas, mas podem ser compatíveis com uma expectativa de vida de várias décadas, sendo o paciente portador de uma enfermidade crônica, portanto, também alvo e merecedor de cuidados paliativos.

Assim, em 2002, a OMS redefiniu a noção de Cuidados Paliativos, enfatizando a prevenção do sofrimento. Desse modo, hodiernamente, o cuidado paliativo é entendido como uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes, e de suas famílias, que enfrentam problemas associados com doenças que ameaçam a vida, mediante a prevenção e

⁸³ PESSINI, Leo. **Cuidados paliativos**: alguns aspectos conceituais, biográficos e éticos. Disponível em: <<http://www.praticahospitalar.com.br/pratica%2041/pgs/materia%2021-41.html>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

alívio do sofrimento, por meios de identificação precoce, avaliação correta e tratamento eficaz da dor e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual⁸⁴. Almeida⁸⁵ enumera alguns princípios básicos do cuidado paliativo, tais como:

a) Prevenir ou aliviar a dor e outros sintomas do paciente, bem como seu estado de desamparo. São buscados o alcance e a manutenção de um nível ótimo de dor e administração dos sintomas, o que exige uma avaliação detalhada de cada doente, levando em conta sua anamnese, seu exame físico e outros exames, se apropriado. Os doentes devem ter acesso imediato a toda medicação necessária;

b) Fortalecer e resgatar a autonomia do doente.

c) Valorizar a vida e entender o morrer como um processo normal, enfrentando o fim da vida com dignidade e paz. A morte é uma realidade inescapável para todos, por isso, os pacientes que solicitam Cuidados Paliativos não devem ser vistos como resultado de falhas médicas. Os Cuidados Paliativos tentam assegurar que os doentes sejam capacitados e encorajados a viver de forma útil, produtiva e plena até o momento de seu óbito. Enfatiza-se a importância da reabilitação, em termos de bem-estar físico, psíquico e espiritual, que não pode, de maneira alguma, ser negligenciada;

d) Não buscar apressar a morte, tampouco encará-la como sinal de fracasso da equipe. As medidas ministradas como os cuidados paliativos não devem servir para abreviar a vida, do mesmo modo que as novas tecnologias, disponibilizadas pela medicina moderna, não devem ser aplicadas para prolongar a vida de forma não natural. Os médicos não têm obrigação de continuar tratamentos que são considerados fúteis e excessivamente onerosos para os pacientes. Do mesmo modo, os pacientes podem recusar tratamentos médicos. Quando são implantados cuidados paliativos, o escopo é assegurar a melhor qualidade de vida possível ao enfermo. Quando o processo da doença conduz a vida a seu final natural, os doentes precisam receber conforto físico, emocional e espiritual. Atente-se ao fato de que a eutanásia e o suicídio assistido não estão incluídos em nenhuma definição de cuidados paliativos.

e) Integrar os aspectos psicológicos e espirituais nos cuidados ao paciente e família. O cuidado físico é de vital importância, mas, sozinho, não é suficiente. A pessoa humana não se reduz a uma mera entidade biológica.

⁸⁴PESSINI, Loc. cit.

⁸⁵ALMEIDA, Alexander Moreira de. Suicídio assistido, eutanásia e cuidados paliativos. In: MELEIRO, A. M. A. S.; TENG, C. T.; WANG, Y. P. (Eds.) **Suicídio**: estudos fundamentais. São Paulo: Segmento Farma, 2004. p. 207-215. Disponível em: <<http://www.hoje.org.br/site/arq/artigos/20050401-in-draa-Eutanasia.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

f) Apoiar o paciente a viver o mais ativamente possível até a seu falecimento. O paciente, então, estabelece os objetivos e prioridades. O papel do profissional da saúde é tão-somente ajudar o paciente a atingir a meta traçada. É importante perceber que as prioridades de um paciente podem se modificar completamente no decorrer do tempo. Por isso, o profissional de saúde deve estar consciente dessas mudanças e responder a elas de modo adequado.

g) Oferecer um sistema de apoio à família para lidar com a doença do paciente e com luto. A família é uma unidade, portanto, seus membros também terão suas dificuldades, que devem ser identificadas e trabalhadas. O trabalho em relação ao luto se inicia bem anteriormente ao momento da morte do doente.

h) Abordagem interdisciplinar e abrangente para atender às necessidades dos pacientes e familiares, o que exige um trabalho em equipe. É evidente que a equipe central (composta por médico, enfermeira, assistente social) não pode, sozinha, prover todo o cuidado necessário ao paciente e à sua família. É preciso, outrossim, a colaboração de uma gama maior de profissionais da área médica, da enfermagem, da psicologia e outros aliados. Para que esta equipe trabalhe de forma coesa, é realmente importante que os objetivos sejam partilhados, bem como que haja meios eficazes para sua efetivação.

i) Melhorar qualidade de vida e influenciar positivamente o curso da doença. Na questão da qualidade de vida, é interessante ressaltar que não se pode reconhecê-la, simplesmente, em uma medida de conforto físico ou de capacidade funcional. Muito mais, qualidade de vida é algo que apenas pode ser conceituado pelo indivíduo doente. Além disso, é algo que pode se modificar dramaticamente ao longo do tempo.

j) São aplicáveis desde o princípio da doença, em conjunto com terapias para prolongar a vida. Historicamente, os cuidados paliativos são associados aos cuidados oferecidos a doentes de câncer próximos da morte. No entanto, é reconhecido que os cuidados paliativos têm muito a oferecer aos pacientes - e a seus familiares - ainda no estágio inicial da doença, pelo menos a partir do momento em que se atinge seu estágio avançado e sua progressão não pode ser evitada.

Assim, com o desenvolvimento dos cuidados paliativos no decorrer do tempo - tanto com o aparecimento de modificações filosóficas em seu conceito, quanto com o surgimento de novas técnicas a serem utilizadas com sucesso nos pacientes que deles necessitam - é importante ressaltar que se constata, na evolução dos Códigos de Ética Médica brasileiros, uma tendência à valorização da ortotanásia.

Antes, prevaleciam as regras que valorizavam e apoiavam atitudes distanásicas. Contudo, desde o Código de 1988, tem-se optado por uma postura diferente: valoriza-se a ortotanásia, em seu artigo 6º, quando se afirma não ser uma conduta ética aquela em que o médico aplique seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral.

Nesse mesmo sentido, observa-se o artigo 61, ditando que o médico não deve abandonar o paciente portador de moléstia crônica e incurável, devendo continuar a assisti-lo, para minorar seu sofrimento físico ou psíquico. O destaque dado ao aspecto psíquico do paciente mostra o cuidado em considerar a pessoa como um todo, holisticamente, ultrapassando a concepção biológica simplista de sofrimento, assim entendido como consequente de uma dor meramente física.

Já o artigo 57 consagra a obrigação do profissional da medicina de usar todos os meios diagnósticos e terapêuticos existentes e disponíveis. Todavia, determina, como critério para sua indicação, a possibilidade de promover o bem-estar do paciente, e não a possibilidade de curar a doença e vencer a morte através da técnica. Portanto, como o critério aqui mencionado é o benefício do indivíduo, deve-se sempre questionar se o adiamento indefinido do momento da morte é de seu interesse⁸⁶. Nesse diapasão, conclui Vieira⁸⁷, que:

Não se pode concordar com aqueles que confundem a ortotanásia com a eutanásia passiva, isto é, com a atitude de abreviar a vida do paciente através da supressão de tratamentos proporcionados e úteis, que poderiam propiciar o prolongamento da existência do doente de forma perfeitamente aceitável.

Na mesma linha de pensamento, Guimarães⁸⁸ comenta a Resolução 1805, do Conselho Federal de Medicina, que parece, em princípio, se limitar à condutas ortotanásicas. Entretanto, com uma interpretação mais abrangente, poderia abarcar até mesmo a eutanásia passiva:

Com efeito, o art. 1º da citada resolução traz permissão ao médico de limitar ou suspender, em aquiescendo o interessado ou quem o represente, procedimentos ou tratamentos que prolonguem a vida do doente terminal que padece de mal sem cura. É viável compreender-se, a partir de então, que a suspensão de procedimentos médicos, com o consequente não alongamento do período vital, pode (caracterizando a suspensão do tratamento uma prática eutanásica passiva) ou não (caracterizando-se a ortotanásia) estar abreviando o momento naturalmente determinado para o momento morte.

Nessa senda, tem-se que se o interesse fosse a defesa estritamente limitada à prática ortotanásica, poderia a norma, mais claramente, ligar de forma expressa a permissão da suspensão de tratamento aos casos em que o prolongamento da vida seria desnecessário, ineficaz e meramente artificial, sendo o momento imediatamente seguinte a essa suspensão coincidente com o termo naturalmente final da vida.

⁸⁶ VIEIRA, 2009, p. 247.

⁸⁷ Ibid., p. 106.

⁸⁸ GUIMARÃES, 2011, p. 134.

Portanto, as decisões de não-tratamento, de omissão ou de suspensão de suporte vital fútil ou desproporcional, sem alongamento artificial da vida e, ao mesmo tempo, sem antecipação do evento morte, não devem ser interpretados como condutas eutanásicas, porém como atos de exercício regular da medicina. Em virtude disso, tem-se preferido a expressão “condutas médicas restritivas” para indicação de condutas ortotanásicas, a fim de diferenciá-las dos atos que caracterizam a eutanásia passiva.

Por fim, deve-se enfatizar a ideia de que a ortotanásia está intimamente ligada à aceitação da morte, como fenômeno inerente à vida, à qual é permitido o seguimento de seu curso natural, sem que a utilização de métodos terapêuticos hostis, embora inócuos e ineficazes (ou seja, fúteis e desproporcionais) adiem, sem benefício algum e com a provocação de sofrimento inútil ao paciente terminal, o advento do óbito naturalmente inevitável.

3.1.4 Suicídio assistido

O suicídio assistido ocorre quando o indivíduo, que não consegue concretizar, sozinho, sua intenção de morrer, solicita o auxílio de outro sujeito para dar cabo de sua vida.

Por suicídio assistido, então, entende-se a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. Importante pontuar que o ato que provoca a morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro somente colabora com o ato, prestando informações ou disponibilizando os meios e condições necessárias à prática.

Assim, o suicídio assistido pelo médico somente ocorreria quando, intencionalmente, um profissional da medicina ajudasse determinada pessoa a dar fim à própria vida, providenciando os meios eficazes – como, por exemplo, drogas para autoadministração - para que o óbito fosse alcançado, em razão de um pedido voluntário e competente realizado pelo próprio indivíduo que deseja morrer e mediante ato executado por este último.

Em Oregon, nos Estados Unidos da América, o suicídio assistido por médicos é permitido legalmente desde 1995, com a promulgação do *Oregon Death With Dignity Act*. A lei admite que os médicos dêem assistência a seus pacientes terminais, prescrevendo doses letais de medicação quando existe o pedido de paciente competente para decidir. Um estudo recente de decisões judiciais mostra a possibilidade de estar nascendo uma jurisprudência que valida a extensão da prática para pacientes aos quais falte a capacidade de decisão, quer

tenham ou não manifestado sua vontade de realizar o procedimento antes de se tornarem incapazes⁸⁹.

O estudo supracitado revela que o assunto é bem controverso, havendo uma clara divisão de opiniões, favoráveis ou contrárias à liberação legal do suicídio assistido. Certamente, essa diversidade de ideias se deve ao pluralismo moral da sociedade contemporânea, que carece de parâmetros e critérios objetivos para definir seus limites e suas exigências éticas.

Recentemente, o tema do suicídio assistido voltou à baila, em virtude da aprovação da lei holandesa que o permite, mas somente quando o paciente tiver uma doença incurável e estiver com dores insuportáveis; além disso, o paciente deve ter pedido, voluntariamente, para morrer e o ato apenas poderá ser executado após a opinião de um segundo médico sobre o caso.

No meio médico, aqueles que defendem as correntes que privilegiam o princípio da autonomia individual sustentam que a decisão cabe à pessoa capaz. Já seus opositores baseiam suas opiniões na moral hipocrática, onde ao médico não é permitido, mesmo por demanda autônoma do paciente, realizar, intencionalmente, uma ação “maleficiente”, que resulte na morte do paciente⁹⁰.

Infelizmente, como efeito colateral, esse embate entre a “autonomia do paciente” e a “moral hipocrática” tem levado à ocorrência de práticas distanásicas em pacientes terminais, majorando e prolongando seu sofrimento de modo indesejável. Cabe, portanto, vencer o temor diante da discussão sobre o processo de morrer, embora se perceba o incômodo causado por ela à sociedade brasileira - que a evita - o que tem dificultado a assistência adequada aos pacientes terminais. Indubitavelmente, tais enfermos, sem possibilidades de cura, precisam – com a máxima urgência - que suas necessidades físicas, mentais, sociais e espirituais sejam levadas em conta por parte das instituições e dos profissionais de saúde. Essas necessidades demandam um redimensionamento ético, moral e jurídico, de acordo com o atual contexto histórico e social em que está inserida a pessoa humana, no seio de uma sociedade cada vez mais medicalizada.

⁸⁹ FORTES, Paulo Antônio. O suicídio assistido e o paciente terminal. **Rev. Assoc. Med. Bras.**, São Paulo, v. 47, n. 3, Sept. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2011.

⁹⁰ FORTES, 2001.

3.2 O momento da morte – critérios médicos e biológicos para sua determinação

Bem como a determinação do instante em que a vida se inicia, também a indicação do momento em que ocorre seu término é tema deveras controverso. Conceituar a morte não é fácil, já que ela é, ao mesmo passo, um fenômeno biológico e cultural.

A morte, geralmente, não é um evento instantâneo. Muito ao contrário, normalmente, é um processo lento e progressivo, que se alonga em determinado espaço de tempo. A definição do momento exato da morte, para as ciências médicas, é tão somente uma convenção que considera um determinado ponto deste processo. Conforme entendimento de Calabuig citado por Lima⁹¹:

Quando a morte se produz, o corpo humano fica em estado inerte, sofrendo as influências de ordem física, química e microbiana do meio ambiente e inclusive de seu próprio meio interno. Porém nem todos os tecidos e sistemas orgânicos, nem todas as células, perdem suas propriedades vitais no momento em que a vida se extingue do organismo como um todo. Há graus de vida e há graus de morte; há morte total e morte parcial, que precede sempre àquela, por estar o corpo constituído por sistemas de resistência vital diferente. Porém, de qualquer jeito, umas partes morrem antes e outras depois, finalmente todo o organismo consome suas reservas vitais e a morte total, definitiva, irreversível, instaura-se nele. O corpo, neste estado, recebe o nome de cadáver.

Nesse diapasão, no curso da história, foram estabelecidos pela medicina diversos critérios para definir o momento do término da vida, ou seja, o instante dentro da linha do tempo no decurso do processo de morrer em que se pudesse considerar que o óbito, enfim, se sucedeu.

No entanto, para que se entenda melhor a gama de critérios médicos e biológicos estabelecidos como definidores da ocorrência da morte do ser humano, mister que se faça, nesse momento, uma pequena digressão, para discorrer - de forma bem sucinta, mas suficiente à adequada compreensão do presente estudo - sobre algumas noções de anatomia e fisiologia humana. Essa breve exposição é indispensável para que sejam bem compreendidos os significados de alguns termos e de determinadas expressões pertencentes tipicamente ao universo médico – e tão estranhos ao vocabulário jurídico - que serão utilizados posteriormente no presente trabalho.

⁹¹ LIMA, 2008, p. 79.

3.2.1 Noções elementares de anatomia e fisiologia do sistema nervoso

A fim de que se compreenda apropriadamente o tema acerca do qual se discute, é fundamental que sejam expostas algumas noções elementares da anatomia e da fisiologia do Sistema Nervoso Humano, uma vez que, atualmente, os critérios que definem a morte estão - quase que absolutamente - atrelados às estruturas que o compõem. Segundo lição de Machado⁹²:

O sistema nervoso é um todo. Sua divisão em partes tem um significado exclusivamente didático, pois as várias partes estão intimamente relacionadas do ponto de vista morfológico e funcional. O sistema nervoso pode ser dividido em partes, levando-se em conta critérios anatômicos, embriológicos e funcionais. Existe ainda uma divisão quanto à segmentação, que é muito didática.

Com base em critérios anatômicos, o sistema nervoso se divide em Sistema Nervoso Central - composto pelo encéfalo e pela medula espinhal - e Sistema Nervoso Periférico - constituído pelos nervos espinhais e cranianos, pelos gânglios e pelas terminações nervosas. (Anexo A).

O sistema nervoso central (mais relacionado ao objeto deste estudo) é composto pelo encéfalo e pela medula espinhal (Anexo A), estruturas localizadas, respectivamente, dentro da cavidade craniana e do canal vertebral; essas duas últimas estruturas, em conjunto, formam o chamado esqueleto axial. Já o sistema nervoso periférico é constituído por todo o restante das estruturas nervosas, localizadas fora deste esqueleto.

O encéfalo é a porção do Sistema Nervoso Central (SNC) localizado no interior do crânio, sendo contíguo à medula, que fica no canal vertebral. O encéfalo e a medula compõem o neuro-eixo. O encéfalo é composto pelo cérebro, pelo cerebelo e pelo tronco encefálico. Já este último é constituído pelo mesencéfalo, pela ponte e pelo bulbo (anexo A). Conforme didática explicação de Machado⁹³:

No homem, a relação entre o tronco encefálico e o cérebro pode ser grosseiramente comparada à que existe entre o tronco e a copa de uma árvore. A ponte separa o bulbo (ou medula oblonga), situado caudalmente, do mesencéfalo, situado cranialmente. Dorsalmente ao bulbo localiza-se o cerebelo. (Anexo A).

Nervos são cordões esbranquiçados que ligam o SNC aos órgãos periféricos. Se o nervo se liga ao encéfalo, fala-se de nervo craniano. Já se a união se faz com a medula, são chamados de nervos espinhais. Na extremidade das fibras que constituem os nervos estão as

⁹² MACHADO, Ângelo. **Neuroanatomia funcional**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2006. p. 11.

⁹³ MACHADO, 2006, p. 11-12.

terminações nervosas que, funcionalmente, podem ser de duas espécies: sensitivas (ou aferentes) ou motoras (ou eferentes).

Há também uma classificação do sistema nervoso, baseada em *critérios funcionais*, que o divide em sistema nervoso da vida de relação ou somático (que relaciona o indivíduo com o meio ambiente) e sistema nervoso da vida vegetativa ou visceral (que é responsável pelo controle das estruturas viscerais, mantendo a constância do meio interno). Exibem um componente aferente (que conduz os impulsos, originados em receptores periféricos, até os centros nervosos, informando-os do que ocorre no meio ambiente) e um eferente (que leva o impulso dos centros nervosos ao destino esperado, como, por exemplo, aos músculos esqueléticos, dando origem aos chamados movimentos voluntários).

Também é interessante falar da divisão do Sistema Nervoso em segmentar e supra-segmentar, com base no critério de segmentação ou metameria. Segundo essa classificação, pertencem ao sistema nervoso segmentar todo o sistema nervoso periférico, junto a todas as porções do sistema nervoso central que estejam em relação direta com os nervos típicos, isto é, a medula espinhal e o tronco encefálico. Por exclusão, restam o cérebro e o cerebelo como componentes do sistema nervoso suprasegmentar. Essa classificação coloca em evidência as semelhanças estruturais e funcionais existentes entre a medula e o tronco encefálico (órgãos do sistema nervoso segmentar) em contraposição ao cérebro e ao cerebelo (estruturas do sistema nervoso suprasegmentar). Outrossim, importante ressaltar que, na evolução, o sistema nervoso segmentar surgiu antes do suprasegmentar, sendo funcionalmente subordinado a este último.

Essa última classificação é de grande importância para analisar morfofuncionalmente o sistema nervoso e entender as respostas do organismo a determinados estímulos. Por exemplo: se algo muito quente toca a mão de um indivíduo, os receptores (terminações nervosas) daquele local de sua pele darão origem a um impulso nervoso que será transmitido através dos nervos sensitivos até os neurônios sensitivos da medula ou do tronco encefálico (sistema nervoso segmentar). No interior da medula ou tronco encefálico, os neurônios sensitivos se ligam a neurônios motores, que levarão o impulso ao músculo responsável por retirar a mão de perto da agressão, rápida e involuntariamente. A retirada da mão é reflexa e independe da sensação de dor ou até mesmo da consciência de que aquele fato aconteceu.

Importante ressaltar que tanto a sensação de dor quanto a consciência do ocorrido somente se concretizam se o cérebro receber alguma informação relativa ao episódio, sob forma de impulso nervoso. No exemplo relatado, é conveniente que o sistema nervoso

suprasegmentar tome conhecimento da agressão, a fim de que o indivíduo possa tomar alguma providência, como cuidar da queimadura.

Desta forma, assim que o impulso chega aos neurônios sensitivos medulares ou encefálicos, ele se divide para prosseguir em duas direções. Parte do impulso, como já vimos, vai diretamente aos neurônios motores (medulares ou do tronco encefálico) para formar o chamado “arco-reflexo”, chegando, deste modo, ao músculo esquelético responsável pelo movimento necessário à defesa imediata do organismo, o que faz o indivíduo retirar a mão o mais rapidamente possível do local da agressão. (Anexo A). Todavia, parte do impulso também é conduzido - através de neurônios de associação, localizados no sistema nervoso segmentar - por feixes de fibras ascendentes, até o sistema nervoso suprasegmentar.

No momento em que o impulso nervoso chega ao cérebro (e apenas a partir deste momento) se torna possível a consciência do que aconteceu, através da interpretação daquele impulso como dor.

Então, para que o indivíduo possa executar os atos motores voluntários necessários à execução das medidas que devem ser tomadas para o cuidado da mão machucada, os neurônios do córtex cerebral transmitem uma “ordem” sob forma de impulso nervoso, através de um feixe de fibras descendentes, aos neurônios motores localizados no sistema nervoso segmentar. Estes, por sua vez, conduzem o impulso até os músculos para que os movimentos voluntários (desejados conscientemente, ao contrário dos decorrentes de arco reflexo) sejam corretamente realizados. A coordenação desses movimentos é executada pelo cerebelo, que recebe informações – por meio do sistema nervoso segmentar – sobre o grau de contração dos músculos, por exemplo, e envia, mediante vias descendentes complexas, impulsos capazes de coordenar a resposta motora.⁹⁴

Enfim, após essa exposição muitíssimo resumida sobre a anatomia e a fisiologia do sistema nervoso humano (uma vez que seu único objetivo seria abordar, de modo bem pontual e específico, aspectos estritamente necessários à compreensão do conceito de morte, adotado hodiernamente, no meio médico e no meio jurídico), pode-se iniciar a explanação referente à evolução histórica da definição do momento do óbito, desde a utilização da parada cardiorrespiratória como único requisito imprescindível a seu estabelecimento, até o uso de critérios mais complexos, relacionados intimamente à atividade do SNC, para a determinação do instante em que o falecimento do ser humano, efetivamente, ocorre.

⁹⁴ MACHADO, 2006, p. 14.

3.2.2 Critérios médicos para a determinação do momento da morte: evolução histórica

Durante séculos, foi válido o critério da parada cardiorrespiratória para o diagnóstico da morte humana. A morte cardiopulmonar era facilmente identificada como marco para o óbito, porque a cessação irreversível das funções cardiorrespiratórias significava, certamente, a morte para todos os órgãos - inclusive o cérebro - dentro de um curto período de tempo.

Contudo, na década de cinquenta, com o surgimento das Unidades de Terapia Intensiva (UTI), a introdução de aparatos capazes de manter as funções vitais - ventilação e circulação - passou a permitir a preservação de órgãos ainda não comprometidos, por manter o fluxo sanguíneo e seu suprimento de oxigênio⁹⁵.

Entretanto, como os respiradores não conseguiam manter o cérebro sem lesões, nasceram questões éticas e legais quando pacientes com perda total da função cerebral passaram a ser mantidos, respirando artificialmente em seus leitos, por longos períodos de tempo. O dilema surgiu porque, baseados no critério tradicional da parada respiratória como definidor do momento da morte, estes pacientes ainda eram considerados vivos; no entanto, continuar com todo aquele suporte artificial à “vida” já não geraria mais nenhum ganho real para o paciente.

A tradicional definição de morte como parada cardiorrespiratória passava a ser, então, reavaliada. Surgiam dificuldades em delimitar as últimas fronteiras da vida. Viver não mais poderia ser considerado, tão-somente, como manter os sinais vitais - circulação e respiração – em atividade, pois máquinas, naquele momento, já poderiam substituir estas funções, que normalmente seriam exercidas pelo organismo biologicamente ativo. Assim, com o progressivo entendimento de sua fisiologia, tornou-se óbvio que a vida humana era intrinsecamente ligada à função neurológica.

Assim, entendeu-se que havia três elementos intimamente ligados à manutenção da vida: a função cardíaca, a função respiratória e a função neurológica. Logo depois, chegou-se à conclusão de que, desses três elementos clássicos, a função neurológica era a chave-mestra responsável pela manutenção de todos os outros em funcionamento. As duas outras funções (cardíaca e respiratória) eram elementos secundários e participavam do diagnóstico do óbito tão-somente por causa dos efeitos que a cessação da função neurológica desencadeava em sua atividade⁹⁶.

⁹⁵ PERICAS, 2008, p. 409.

⁹⁶ PERICAS, Loc cit..

Em 1968, um comitê da Escola de Medicina de Harvard foi um dos primeiros a formalmente advogar uma nova definição de morte, baseada em critérios neurológicos. O comitê recomendou que a morte fosse declarada antes que as medidas de suporte artificial da vida fossem retiradas, quando o paciente se encontrasse no estado de “coma irreversível” e enumerou uma série de critérios para que esse estado - de “coma irreversível” - fosse identificado⁹⁷.

O “coma irreversível” foi, então, conceituado como um estado de não receptividade e irresponsividade, sem nenhum movimento, respiração ou reflexos, acompanhados por um eletroencefalograma plano, implicando a perda da função integradora do organismo como um todo, por parte do sistema nervoso central, incluindo o comprometimento de todo o encéfalo: do tronco encefálico e das funções neocorticais (ou cerebrais propriamente ditas).

A recomendação do comitê era, portanto, que ausência completa e absoluta de função encefálica espontânea fosse reconhecida como equivalente à morte cardiorrespiratória, o que ficou conhecido como “*whole brain death criterion*” (critério da morte completa do cérebro ou abolição total da função cerebral, em uma tradução literal). Segundo este critério, não poderia haver nenhum sinal de atividade de todo o encéfalo (cerebral ou do tronco encefálico) para que a morte fosse declarada.

Todavia, é relevante observar que aqui se fala, em verdade, de “morte encefálica”, querendo significar, de fato, a morte do encéfalo. Por sua vez, encéfalo se refere, anatomicamente, a todas as estruturas que existem dentro do crânio (hemisférios cerebrais, cerebelo e tronco encefálico). A expressão “morte cerebral” é, portanto, nesse caso, uma má tradução do inglês, já que cérebro, em português, se refere apenas aos próprios hemisférios cerebrais e não às demais estruturas componentes do encéfalo (cerebelo e tronco encefálico)⁹⁸.

Assim, passou a ser adotado, paulatinamente, em quase todo o mundo, o critério da abolição total da função encefálica, conhecido como “morte cerebral” (apesar da tradução inadequada), “morte encefálica” ou “*whole brain death criterion*”, para o estabelecimento do instante a partir do qual um indivíduo poderia ser considerado clinicamente morto. Desse momento em diante, estariam autorizados: tanto o desligamento dos aparelhos responsáveis pela manutenção da respiração e da circulação do paciente, quanto a retirada dos órgãos cuja doação estivesse autorizada.

Nesse ponto, é deveras importante dar relevo à informação de que o conceito de morte encefálica não nasceu para beneficiar o transplante de órgãos, mas, bem antes disso, foi

⁹⁷ PERICAS, 2008, p. 410.

⁹⁸ Ibid., p. 412.

uma consequência da evolução dos cuidados médicos intensivos e dos mecanismos que envolvem a fisiologia humana⁹⁹. De acordo com esse ponto de vista, lição de Correa Neto¹⁰⁰:

Todavia, para neurologistas, intensivistas e outros médicos assistentes de pacientes com lesões cerebrais graves, reduzir o benefício do desenvolvimento do conceito de morte encefálica à possibilidade de doação de órgãos é desprezar o acréscimo ao respeito à dignidade do morto e seus familiares e amigos nestas situações. O estabelecimento do prognóstico ruim, evita o tratamento fútil, minimiza a distanásia e encurta verdadeiros velórios nas UTIs.

Três anos depois, Mohandas e Chou publicaram um estudo no qual expuseram aquilo que, mais tarde, se conheceria como “Critérios de Minnesota”. Nesse trabalho, reconheceu-se que o tronco encefálico (este, sim, e não necessariamente todas as estruturas componentes do encéfalo) seria o elemento decisivo no diagnóstico da morte encefálica. Constatou-se que o ponto chave, de onde seria impossível se retornar à vida – *point of no return* - seria a existência de dano irreversível do tronco encefálico (também chamado de tronco cerebral), e não das demais estruturas encefálicas. A “morte encefálica” seria, portanto, exclusivamente, a morte do tronco encefálico¹⁰¹. Correa Neto¹⁰² reforça esse entendimento, com um breve histórico da conceituação de morte encefálica:

Depois da descrição de Mollaret e Goulon, o primeiro conjunto de critérios de ME foi publicado por Schwab *et al.* em 1963, incluindo ausência de respiração espontânea por 30 minutos, ausência de reflexos tendíneos de qualquer natureza, ausência de reflexos pupilares, ausência de reflexo óculo-cardíaco e 30 minutos de eletroencefalograma (EEG) isoeletrico. Segundo Diringer e Wijdicks, em 1966, nos anais de um simpósio da Fundação Ciba sobre transplantes de órgãos, Murray propôs critérios parcialmente diversos, incluindo midríase completa bilateral, ausência completa de reflexos em resposta à dor, ausência completa de respiração por cinco minutos, hipotensão levando a necessidade de doses crescentes de vasopressores, e EEG isoeletrico por algumas horas. Em 1968 foram publicados os critérios do Harvard Medical School ad hoc Committee to Examine the Definition of Brain Death, uma comissão criada com o objetivo de estabelecer o coma irreversível como um novo critério de morte. Os chamados critérios de Harvard incluíam coma aperceptivo e arresposivo, ausência de reflexos e de quaisquer movimentos após uma hora de atenta observação, ausência de respiração após três minutos de desconexão do respirador, EEG isoeletrico, exclusão de hipotermia (abaixo de 32,2° C) e uso de depressores do sistema nervoso central, sendo necessária a repetição dos testes clínicos em 24 horas. **Em 1971 o Minnesota Code of Brain Death Criteria incluiu a necessidade de diagnóstico de lesão intracraniana irreparável e a exclusão de causas metabólicas, reduziu o tempo de observação para 12 horas, estabeleceu quatro minutos de desconexão do respirador sem movimentos respiratórios para a apneia, e restringiu a necessidade de arreflexia aos arcos que passassem pelo tronco cerebral, salientando pela primeira vez, que a lesão desta região seria o momento da irreversibilidade ("It's the point of no return")**. A esse respeito, em 1976, o Reino Unido publicou seus critérios de

⁹⁹ PERICAS, 2008, p. 409.

¹⁰⁰ CORREA NETO, Ylmar. Morte encefálica: cinquenta anos além do coma profundo. **Rev. Bras. Saúde Mater. Infant.**, Recife, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 ago. 2011.

¹⁰¹ PERICAS, Op. cit., p. 410.

¹⁰² CORREA NETO, 2011.

morte do tronco cerebral, não morte cerebral ou encefálica, considerando que a perda do tronco, sede de diversas funções vegetativas e da substância reticular ascendente, responsável pelo despertar da consciência, equivaleria a morte. Neste documento do Reino Unido, também pela primeira vez, passou-se a exigir a documentação do aumento da pCO₂, principal estímulo respiratório, para validação da apneia. (grifo nosso).

Em 1981, veio o passo seguinte na evolução do conceito de morte encefálica. Foi proposto o “*Uniform Determination of Death Act*”, depois de um estudo feito pela *President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*, cujos participantes eram especialistas em neurologia, neurocirurgia, medicina interna, medicina intensiva, medicina forense e legal¹⁰³.

Esse documento foi aprovado, no Havaí, pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* - com recomendação para utilização em todos os estados norte-americanos - e depois ratificado tanto pela *American Medical Association*¹⁰⁴ quanto pela *American Bar Association*¹⁰⁵. Nele, firmou-se o entendimento de que o indivíduo está morto quando lhe houver sobrevindo ou a parada mantida e irreversível de suas funções respiratória e circulatória, ou a cessação mantida e irreversível de todas as funções encefálicas incluindo as do tronco cerebral. Igualou-se, desse modo, na legislação americana, a morte encefálica à morte cardiorrespiratória¹⁰⁶.

A determinação da morte deveria, desse modo, se realizar de acordo com os critérios médicos estabelecidos. E essa definição faz referência à morte encefálica como a perda irreversível de função de todas as estruturas intracranianas situadas acima do forame magno, considerando então, como requisitos para determinação da morte encefálica, tanto a morte do córtex cerebral e como a do tronco encefálico em si¹⁰⁷.

Neste documento, salienta-se que critérios utilizados pelos médicos para determinação da morte devem: a) eliminar erros na classificação de indivíduos vivos como mortos; b) permitir o mínimo possível de erros em classificar corpos mortos como vivos; c) permitir que a determinação seja feita sem atraso não razoável; d) ser adaptáveis à variedade de situações clínicas e; e) ser explícitas e acessíveis à verificação.

No mesmo documento, as diretrizes estabelecidas abrangem morte por parada, irreversível, de função cardiorrespiratória ou neurológica. No caso neurológico, considera-se

¹⁰³ PERICAS, 2008, p. 410.

¹⁰⁴ A maior associação médica dos Estados Unidos, representando a medicina norte-americana, cujo maior objetivo institucional é trabalhar em defesa da profissão, do médico e do paciente. Sua atuação é semelhante à do Conselho Federal de Medicina (CFM) no Brasil.

¹⁰⁵ Associação nacional de advogados dos Estados Unidos, com cerca de 400.000 membros, assemelhando-se, nas devidas proporções, à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), existente em nosso país.

¹⁰⁶ CORREA NETO, 2011.

¹⁰⁷ PERICAS, Loc. cit.

morto o indivíduo com cessação irreversível de todas as funções clinicamente avaliáveis do encéfalo, incluindo o tronco cerebral. Desse modo, para que se diagnostique o óbito, é preciso que haja coma profundo (aperceptivo e arreativo) que pode ser confirmado por eletroencefalograma (EEG) ou exame de perfusão (fluxo sanguíneo) cerebral, associado à ausência de reflexos de tronco cerebral e apneia, apesar de pCO₂ maior que 60 mm Hg, alcançável com dez minutos de desconexão do respirador.

A irreversibilidade é verificada de acordo com a causa do coma - irrecuperável e suficiente para justificar a disfunção - e por observação durante período adequado ou tentativa de tratamento. Em geral, o período de seis horas é o tempo de observação suficiente para os casos sem intoxicação, hipotermia ou choque (exceto quando se trata de crianças), quando confirmado por EEG. Em 1995, a *American Academy of Neurology* confirmou estes critérios, especificando a técnica do teste de apneia além de enumerar diversas observações clínicas possíveis que não invalidam o diagnóstico, tais como o sinal de Babinski, a pressão arterial normal, a ausência de diabetes insípido, entre outros¹⁰⁸.

Entretanto, esse novo critério para estabelecer o momento da morte (“*whole brain death criterion*”), mesmo com todos os requisitos descritos acima com certo grau de detalhamento, não resolvia a questão ética dos pacientes com lesão cerebral irreversível que conseguiam respirar sozinhos, sem o auxílio de suporte artificial. Esses pacientes eram diagnosticados como em estado vegetativo persistente (EVP) e não mais possuíam, em atividade, a função cerebral superior: aquela que controla as emoções, os sentimentos, a consciência e a cognição. Porém, esses indivíduos mantinham ao menos uma parte da função do tronco cerebral, responsável por reflexos e manutenção dos sinais vitais mais primários.

Segundo Pericas¹⁰⁹:

Esta situación clínica es una de las que mas problemas en el sentido de inquietud y desasosiego produce no solo a los médicos sino también a los familiares afectados. Mucho de estos pacientes son el resultado de terapias realizadas anteriormente de soporte vital como la RCP. Hemos comentado estos aspectos al inicio del capítulo. La realidad es que un porcentaje de pacientes tras una RCP correcta u otro tipo de enfermedades cerebrales quedan en un estado vegetativo. La pregunta en este tipo de pacientes es si se pueden considerar personas o no.

Atualmente, a definição de Estado Vegetativo Persistente (EVP) mais aceita é a de um quadro clínico caracterizado por absoluta ausência de consciência do doente – tanto em relação a si mesmo quanto ao ambiente que o rodeia - acompanhado por ciclos de sono-vigília e com preservação completa ou parcial das funções autônomas do hipotálamo e do tronco

¹⁰⁸CORREA NETO, 2011.

¹⁰⁹PERICAS, 2008, p. 402.

encefálico. Conforme Correia Neto¹¹⁰, Force publicou, em 1994, os critérios diagnósticos e prognósticos, bem como as diretrizes para o manejo clínico do EVP. Assim, os critérios diagnósticos para o Estado Vegetativo Persistente são os que se seguem:

- a) Ausência total de consciência do eu ou do ambiente circundante; impossibilidade de interação com o próximo (entendendo-se consciência como a capacidade de interagir com o ambiente ou experimentá-lo);
- b) Ausência de respostas sustentadas, reprodutíveis, intencionais e voluntárias a estímulos visuais, auditivos ou tácteis;
- c) Não existe evidência de linguagem compreensiva ou expressiva;
- d) Estado de vigília intermitente, manifestado pela existência de ritmo sono-vigília;
- e) Preservação suficiente das funções hipotalâmicas e troncoencefálicas;
- f) Incontinência esfíncteriana;
- g) Preservação variável dos pares de nervos cranianos e dos reflexos osteotendíneos¹¹¹.

Por conseguinte, observa-se que o diagnóstico do EVP é, em verdade, clínico.

As causas desta condição neurológica são, normalmente, os traumatismos crânioencefálicos, a isquemia ou anóxia cerebral (após ressuscitação cardiopulmonar), doenças degenerativas, massas intracranianas e malformações graves do sistema nervoso central¹¹².

O fenômeno descrito pode acontecer com certa frequência porque o tronco cerebral é mais resiliente a danos resultantes de privação de oxigênio que o cérebro, e pode, deste modo, sobreviver a injúrias que poderiam arruinar completamente este último.

No entanto, estes pacientes, apesar de seu estado de inconsciência, estão vivos conforme o critério de morte encefálica, dando origem a um perigoso meio-termo entre vida e morte, com o qual profissionais da área médica e estudiosos de bioética ainda estão se debatendo.

Nos dias atuais, o grande problema está radicado, especialmente, no prognóstico da situação aqui descrita, no grau de certeza de sua irreversibilidade. Esse prognóstico varia dramaticamente de acordo com a causa, se traumática ou anóxica em virtude de outras patologias. Se a razão de tal quadro neurológico for traumática, é preciso que doze meses se transcorram para que seja assegurado que o estado clínico vegetativo do paciente será, de fato,

¹¹⁰ PERICAS, 2008, p. 403.

¹¹¹ PERICAS, Loc. cit.

¹¹² PERICAS, Loc. cit.

permanente ou irreversível. Caso o motivo da situação clínica seja outro, que não trauma, será necessário aguardar apenas três meses para a determinação de sua irreversibilidade¹¹³.

Convivendo, cada vez mais frequentemente, com o quadro clínico e o prognóstico (muito ruim) de tais pacientes, os profissionais de saúde passaram a ter que decidir sobre o que fazer e que atitudes tomar em relação a eles, pois, apesar de completamente inconscientes, ainda eram considerados como pessoas vivas pela legislação. Refletindo sobre essa condição, percebeu-se que, talvez, tivesse chegado a hora de redefinir o momento da morte, tal como foi feito quando se modificou o critério da parada cardiorrespiratória para o da morte encefálica.

Assim, nasceu a ideia de um novo critério identificador do fenômeno morte: o “*higher brain death*” ou “morte neocortical”, onde se deixa de lado o sentido meramente biológico da vida, identificando-a com os aspectos ligados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressão de identidade da pessoa. Por isso, grande parte deste debate encerra a conceituação de “pessoa” - ou “personalidade” - pois apenas de acordo com a definição aceita socialmente para esta entidade, é que se pode construir adequadamente um conceito de morte: o equivalente ao desaparecimento da “pessoa”.

Bem, já foi dito que vida e morte compõem um único processo contínuo, gradual e complexo, em uma sucessão de acontecimentos conectados no tempo. Então, é claro que o conceito de vida ou de morte se insere em um dado instante cronológico dentro deste processo ou desenrolar biológico. Porém, a definição do exato momento da transição de ser vivo para não-vivo não se encontra mais no âmbito da biologia ou da medicina. É algo que ultrapassa essas fronteiras, necessitando de ajuda da filosofia, da ética, da lei e da própria cultura de determinada sociedade.

Citado por Franco¹¹⁴, Gracia reforça a importância da conceituação de “pessoa”, de sua identificação dentro dos padrões culturais de uma comunidade, para uma adequada definição de morte, ressaltando que:

A morte é um fato cultural, humano. Tanto o critério da morte cardiopulmonar, como o da morte cerebral e o da morte cortical são construções culturais, mas que não se identificam diretamente com a morte natural. Não há morte natural. Toda a morte é cultural. E os critérios da morte também o são. É o homem quem diz o que é a vida e o que é a morte. E pode ir mudando sua definição desses termos com o transcurso do tempo. Dito de outro modo: o problema da morte é um tema sempre aberto. É inútil pretender encerrá-lo de uma vez por todas. A única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões das opções e que atuemos com suma prudência. Os critérios da morte podem, devem e têm que ser racionais e prudentes; não podem nunca aspirar que sejam certos.

¹¹³ PERICAS, 2000, p. 404.

¹¹⁴ FRANCO, Alberto da Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 94, n. 833, p. 399-419, mar. 2005. p. 403.

Os defensores da proposta do uso da morte da função cerebral superior (ou morte neocortical), como critério para determinar o momento da morte, argumentam que vida, personalidade legal e consciência são termos sinônimos, já que, sem a consciência, tudo o que nos faz humanos está perdido. Quando a consciência está completamente abolida, a pessoa desaparece e o que permanece em seu lugar é tão somente o corpo biológico que a abrigou. Em concordância com esta posição, nos afirma Pericas¹¹⁵:

Es evidente que hasta el momento actual hay que considerar a estos individuos como personas tal como las leyes de nuestro país y de todo el mundo así lo consideran. Esto no es óbice para que se reflexione y de la misma manera que en su momento definimos la muerte encefálica, por todos aceptada, talvez ya ha llegado el momento de definir la muerte neocortical y considerar a estos individuos como cadáveres. Me resulta difícil considerar a pacientes sin funcionamiento de su corteza cerebral como personas, ya que lo de que estamos hablando se de seres vivos que han perdido la capacidad de raciocinio, personalidad, comunicación con el entorno, dolor, sensibilidad, etc... Individuos que son y serán incapaces de disfrutar y sufrir en la vida, de amar y ser amados, comprender y discernir y todo lo que uno quiera pensar. Si estos individuos son vivos que nadie lo niega, hay que discutir si son personas, posiblemente bajo el punto de vista legal así es, pero talvez hay que iniciar una profunda reflexión científica, moral y ética; tal como dice María Casado entendiendo la ética como una disciplina flexible y de nuestra época.

Portanto, sem medidas agressivas de suporte vital artificial, a maioria esmagadora dos pacientes em estado vegetativo persistente morre dentro de algum tempo do início desta condição. No entanto, os pacientes em estado vegetativo persistente não podem ser considerados mortos, sob o crivo dos critérios correntes de morte encefálica, pois, neles, há tronco cerebral funcionante, ao menos parcialmente.

No ano de 2001, uma publicação de grande prestígio no meio médico - a *New England Journal of Medicine* - afirmou que o termo morte cerebral seria impreciso e confuso, mas, por ser muito familiar às pessoas, seria difícil sua substituição por "*brain-based determination of death*", que pode ser traduzido em português como morte neurológica, um termo bem mais adequado para se falar sobre critérios de estabelecimento da morte de seres humanos¹¹⁶. A modificação da terminologia seria útil, portanto, para estabelecer a diferença entre o conceito de morte neurológica e os critérios utilizados para determiná-la.

Como conceito, a morte neurológica é a morte da pessoa, a impossibilidade de consciência. Sendo morte, é irreversível. Se há manutenção do organismo biologicamente ativo, esta é realizada artificialmente, com a ajuda de drogas e aparelhos. O termo

¹¹⁵ PERICAS, 2008, p. 405.

¹¹⁶ PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). *Physis*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, June 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 ago. 2011.

biologicamente ativo é utilizado aqui exatamente para evitar o vocábulo *vivo*, com seu paradoxo aparente entre pessoa morta e organismo vivo.

Todavia, ressalta-se que a contradição é apenas aparente, pois deve-se reforçar que organismo biologicamente ativo não significa, de modo algum, pessoa viva. Senão, vejamos, por exemplo: ao se examinar uma cultura de células humanas *in vitro*, observa-se, sem dúvida, células humanas vivas. No entanto, não temos aí uma pessoa viva ou um sujeito de direitos, apesar da singularidade do DNA do indivíduo que forneceu as primeiras células para a cultura ou da possibilidade teórica de o núcleo dessas células ser clonado, gerando, aí sim, uma pessoa.¹¹⁷

Por isso, a terminologia empregada ao se tratar de morte neurológica é bastante relevante, já que o conceito de células e tecidos vivos não corresponde ao conceito ético e filosófico de vida humana.

O diagnóstico de morte neurológica não equivale à morte de uma determinada parte do organismo, como sugerem, de forma confusa, os termos morte cerebral, morte encefálica e morte de todo o encéfalo (*whole brain death*). Morte neurológica significa morte da pessoa por inteiro.

A definição de morte neurológica como morte da pessoa é bem aceita em todo o mundo, por médicos, filósofos, teólogos e pessoas em geral. Além disso, não se alterou desde a primeira vez que foi utilizada. O que têm se modificado com o tempo, e ainda hoje são alvo de discussão, são os critérios para constatação desta morte neurológica.

A evolução histórica aqui exibida demonstra que o conceito de morte cerebral surgiu do coma irreversível e que seus critérios se transformam conforme o progresso do conhecimento sobre a neurofisiologia da consciência.

O coma é o estado mais avançado de alteração da consciência, no qual não há resposta a estímulos nem ciclo sono-vigília. O coma consiste, porquanto, na ausência de consciência. Deriva-se daí que a morte da pessoa equivale à impossibilidade de retorno da consciência.

Sabe-se que o sistema reticular ascendente ativador é que realiza a ativação do córtex cerebral, sendo a estrutura responsável pela manutenção do estado de consciência. Este sistema reticular - embora não esteja restrito somente a esta localização - situa-se, em grande parte, no tronco encefálico. Consequentemente, lesões irreversíveis do tronco encefálico

¹¹⁷ PENNA, 2005.

provocam dano importante ao sistema reticular ativador, impossibilitando a ativação do córtex cerebral e, com isso, o retorno da consciência nestes casos¹¹⁸.

Esta é a fundamentação de um dos critérios estabelecidos na teoria da “*whole brain death*”, em que não pode existir nenhum sinal de atividade no tronco encefálico a fim de que se possa declarar a morte de um indivíduo. De acordo com esta teoria, se houver qualquer sinal de atividade do tronco encefálico, supõe-se que ainda há possibilidade de ativação do córtex cerebral e, por conseguinte, retorno da consciência.

Contudo, é evidente que a destruição irreversível do córtex corresponde à mesma perda funcional em termos da consciência humana, mesmo que exista atividade do tronco encefálico. Afinal, que estrutura o sistema reticular ascendente ativaria nestas hipóteses? Esta é a base da tese da “*higher brain death*” ou morte neocortical, que sustenta o argumento de que, mesmo havendo função ativa do tronco encefálico, pode ser declarada a morte se for constatado dano cortical irreversível.

¹¹⁸ PENNA, 2005.

4 A EUTANÁSIA E O DIREITO

4.1 A eutanásia e direito comparado – breves incursões na legislação estrangeira

A análise de determinado tema jurídico, sob o ponto de vista do Direito Comparado, é de grande importância, pois ajuda sobremaneira a compreender melhor o modo através do qual se chegou ao atual entendimento da matéria examinada. Além disso, facilita a observação dos erros e acertos cometidos por outros povos em relação ao assunto estudado.

Recomenda-se, no entanto, cautela ao tentar-se transpor para certo país as soluções adotadas por ordens jurídicas externas, uma vez que o Direito de um povo está intimamente relacionado à sua cultura, à sua história, à sua religião, enfim, às suas concepções morais predominantes.

Assim, com o estudo da eutanásia sob a ótica do Direito Comparado, não se intenta, pura e simplesmente, importar as medidas tomadas por determinado ordenamento jurídico em relação ao assunto, sob pena de tais regulamentações serem incompatíveis com os princípios fundamentais vigentes no ordenamento jurídico pátrio. Não se trata de tomar para si, acriticamente, o pensamento estrangeiro referente às concepções jurídicas dominantes em relação à eutanásia, sem examinar se este é compatível com a realidade brasileira. Cuida-se, sobretudo, de aprender com a experiência alheia, a fim de que seja evitada a repetição inútil de erros cometidos no passado e de que sejam considerados, com maior atenção, os acertos perpetrados e a possibilidade de sua aplicação - onde, como, quando e se cabíveis - nas soluções jurídicas concernentes ao tema, a serem adotadas pelo Brasil.

4.1.1 Alemanha

Em 1935, entraram em vigor, na Alemanha, as Leis de Nuremberg, também chamadas de Lei de Proteção do Sangue e da Honra Alemã. Essas leis precederam a autorização de um programa que tendia a conceder aos doentes terminais o direito a por um ponto final a sofrimentos incontroláveis: a Autorização para o Programa de Eutanásia, que entrou em vigor em 1939. Em tal programa, seria permitida a determinados médicos a execução da “morte misericordiosa”, a ser aplicada em doentes incuráveis¹¹⁹. No entanto, essa

¹¹⁹ SÍNTESE das principais leis e decretos da política de Eugenia. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/eugenia5.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2012.

lei foi desvirtuada, colocando-se em prática, no regime nazista, a política da eugenia a fim de se realizar a, tão propagada por aquele regime, “limpeza racial”.

Esse desvirtuamento que ocorreu em um passado não tão distante é colocado como uma das justificativas dos que se opõem à eutanásia. Temendo o mesmo tipo de abuso em relação ao instituto, receiam que a denominação “eutanásia” seja utilizada como um eufemismo que permita a prática do homicídio em diversas situações e por motivos diferentes daqueles que, de fato, deveriam justificá-la, como a compaixão, a piedade, a misericórdia. Temem, assim, que a eutanásia, ao invés de opção, passe a dever.

Segundo Vieira, na Alemanha, atualmente, a eutanásia pode ser considerada homicídio privilegiado, sendo possivelmente enquadrada como “homicídio a pedido”, regulamentado no art. 216 do Código Penal, que estabelece que “se uma pessoa matar outrem determinada por expressa e séria petição deste, será punida com pena de prisão de seis meses a cinco anos”¹²⁰. Nesse caso, não é preciso que o ofendido esteja doente, mas apenas que haja o pedido ou a aquiescência do mesmo. Tem sua pena reduzida de seis meses a cinco anos em relação ao homicídio comum (art. 212 do Código Penal Alemão¹²¹).

Percebe-se, então, que no crime de “homicídio a pedido”, a legislação alemã fundamenta a atenuação da pena no consentimento ou petição do interessado, na aquiescência da vítima. Desse modo, segundo Guimarães¹²², como o princípio da autodeterminação é constitucionalmente garantido, tem “o consentimento, *in casu*, caráter justificante”.

Contudo, se além de a vítima solicitar a sua própria morte, ela também for portadora de doença incurável, é possível que a Corte diminua a pena ao mínimo. Nessa situação, o autor cumpriria somente um período muito pequeno de prisão, podendo, até mesmo, haver a concessão de *sursis* por um período de dois a cinco anos.

Vieira¹²³ relata que o suicídio foi, há muito tempo, descriminalizado na Alemanha. Por conseguinte, a pessoa que assistir a outra que se suicida não poderá ser punida, uma vez que a assistência ao crime depende “do caráter de comportamento do autor principal”

¹²⁰ § 216 *Tötung auf Verlangen*

(1) *Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.*

(2) *Der Versuch ist strafbar.* Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_216.html>. Acesso em: 03 fev. 2012.

¹²¹ § 212 *Totschlag*

(1) *Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.*

(2) *In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.* Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_212.html>. Acesso em: 06 fev. 2012.

¹²² GUIMARÃES, 2011, p. 248.

¹²³ VIEIRA, 2009, p. 145.

A autora fala também sobre a questão do tratamento médico para diminuir o sofrimento dos pacientes terminais que solicitam a administração de paliativos mais fortes que têm a possibilidade de encurtar a vida do doente. Diz que a jurisprudência alemã trata esses casos da seguinte forma: se o médico pretende apenas aliviar as dores do doente, não comete crime (mesmo que o médico saiba da possibilidade da medicação administrada reduzir o tempo de vida do paciente); já se o médico aplica o paliativo com a intenção de evitar o prolongamento do sofrimento, prevendo que a terapia aplicada vai reduzir a vida do doente, será considerado como homicida. Assim, a doutrinadora¹²⁴ conclui que:

... também na Alemanha existem correntes de ideias que buscam justificar a eutanásia como não sendo um atentado à vida humana, afirmando que o suicídio não é crime, mas direito de toda pessoa madura e capaz constituindo atitude humanitária o ato de provocar a morte daquele que deseja morrer por decisão livre. Embora esta constitua uma posição minoritária, a população alemã está cada vez mais tolerante em relação à prática da eutanásia ativa no que diz respeito às pessoas doentes, presumidamente incuráveis, gravemente doentes ou que perderam toda alegria de viver. Todavia, o estudioso prevê que dificilmente os alemães se mostrarão favoráveis a uma legislação outorgando poder para que algumas pessoas ou instituições pratiquem a eutanásia, especialmente em virtude da memória coletiva das atrocidades cometidas nas décadas de 30 e 40 na Alemanha, por alemães.

4.1.2 Argentina

Como na Argentina o respeito pela vida humana desde o instante da concepção é um princípio moral e jurídico fundamental, o Direito argentino não admite a eutanásia. Como a eutanásia não é prevista em um tipo penal específico, as situações eutanásicas podem ser tipificadas como os delitos de homicídio simples (art. 79 do Código Penal¹²⁵) ou de homicídio qualificado (art. 80, Código Penal¹²⁶) ou até de homicídio em estado de emoção violenta (art.

¹²⁴ VIEIRA, Loc cit.

¹²⁵ *ARTICULO 79. Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.* Disponível em:

<http://www.consejo.org.ar/Bib_elect/septiembre04_CT/documentos/L11179_2_1.htm>. Acesso em: 02 fev. 2012.

¹²⁶ *ARTICULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

1° A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.

2° Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3° Por precio o promesa remuneratoria.

4° Por placer, codicia, odio racial o religioso.

5° Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6° Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8° A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9° Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

81, inciso 1º, Código Penal¹²⁷). O suicídio assistido, outrossim, pode configurar o crime de instigação ou ajuda ao suicídio (art. 83, Código Penal¹²⁸).

Todavia, a lei Argentina não condena a ortotanásia, não proibindo que um indivíduo competente possa recusar determinado tratamento médico por entendê-lo como encarniçamento terapêutico. O direito de o doente recusar a obstinação terapêutica decorre da Lei 17.132 (em vigor somente em Buenos Aires) que regulamenta o exercício da Medicina. De acordo com essa lei, em seu art. 19, inc. 3, o médico deve respeitar a vontade do paciente no que diz respeito à negativa de tratar-se ou internar-se. Inclusive, em 1993, no caso Bahamondez – paciente, testemunha de Jeová, hospitalizado, mas que se recusava a receber transfusões de sangue – a Corte Suprema reconheceu a autonomia do paciente e seu direito a recusa do tratamento, fundamentado no art. 19 da Constituição Argentina, que reza que as ações privadas dos homens, que de nenhum modo ofendam a ordem e a moral pública, nem prejudiquem a um terceiro, estão somente reservadas a Deus, e isentas da autoridade dos magistrados e que nenhum habitante da nação Argentina será obrigado a fazer o que a lei não obriga, nem privado do que ela não proíbe.¹²⁹

O próprio Bahamondez, em texto de sua autoria, descreve o que sentiu ao ler o acórdão proferido pela Corte Suprema Argentina ao se manifestar sobre a contenda em que se discutia a legitimidade do direito do paciente à escolha do tratamento a que devesse ser - ou não - submetido, ainda que acometido por quadros clínicos cuja possibilidade de óbito se mostrasse considerável, caso o doente optasse por não aderir ou não se sujeitar aos procedimentos terapêuticos indicados pelos médicos (no caso específico, foi questionado se a

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación). Cuando en el caso del inciso primero de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años. Disponível em: <http://www.consejo.org.ar/Bib_elect/septiembre04_CT/documentos/L11179_2_1.htm>. Acesso em: 02 fev. 2012.

¹²⁷ *ARTICULO 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:*

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte. Disponível em: <http://www.consejo.org.ar/Bib_elect/septiembre04_CT/documentos/L11179_2_1.htm>. Acesso em: 02 fev. 2012.

¹²⁸ *ARTICULO 83. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.* Disponível em: <http://www.consejo.org.ar/Bib_elect/septiembre04_CT/documentos/L11179_2_1.htm>. Acesso em: 02 fev. 2012.

¹²⁹ Pode-se ler o acórdão na íntegra em:

<<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=62979>>.

recusa de Bahamondez a receber transfusões de sangue, mesmo correndo risco de vida, seria válida e legítima perante o Estado argentino). No texto mencionado, Bahamondez¹³⁰ transcreve alguns trechos do referido acórdão:

Fue un regocijo leer el fallo de la Corte suprema de Justicia de la Nación cuando declaro: “El art.19 de la Ley 17.132 de “Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración” dispone de forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan medicina deberán –entre otras obligaciones – ‘respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...’, con excepción de los supuestos que allí expresamente se contemplan. La recta interpretación de la citada disposición legal aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al Tribunal en virtud de los dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones ya que éste otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos a terceros. [...] En rigor, cuando el art. 19 de la Constitución Nacional dice que ‘las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados’, concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional.”

4.1.3 Austrália

Nos Territórios do Norte da Austrália, entre 01.07.1996 e 24.03.1997, esteve em vigor o *Rights of the Terminality Ill Act* (ou Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais), o primeiro documento legal que permitiu a eutanásia ativa, autorizando também o suicídio assistido.¹³¹

O *Rights of the Terminality Ill Act*, em sua parte 4 – *Request for assistance to voluntarily terminate life* - comandava o que se segue: “um paciente que, no curso de uma doença terminal, prova dor, sofrimento e/ou angústia tida para si como inaceitável, pode

¹³⁰ BAHAMONDEZ, Marcelo Omar. **Experiencia personal sobre las implicaciones morales, legales y de bioética del caso Marcelo Bahamondez**. Disponível em:

<<http://www.revistapersona.com.ar/bahamondez.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

¹³¹ GUIMARÃES, 2011, p. 130.

pedir, ao seu próprio médico, que o assista a por fim à sua própria vida”¹³². Essa assistência estava explicitada no art. 3 da mesma lei e deveria ser entendida como “a prescrição, o preparo, o fornecimento de substância letal ao paciente, para autoadministração ou a administração da substância letal ao paciente”¹³³.

Os requisitos estabelecidos pela Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais, em sua parte 7, para que a eutanásia pudesse ser praticada eram:

- a) pedido do paciente ao um médico, para que fosse executada a eutanásia; aceitação do médico em assistir o doente nesse processo;
- b) que o paciente tivesse, no mínimo, 18 anos de idade;
- c) que o paciente fosse portador de doença que - em seu curso normal, sem o emprego de medidas extraordinárias – o levaria à morte;
- d) impossibilidade de cura;
- e) ausência de tratamentos disponíveis para reduzir a dor, o sofrimento ou o desconforto;
- f) confirmação do diagnóstico e do prognóstico por um médico especialista;
- g) atestado de um psiquiatra declarando que o paciente não sofria de depressão clínica tratável;
- h) causar a doença dor ou sofrimento;
- i) dever do médico de informar ao paciente todos os tratamentos disponíveis, incluindo os paliativos;
- j) expressão formal do paciente sobre seu desejo de colocar fim à sua própria vida;
- k) dever do paciente de levar em consideração as implicações sobre sua família;
- l) encontrar-se o paciente mentalmente são e capaz de tomar decisões livremente;
- m) prazo mínimo de sete dias entre a formalização do desejo de morrer e a efetivação da conduta eutanásica;
- n) preenchimento, pelo paciente, de um certificado de solicitação;
- o) necessidade de o médico assistente testemunhar o preenchimento e a assinatura daquele certificado;

¹³² *A patient who, in the course of a terminal illness, is experiencing pain, suffering and/or distress to an extent unacceptable to the patient, may request the patient's medical practitioner to assist the patient to terminate the patient's life.* Disponível em: <http://corrigan.austlii.edu.au/au/legis/nt/consol_act/rottia294/s4.html>.

¹³³ *In this Act, unless the contrary intention appears: "assist", in relation to the death or proposed death of a patient, includes the prescribing of a substance, the preparation of a substance and the giving of a substance to the patient for self administration, and the administration of a substance to the patient.*

- p) assinatura, por um médico diferente, do certificado declarando que o paciente encontrava-se mentalmente competente para tomar a decisão livremente;
- q) assinatura do certificado por um intérprete, caso o paciente não falasse o mesmo idioma dos médicos;
- r) proibição de que os médicos envolvidos obtivessem qualquer ganho financeiro com a morte do paciente, além dos honorários habituais;
- s) prazo mínimo de quarenta e oito horas entre a assinatura do certificado e a prática da conduta eutanásica;
- t) não haver, o paciente, dado qualquer indicação de que não mais desejava morrer;
- u) assistência ao término voluntário da vida. (Ver anexo B).

No início de 1997, a “Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais” foi revogada pelo Parlamento Federal Australiano, por 38 a 34 votos, apesar de, na época, ter-se apurado, através de pesquisas, que 74% dos australianos seriam contrários à sua revogação. Foi, então, aprovada a *Euthanasia Bill of Laws*, desautorizando as práticas acima descritas. Contudo, de acordo com Vieira¹³⁴, mesmo com a revogação da referida lei, “a Austrália, inclusive em virtude das concepções predominantes na sociedade, continua liberal em relação à eutanásia, não se tendo notícias de que se empreendam grandes esforços para reprimir tal prática, naquele país.”

4.1.4 Bélgica

Durante vários anos, na Bélgica, sucederam-se diversas iniciativas parlamentares relacionadas à despenalização da eutanásia. Porém, somente em 2002, uma lei sobre a descriminalização eutanásia obteve sucesso. Tal lei se originou em um projeto apresentado no Senado em dezembro de 1999 e foi aprovada junto com a lei sobre Cuidados Paliativos. Tendo sido promulgada em 16 de maio de 2002 e entrado em vigor em 20 de setembro deste mesmo ano, a lei não alterou o código penal, mas providenciou proteção legal ao médico que realizasse a eutanásia a pedido de seu paciente - adulto ou menor emancipado - desde que certas condições materiais e processuais fossem cumpridas.¹³⁵

¹³⁴ VIEIRA, 2009, p. 131.

¹³⁵ BELGIQUE. Disponível em: <<http://www.senat.fr/lc/lc109/lc1091.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

A eutanásia é definida, nessa lei, como a ação praticada por terceiro, que põe intencionalmente fim à vida de uma pessoa a seu pedido¹³⁶. Também estabelece que não mais constitui fato penalmente relevante se for e enquanto seja realizada sob as condições do procedimento indicado pela lei. As referidas condições estão elencadas em seu art. 3º¹³⁷ e, de acordo com Lopes citado por Guimarães¹³⁸, se resumem no seguinte:

- a) o agente deve ser médico;
- b) o paciente deve ter capacidade intelectual e volitiva de consentir (adulto ou menor emancipado);
- c) o consentimento deve ser informado, refletido, reiterado e voluntário (não resultando de pressão externa);
- d) a doença deve ser grave e incurável;
- e) a enfermidade deve estar causando sofrimento constante e intolerável, sem possibilidade de ser atenuado.

Exige-se, outrossim, que seja consultado outro médico para que ele também avalie a gravidade do caso e que haja um intervalo de, pelo menos, um mês entre o pedido e a efetivação da eutanásia. O pedido deve estar em documento escrito e o paciente pode cancelar a solicitação a qualquer momento. Se isso acontecer, o documento será devolvido ao paciente¹³⁹.

¹³⁶ Art. 2 Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par euthanasie l'acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci. Disponível em: <<http://www.admd.be/Legislation.html>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

¹³⁷ CHAPITRE II- Des conditions et de la procédure

Art. 3

§ 1^{er}. Le médecin qui pratique une euthanasie ne commet pas d'infraction s'il s'est assuré que: le patient est majeur ou mineur émancipé, capable et conscient au moment de sa demande; la demande est formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée, et qu'elle ne résulte pas d'une pression extérieure;

le patient se trouve dans une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable; et qu'il respecte les conditions et procédures prescrites par la présente loi.

Disponível em: <<http://www.admd.be/Legislation.html>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

¹³⁸ GUIMARÃES, 2011, p. 251.

¹³⁹ Art. 3

[...]

§ 2. Sans préjudice des conditions complémentaires que le médecin désirerait mettre à son intervention, il doit, préalablement et dans tous les cas:

1° informer le patient de son état de santé et de son espérance de vie, se concerter avec le patient sur sa demande d'euthanasie et évoquer avec lui les possibilités thérapeutiques encore envisageables ainsi que les possibilités qu'offrent les soins palliatifs et leurs conséquences. Il doit arriver, avec le patient, à la conviction qu'il n'y a aucune autre solution raisonnable dans sa situation et que la demande du patient est entièrement volontaire;

2° s'assurer de la persistance de la souffrance physique ou psychique du patient et de sa volonté réitérée. À cette fin, il mène avec le patient plusieurs entretiens, espacés d'un délai raisonnable au regard de l'évolution de l'état du patient;

O artigo 4º da lei, situado em seu Capítulo III (sobre a declaração antecipada), autoriza que um adulto capaz ou um menor emancipado deixe uma declaração escrita - para o caso de, em algum momento no futuro, não ter a possibilidade de expressar sua vontade - permitindo ao médico realizar eutanásia, se constatar que o paciente é vítima de condição (acidental ou patológica) grave e incurável, que está inconsciente e que tal situação é irreversível¹⁴⁰.

A lei também estabelece, em seu artigo 14, que o pedido e a declaração antecipada do paciente não obrigam o médico que o assiste, pois este não tem a obrigação nem o dever de praticar a eutanásia. Se houver a recusa do médico, ele deve comunicar sua decisão ao paciente ou ao responsável apontado pelo mesmo em sua declaração, indicando os motivos da recusa. Se as razões forem de ordem médica, devem ser anotadas no prontuário do paciente e

3º consulter un autre médecin quant au caractère grave et incurable de l'affection, en précisant les raisons de la consultation. Le médecin consulté prend connaissance du dossier médical, examine le patient et s'assure du caractère constant, insupportable et inapaisable de la souffrance physique ou psychique. Il rédige un rapport concernant ses constatations. Le médecin consulté doit être indépendant, tant à l'égard du patient qu'à l'égard du médecin traitant et être compétent quant à la pathologie concernée. Le médecin traitant informe le patient concernant les résultats de cette consultation;

4º s'il existe une équipe soignante en contact régulier avec le patient, s'entretenir de la demande du patient avec l'équipe ou des membres de celle-ci;

5º si telle est la volonté du patient, s'entretenir de sa demande avec les proches que celui-ci désigne;
6º s'assurer que le patient a eu l'occasion de s'entretenir de sa demande avec les personnes qu'il souhaitait rencontrer.

§ 3. Si le médecin est d'avis que le décès n'interviendra manifestement pas à brève échéance, il doit, en outre :
1º consulter un deuxième médecin, psychiatre ou spécialiste de la pathologie concernée, en précisant les raisons de la consultation. Le médecin consulté prend connaissance du dossier médical, examine le patient, s'assure du caractère constant, insupportable et inapaisable de la souffrance physique ou psychique et du caractère volontaire, réfléchi et répété de la demande. Il rédige un rapport concernant ses constatations. Le médecin consulté doit être indépendant tant à l'égard du patient qu'à l'égard du médecin traitant et du premier médecin consulté. Le médecin traitant informe le patient concernant les résultats de cette consultation;
2º laisser s'écouler au moins un mois entre la demande écrite du patient et l'euthanasie.

§ 4. La demande du patient doit être actée par écrit. Le document est rédigé, daté et signé par le patient lui-même. S'il n'est pas en état de le faire, sa demande est actée par écrit par une personne majeure de son choix qui ne peut avoir aucun intérêt matériel au décès du patient.

Cette personne mentionne le fait que le patient n'est pas en état de formuler sa demande par écrit et en indique les raisons. Dans ce cas, la demande est actée par écrit en présence du médecin, et ladite personne mentionne le nom de ce médecin dans le document. Ce document doit être versé au dossier médical. Le patient peut révoquer sa demande à tout moment, auquel cas le document est retiré du dossier médical et restitué au patient.

§5. L'ensemble des demandes formulées par le patient, ainsi que les démarches du médecin traitant et leur résultat, y compris le(s) rapport(s) du (des) médecin(s) consulté(s), sont consignés régulièrement dans le dossier médical du patient. Disponível em: <<http://www.admd.be/Legislation.html>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

¹⁴⁰ CHAPITRE III

De la déclaration anticipée

Art.

4

§ 1^{er}. Tout majeur ou mineur émancipé capable peut, pour le cas où il ne pourrait plus manifester sa volonté, consigner par écrit, dans une déclaration, sa volonté qu'un médecin pratique une euthanasie si ce médecin constate:

qu'il est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable;
qu'il est inconscient;

et que cette situation est irréversible selon l'état actuel de la science. Disponível em: <<http://www.admd.be/Legislation.html>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

esses registros, a requerimento do paciente ou de sua pessoa de confiança (indicada na declaração), devem ser repassados a outro profissional de saúde. Este último também deve ser designado pelo paciente ou pela pessoa apontada como de sua confiança na declaração¹⁴¹.

No artigo 15, a lei determina que a morte consequente à prática da eutanásia, de acordo com a lei, deve ser entendida como morte natural, para fins de execução de contratos privados de seguro de que o falecimento era parte¹⁴².

Importante ressaltar que a lei belga não exige como requisito para a prática legal da eutanásia que a morte do paciente seja iminente. Basta que a doença seja incurável e provoque sofrimento intolerável.

4.1.5 Colômbia

A Colômbia é, conforme entendimento de Goldim¹⁴³, o único país da América Latina com um movimento realmente forte a favor da legalização da eutanásia: o “Movimento pelo Direito a Morrer com Dignidade”, fundado em 1979 por Beatriz Kopp de Gómez, que teve um caso de morte por câncer cerebral na família. Na sequência dos trabalhos realizados por esse movimento, tem-se reconhecido o direito a uma morte digna e pacífica, aliviando-se a dor física e a angústia dos doentes em estado terminal. Nesses casos, o médico deve respeitar a vontade do doente, expressa quando este estiver completamente lúcido em documento assinado perante testemunhas.

¹⁴¹ Art. 14

La demande et la déclaration anticipée de volonté telles que prévues aux articles 3 et 4 de la présente loi n'ont pas de valeur contraignante.

Aucun médecin n'est tenu de pratiquer une euthanasie.

Aucune autre personne n'est tenue de participer à une euthanasie.

Si le médecin consulté refuse de pratiquer une euthanasie, il est tenu d'en informer en temps utile le patient ou la personne de confiance éventuelle, en en précisant les raisons. Dans le cas où son refus est justifié par une raison médicale, celle-ci est consignée dans le dossier médical du patient.

Le médecin qui refuse de donner suite à une requête d'euthanasie est tenu, à la demande du patient ou de la personne de confiance, de communiquer le dossier médical du patient au médecin désigné par ce dernier ou par la personne de confiance. Disponível em: <<http://www.admd.be/Legislation.html>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

¹⁴² Art. 15

La personne décédée à la suite d'une euthanasie dans le respect des conditions imposées par la présente loi est réputée décédée de mort naturelle pour ce qui concerne l'exécution des contrats auxquels elle était partie, en particulier les contrats d'assurance.

Les dispositions de l'article 909 du Code civil sont applicables aux membres de l'équipe soignante visés à l'article 3. Disponível em: <<http://www.admd.be/Legislation.html>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

¹⁴³ GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia – Colômbia**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutacol.htm>>. Acesso em: 04 set. 2011.

Em 15 de maio de 1997, a Corte Constitucional da Colômbia julgou uma demanda judicial contra o artigo 326 do Código Penal Colombiano¹⁴⁴. Esta demanda, iniciada pelo juiz Carlos Gaviria, solicitava considerar a possibilidade de ser realizado homicídio por misericórdia. O Tribunal Constitucional manifestou-se, então, afirmando que, em havendo a aquiescência do paciente terminal, o agente não poderia ser responsabilizado. Essa possibilidade de o agente praticante da conduta eutanásica não ser processado por homicídio, se misericordioso, foi aprovada por 6 votos contra 3¹⁴⁵.

A Corte requisitou ao Congresso que regulamentasse a prática para coibir ou prevenir abusos. Entretanto, até a presente data, tal regulamentação não se efetivou. Atualmente, na Colômbia, a eutanásia depende exclusivamente do paciente e do médico, não havendo a obrigação legal de reportar esta prática às autoridades. Contudo, devido à ausência da regulamentação mencionada, até o momento, não há registro oficial de nenhum caso. Assim, em texto onde fala sobre a morte de Beatriz Kopp Gómez, Derek Humphrey¹⁴⁶ critica a atuação dos políticos colombianos no que diz respeito a tal situação:

In 1997 it seemed, amazingly, that Colombia would decriminalize active euthanasia. Magistrate Carlos Gavira Diaz coaxed the Constitutional High Court on which he then sat to go along. (Case # D-1490). The ruling said: "When presented with a demand to increase the penalty for mercy killing, the high Constitutional Court in Colombia declined, and instead declared the state could not outlaw assisted dying for a mentally competent, terminally ill adult, nor impose a penalty on one who aids that person out of mercy."

The Catholic hierarchy in Colombia was shocked as the news zipped around the world. Beatriz and her DMD saw it as a victory but then things ground to a halt. Catholic politicians made sure that the Senate never approved the high court's ruling, so it still stands, unconfirmed, on the books. Beatriz kept watch for a doctor who would assist a suicide in a justifiable case so that the law could be tested and, hopefully, confirmed in court. But today it still awaits a test case.

¹⁴⁴ Artículo 326. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

¹⁴⁵ Decisão do Tribunal Constitucional Colombiano (incluindo os votos de seus ministros) em:

<http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Eutanasia_y_suicidio/C-239-97.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2012.

¹⁴⁶ Em 1997, pareceu que, surpreendentemente, a Colômbia despenalizaria a eutanásia ativa. O Magistrado Carlos Gavira Diaz persuadiu o Supremo Tribunal Constitucional a concordar com seu ponto de vista. (Caso # D-1490). A decisão estabeleceu: "Quando proposta uma demanda para aumentar a pena para o homicídio misericordioso, o Supremo Tribunal Constitucional na Colômbia declinou e, ao invés, declarou que o Estado não poderia proibir a morte assistida a um adulto mentalmente competente, doente terminal, nem impor uma penalidade àquele que auxilia a pessoa por motivo de compaixão."

A hierarquia católica na Colômbia ficou chocada como a notícia se espalhou por todo o mundo. Beatriz e sua DMD viu isso como uma vitória, mas depois a situação chegou a um impasse. Políticos católicos se certificaram de que o Senado nunca aprovasse a decisão do Tribunal Superior, então tal decisão ainda se encontra apenas nos livros, não confirmada. Beatriz se manteve atenta, procurando um médico que assistisse um suicida em um caso justificável para que a lei pudesse ser testada e, esperançosamente, confirmada no tribunal. No entanto, até hoje, tal lei ainda aguarda um caso de teste. HUMPHREY, Derek. **Death of a veteran right-to-die campaigner: Beatriz Gomez**. Disponível em: <<http://www.worldrtd.net/news/death-veteran-right-die-campaigner-beatriz-gomez>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

4.1.6 Dinamarca

A Comissão Dinamarquesa de Saúde - órgão oficial que regulamenta a medicina na Dinamarca - publicou, em 1972, uma resolução que dava liberdade ao médico para interromper um tratamento fútil a qualquer momento. Se certa terapia não alcançasse os seus escopos, não haveria o dever de continuá-la. Apesar de não ter força legal, esta resolução se tornou o alicerce para a atitude dos médicos na Dinamarca durante os 20 anos que se seguiram. Finalmente, em 1992, o direito de interrupção do tratamento fútil foi devidamente legalizado pelo Parlamento Dinamarquês. Segundo Busch¹⁴⁷, membro do Conselho da Associação Dinamarquesa de Cuidados Paliativos e da Associação Nórdica de Cuidados Paliativos, em seu artigo “*From Denmark*”:

Under Danish law euthanasia is not legal and considered as an act of killing. In 1992, the Danish Parliament passed a new law allowing the withholding of treatment and withdrawing treatment in terminally ill patients. One of the implications of these rules is that the patient can always reject treatment and can thus, for example, avoid being kept alive artificially. If lifeprolonging treatment is futile, the doctor must desist from it in principle.

[...]

Doctors have an effective right, and in some cases a duty, to provide ‘passive euthanasia’ and hence to be indirectly instrumental in shortening the patient’s life. If a patient is imminently dying, which in practice means that death is expected to occur within days or weeks, despite the use of whatever treatment is available, the doctor is authorized to:

forego treatment that merely defers the time of death;

use symptomatic treatments even though they may inadvertently hasten the time of death (double effect).

In other words, disconnecting a respirator or administering a drug that accelerates death is permitted under Danish law in certain situations. Danish law permits the use of terminal sedation if the intention is to relieve intolerable suffering and not to kill the patient.¹⁴⁸

Outra consequência da discussão acerca da cessação do tratamento fútil, na Dinamarca, foi a emergência do movimento do "testamento em vida" (*living will*), justificado

¹⁴⁷BUSCH, Christian Juul. From Denmark . **Palliative Medicine**, v. 17, p. 153-154, 2003. Disponível em: <<http://www.eapcnet.eu/LinkClick.aspx?fileticket=-G1eADvhUQE%3D&tabid=639>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

¹⁴⁸ Na lei Dinamarquesa, a eutanásia é ilegal e considerada como homicídio. Em 1992, o Parlamento Dinamarquês aprovou uma nova lei permitindo a manutenção e a suspensão do tratamento em pacientes com doenças terminais. Uma das implicações dessa nova regra é que o paciente pode sempre rejeitar o tratamento e pode, portanto, evitar ser mantido vivo artificialmente. Se o tratamento para prolongar a vida é fútil, o médico deve desistir dele no início. Os médicos têm o efetivo direito, e em alguns casos o dever, de promover a "Eutanásia Passiva" e, portanto, indiretamente instrumentalizar a abreviação da vida do paciente. Se um paciente está na iminência da morte, o que na prática significa que espera-se que a morte ocorra dentro de dias ou semanas, apesar do uso de qualquer tratamento disponível, o médico está autorizado a:

-abandonar o tratamento que apenas adia a hora da morte;

-utilizar tratamentos sintomáticos, embora estes possam, inadvertidamente, antecipar a hora da morte (duplo efeito).

Em outras palavras, desligar um respirador artificial ou a administrar uma droga que acelera a morte é permitido na lei dinamarquesa, em certas situações. A legislação da Dinamarca permite o uso de sedação terminal, se a intenção é aliviar o sofrimento intolerável e não matar o paciente. (Tradução livre).

com a ideia de que não seria suficiente somente permitir aos médicos a interrupção do tratamento fútil, mas também seria necessário deixar que os pacientes tivessem a possibilidade de tomar decisões concernentes a sua saúde, em situações futuras, nas quais, possivelmente, estes não fossem mais competentes para tal. Assim, também em 1992, o Parlamento reconheceu a legalidade dos testamentos em vida. Então, na Dinamarca, de acordo com informações de Holm¹⁴⁹, membro do Comitê Nacional de Ética da Dinamarca:

Um testamento em vida é válido indefinidamente, mas pode ser anulado pela pessoa a qualquer momento. Nesse documento, a pessoa pode registrar o desejo de não ser tratada ativamente se duas situações ocorrerem:

1. Se estiver irreversivelmente morrendo;
2. Se o envelhecimento, acidente ou doença levar a um estágio avançado de debilidade permanente, física e mentalmente, mantendo-a incapacitada de se cuidar. A pessoa pode, além disso, registrar o desejo de ser mantida livre de dor durante o processo do morrer, mesmo que isto implique em receber medicação de alívio em doses que lhe abreviarão a vida.

A legislação do testamento em vida estabelece que o médico deve respeitar o desejo, expresso pela pessoa, de não iniciar um tratamento ativo, mesmo que esteja irreversivelmente morrendo. O médico que queira iniciar tratamento num paciente que se encontre na situação 1 ou 2, mencionadas anteriormente, deve, antes, verificar com o registro de testamento em vida se o paciente tem um testamento. A legislação a respeito do testamento em vida foi aprovada para dar às pessoas uma possibilidade de estender sua autodeterminação para incluir algumas situações em que elas tornam-se incapazes de tomar decisões. Contudo, existem dúvidas se o objetivo tem sido atingido.

O testamento em vida é um documento muito simples, e mais de 75.000 dinamarqueses o registraram. Tudo estaria bem se os médicos dinamarqueses usassem os registros na forma planejada. Existem, entretanto, evidências que eles muito raramente contactam o registro, mesmo em casos em que a situação clínica se enquadre no contexto dos parâmetros estabelecidos pela lei. A Comissão Dinamarquesa de Saúde emitiu várias circulares advertindo os médicos para cumprir com suas obrigações legais neste particular, mas com muito pouco sucesso. Os testamentos em vida foram aceitos pela população, mas ainda não pelos médicos.

Após a introdução da legislação sobre os testamentos em vida na Dinamarca, a discussão passou à questão da eutanásia ativa ser ou não legalizada no país. Os principais proponentes da legalização justificaram sua posição com a alegação de que já que o suicídio não era ilegal na Dinamarca, do mesmo modo deveria ser permitido que o ser humano findasse sua própria vida da maneira que achasse conveniente, ainda que essa atitude precisasse envolver a ajuda de um profissional médico. Para eles, esse posicionamento seria tão-somente um corolário do respeito à autodeterminação (autonomia) da pessoa humana. Observa-se no texto de Busch¹⁵⁰:

¹⁴⁹ HOLM, Soren. Legalizar a Eutanásia? Uma perspectiva dinamarquesa. **Bioética**, Brasília: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/297/436>. Acesso em: 04 set. 2011.

¹⁵⁰ BUSCH, 2003, p. 153-154.

On the issue of life-prolonging treatment, the Danish Parliament has, in other words, attached decisive emphasis to respecting the patient's right of self-determination and to avoiding the maintenance of life at any cost. However, some people also wish to see the option of euthanasia introduced in Denmark. They wish to have the option of obtaining medical assistance under certain conditions to end a life of unbearable suffering. The debate on euthanasia has been the subject of great attention and in Denmark an association for 'Death with Dignity' was formed in 2001. Under Danish law, the doctor must respect the patient's autonomy with regards to foregoing treatment. If the patient makes a nontreatment decision, either in the form of a declaratory statement in a current illness situation or in the form of a living will (or advance directive) drafted beforehand, the doctor must comply with the patient's wishes¹⁵¹.

A questão mais importante no debate dinamarquês foi, então, a possibilidade de legalização da eutanásia (com o que seria possibilitado aos médicos a prática da eutanásia ativa, mas somente em casos bem específicos - nos quais o paciente fosse terminal, padecendo de sofrimento muito intenso e esse sofrimento não pudesse ser aliviado nem mesmo pela melhor intervenção médica; além disso, o paciente deveria ser competente e desejar a eutanásia) ou a manutenção da legislação em vigor, que qualificava a eutanásia ativa como assassinato e também proibia a assistência ao suicídio, conforme se lê em trecho do Código Penal Dinamarquês:

*25 kapitel - Forbrydelser mod liv og legeme
§ 237. Den, som dræber en anden, straffes for manddrab med fængsel fra 5 år indtil på livstid.
[...]
§ 239. Den, som dræber en anden efter dennes bestemte begæring, straffes med fængsel indtil 3 år.¹⁵²*

Assim, as discordâncias principais ocorreram em relação aos efeitos de mudança da presente legislação dinamarquesa. Aqueles que desejavam modificá-la defendiam que seria possível elaborar uma lei que, clara e especificamente, descreveria as hipóteses em que a eutanásia ativa deveria ser permitida, não havendo, desse modo, o risco de sua extensão a situações distintas.

¹⁵¹ Sobre a questão da terapia para prolongamento a vida, o Parlamento Dinamarquês, em outras palavras, deu ênfase decisiva ao respeito ao direito do doente à autodeterminação e a evitar a manutenção da vida a qualquer custo. No entanto, algumas pessoas também desejam ver a opção pela eutanásia introduzida na Dinamarca. Eles querem ter a opção de obter assistência médica sob certas condições para por término a uma vida de sofrimento insuportável. O debate sobre eutanásia tem sido objecto de grande atenção e, em 2001, na Dinamarca, foi criada uma associação chamada “Morte com Dignidade”. Na lei dinamarquesa, o médico deve respeitar a autonomia do paciente em relação à renúncia do tratamento. Se o paciente opta pelo não-tratamento, tanto se fizer tal declaração no curso da doença ou na forma de um “testamento em vida” (ou diretiva antecipada) elaborado de antemão, o médico deve respeitar a vontade do paciente. (Tradução livre).

¹⁵² Capítulo 25 - Crimes contra a vida e corpo

§ 237 Aquele que mata outro é punido com pena de prisão por homicídio a partir de 5 anos até prisão perpétua.
[...]

§ 239 Aquele que mata outro após a sua solicitação específica, é punido com pena de prisão até 3 anos.

Disponível em: <http://www.themis.dk/synopsis/docs/lovsamling/Straffeloven_kap_25.html>. Acesso em: 26 fev. 2012.

Em 1993, o Comitê Dinamarquês de Ética passou a analisar as questões relacionadas à eutanásia ativa, e suas considerações levaram à publicação de um relatório de 293 páginas, em abril de 1996. No final, 16 dos 17 membros do Comitê recomendaram que a eutanásia ativa não deveria ser legalizada na Dinamarca. O que estaria em jogo, na opinião da maioria dos componentes do comitê, seria muito mais do que, simplesmente, o direito do indivíduo à autonomia sobre sua vida. O entendimento da maioria dos membros do Comitê Dinamarquês de Ética foi de que a eutanásia ativa “introduziria uma ruptura com um aspecto fundamental da tradição cultural de nossa sociedade, que se apóia no princípio da santidade da vida humana”.¹⁵³ Ainda segundo eles, “a eutanásia ativa não deveria ser reconhecida como uma panacéia comum para aliviar o sofrimento humano”.¹⁵⁴

Depois do relatório do Comitê Dinamarquês de Ética, nenhuma providência legislativa foi tomada. Por conseguinte, a eutanásia ativa e assistência ao suicídio ainda se mantêm ilegais na Dinamarca.

4.1.7 Espanha

De acordo com Vieira¹⁵⁵, a Espanha foi um dos primeiros países a debater com profundidade a regulamentação da eutanásia, na década de 1920, em razão dos estudos de Asúa. À época, discutiu-se a possibilidade de se considerar a eutanásia como homicídio piedoso, excluindo sua punibilidade se o delito fosse cometido por compaixão, diante de pedido reiterado do ofendido, desde que o agente tivesse bons antecedentes. Essa proposta, no entanto, nunca foi aprovada no país. Assim, na Espanha, tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido continuam sendo tipificados como crimes, conforme reza o Código Penal Espanhol:

Artículo 138

El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de 10 a quince años.

[...]

Artículo 143

- 1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.*
- 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.*
- 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a 10 años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.*
- 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar,*

¹⁵³ HOLM, 2011.

¹⁵⁴ HOLM, Loc cit.

¹⁵⁵ VIEIRA, 2009, p. 147.

*será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.*¹⁵⁶

Na década de 1990, o assunto voltou à baila na Espanha em razão do caso de Ramón Sampedro. Na juventude, Ramon sofreu um acidente que o deixou tetraplégico e, desta forma, preso a uma cama por aproximadamente 29 anos. Bastante lúcido, Ramón decidiu pleitear, judicialmente, o direito de decidir sobre sua vida, no que dizia respeito a seu direito subjetivo de morrer quando desejasse, com o auxílio de outras pessoas, objetivando obter autorização para cometer suicídio assistido. Essa sua luta lhe gerou problemas com a igreja, com a sociedade e, até mesmo, com seus familiares.¹⁵⁷

Como não obteve o provimento desejado, Ramon planejou sua morte de forma que nenhum daqueles, que o ajudariam em seu objetivo, pudessem ser incriminados. Em 15.01.1998, tetraplégico há 29 anos, foi achado morto por uma amiga que o ajudava. De acordo com a necrópsia, ele morreu por ingestão de cianureto. Seus últimos momentos de vida foram filmados e mostraram que seus amigos colocaram um copo com um canudo ao alcance de sua boca, mas que ele bebera o conteúdo por livre e espontânea vontade. A amiga de Sampedro foi indiciada por homicídio e isso promoveu uma reação internacional, na qual muitas pessoas enviaram milhares de cartas em que confessavam o crime. Por isso, o processo foi arquivado com o argumento de que seria impossível investigar todas as evidências imprescindíveis ao julgamento.

Assim, embora o Tribunal Constitucional tenha afirmado que a proteção à vida não tem caráter absoluto e que pode ser legítima a disposição sobre a própria morte (como exercício do direito à liberdade e como integração do direito à vida com o princípio da dignidade da pessoa humana), a eutanásia e a assistência ao suicídio continuam sendo

¹⁵⁶ Artigo 138

A pessoa que mata outra será punida, como culpada de assassinato, com pena de prisão de 10 a 15 anos. [...]

Artigo 143

1. Aquele que induz outrem ao suicídio, será punido com pena de reclusão de quatro a oito anos.
2. Será imposta pena de reclusão de dois a cinco anos àquele que cooperar com os atos necessários ao suicídio de uma pessoa.
3. Será punido com pena de prisão de seis a 10 anos, se a cooperação chegar ao ponto de executar a morte.
4. Aquele que causar ou cooperar ativamente com atos diretos e necessários à morte de outrem, em razão de solicitação expressa, seria e inequívoca deste último, no caso em que a vítima padecia de enfermidade grave que conduziria necessariamente à sua morte, ou que produzisse graves sofrimentos, permanentes e difíceis de suportar, será punido com pena inferior em um ou dois graus aos listados nos itens 2 e 3 do presente artigo. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/ Penal/lo10-1995.l2t1.html>. Acesso em: 26 fev. 2012.

¹⁵⁷ PIMENTEL, Danielle Cortez. Eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido: crimes contra a vida ou direitos fundamentais? In: ARAUJO, Regis Frota (Coord.) **Direitos fundamentais, cinema e literatura: propostas interdisciplinares I**. Fortaleza: ABC Editora, 2011. p. 99-138.

consideradas crime na Espanha.¹⁵⁸, uma vez que o parlamento espanhol, em 1995, não aceitou a introdução de dispositivo que legalizaria a eutanásia, em seu novo Código Penal.

4.1.8 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a lei federal não autoriza a eutanásia. Embora a autonomia dos Estados membros da federação seja bem ampla, inclusive no que diz respeito ao tratamento de pacientes terminais, a Suprema Corte definiu que tal matéria (eutanásia) seria de competência legislativa privativa da União. Entretanto, deixou-se subtendido que não existiriam óbices constitucionais que proibissem a qualquer Estado aprovar lei que permitisse a assistência de um médico ao suicida.¹⁵⁹

Nesse diapasão, o Estado do Oregon, em 08.11.1986, aprovou uma lei que autorizava o suicídio assistido, concedendo a qualquer adulto ali residente, com doença terminal diagnosticada por seu médico e confirmada por outro, que houvesse exprimido sua vontade de encurtar o período vital, o direito de solicitar, por escrito, a prescrição de medicamentos com esse escopo. A lei garantia, ainda, a qualquer um que participasse do ato, de boa-fé, que não lhe seriam impostas sanções de natureza civil, penal ou profissional.¹⁶⁰

Assim, o que se observa no Direito Americano é a aceitação, de modo geral, do direito que o paciente tem de recusar tratamentos, particularmente aqueles caracterizados pelo suporte à vida. Entretanto, não existe essa mesma aceitação no que diz respeito à eutanásia e ao suicídio assistido. Diante do exposto, pode-se afirmar que a eutanásia é ilegal nos Estados Unidos, sendo o suicídio assistido figura lícita apenas no Estado do Oregon.

4.1.9 França

O Código Penal Francês¹⁶¹ contempla a eutanásia ativa como homicídio:

Article 221-1: Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle.

O mesmo código considera a eutanásia passiva como omissão de socorro:

¹⁵⁸ VIEIRA, 2009, p. 148.

¹⁵⁹ GUIMARÃES, 2011, p. 246.

¹⁶⁰ VIEIRA, Op. cit., p. 125.

¹⁶¹ Artigo 221-1: O fato de provocar, voluntariamente, a morte de outrem constitui crime. É punido com trinta anos de reclusão. Disponível em:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=570F1C717DA23D368569BD0FDE93870A.tpdjo05v_3?idArticle=LEGIARTI000006417561&idSectionTA=LEGISCTA000006165276&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20091125>. Acesso em 26 fev. 2012.

Article 223-6 Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

*Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours*¹⁶².

Em 26.01.1999, foi apresentado, ao Senado Francês¹⁶³, o projeto de lei 166 - com o escopo de legalizar a eutanásia - que possibilitaria ao paciente deixar registrado, em documento escrito previamente, as providências que considerasse adequadas para si mesmo. Esse projeto não obteve aprovação.

No ano 2000, a controvérsia acerca da eutanásia foi reacendida na França com o caso Vincent Humbert, bombeiro de 20 anos de idade que sofreu um acidente automobilístico, permanecendo em coma por nove meses.

Verificou-se, posteriormente, que ele havia se tornado cego, surdo e tetraplégico. O único movimento que ainda conseguia fazer era uma leve pressão com o polegar direito e, através dele, se comunicava com a sua mãe. A comunicação era executada com alguém que soletrava o alfabeto e, quando era dita a letra que Vincent desejava utilizar, ele pressionava com o polegar. Dessa maneira, ele soletrava as palavras. Desde que conseguiu se fazer entender, pedia aos médicos que praticassem a eutanásia, com o objetivo de findar seu sofrimento que, segundo seu próprio depoimento, era insuportável. Os médicos se recusaram a realizar sua vontade, uma vez que, na França, a eutanásia era ilegal.

Humbert também pediu a sua mãe que realizasse o procedimento. Ele fez inúmeras solicitações, inclusive ao próprio presidente francês, mediante uma carta, a fim de que seu caso constituísse uma exceção legal. O argumento era de que o presidente francês teria a prerrogativa de conceder indultos a prisioneiros, então, simetricamente, poderia isentar de culpa quem o matasse por compaixão. A frase dirigida ao presidente Jacques Chirac, em dezembro de 2002, foi a seguinte: "A lei dá-lhe o direito de indultar, eu peço-lhe o direito de

¹⁶² Artigo 223-6 Quem quer que possa evitar, por sua ação imediata, sem risco para si ou para outrem, tanto um crime quanto um delito contra a integridade física de uma pessoa, e, voluntariamente, se abstém de fazê-lo, é punido com cinco anos de prisão e 75000 euros de multa.

Será punido com as mesmas penas aquele que se abstém voluntariamente de prestar, a uma pessoa em risco, a assistência que, sem risco para si ou para terceiros, ele poderia prestar, seja por uma ação pessoal, seja causando uma emergência. Disponível em:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=570F1C717DA23D368569BD0FDE93870A.tpdjo05v_3?idArticle=LEGIARTI000006417561&idSectionTA=LEGISCTA000006165276&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20091125>. Acesso em 26 fev. 2012.

¹⁶³ FRANÇA. Senado. **Proposition de loi relative au droit de mourir dans la dignité**. Disponível em: <<http://www.senat.fr/leg/pp198-166.html>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

morrer". A resposta do presidente foi negativa e ainda acompanhada da recomendação de que o jovem deveria "retomar o gosto pela vida".

Nesse mesmo período, foi realizada uma pesquisa de opinião a qual demonstrou que 88% da população francesa aprovaria o suicídio assistido, mas não a eutanásia. A solicitação feita por Vincent Humbert não poderia ser enquadrada como suicídio assistido, mas, tão-somente, como eutanásia ativa voluntária. Assim, seu pedido não teria, teoricamente, a aprovação da população da França.

Vincent escreveu um livro cujo título é *Je vous demande le droit de mourir*, lançado em 25 de setembro de 2003. Neste livro fundamenta seu pedido e conclui dizendo: "A minha mãe deu-me a vida, espero agora dela que me ofereça a morte. [...] Não a julguem. O que ela fez para mim é certamente a mais bela prova de amor do mundo".¹⁶⁴

Marie Humbert, 48 anos, mãe de Vincent, foi considerada por todos como uma mãe admirável, que se dedicou integralmente aos cuidados do filho. No final da tarde de quarta-feira, 24 de setembro de 2003, Marie estava sozinha com Vincent e, nesta ocasião, ministrou-lhe uma alta dose de barbitúricos. Este procedimento tinha sido combinado com seu filho, que não desejava estar vivo quando o seu livro fosse lançado, o que aconteceria no dia seguinte. "Eu nunca verei este livro porque eu morri em 24 de setembro de 2003 [...]. Desde aquele dia, eu não vivo. Me fazem viver. Sou mantido vivo. Para quem, para que, eu não sei. Tudo o que eu sei é que sou um morto-vivo, que nunca desejei esta falsa morte".¹⁶⁵

A equipe médica percebeu a piora no quadro de saúde do paciente e interveio, fazendo manobras de reanimação. O paciente ficou em coma profundo até seu óbito que se deu na manhã do dia 27 de setembro de 2003. A equipe médica do hospital expediu um comunicado relatando que havia decidido suspender todas as medidas terapêuticas ativas. Posteriormente o médico chefe da equipe, Dr. Frederic Chaussov, assumiu que fora ele quem desligara o respirador do paciente. O médico declarou que este procedimento não é incomum, mas que raramente é assumido pelas equipes que o realizam.

A mãe de Vincent foi presa por tentativa de homicídio, mas, posteriormente, libertada pelo Ministério Público, o qual afirmou que ela seria processada no momento oportuno. O pai de Vincent, Francis Humbert, aprovou a atitude de sua ex-esposa. Todavia, em 14 de janeiro de 2004, Marie Humbert, foi acusada pela justiça francesa de "administração

¹⁶⁴ GOLDIM, José Roberto. **Caso Vincent Humbert:** eutanásia ativa voluntária. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/humbert.htm>>. Acesso em: 05 set. 2011.

¹⁶⁵ GOLDIM, Loc cit.

de substâncias tóxicas" e o médico Frédéric Chaussoy, de "envenenamento com premeditação", que poderia ser punido com pena de prisão perpétua.

Esse caso levantou novamente a polêmica sobre a eutanásia na França e, em 11.05.2004, foi confiada ao Senado Francês uma outra proposta de lei: a Proposição de Lei Relativa à Autonomia da Pessoa, ao Testamento Vital, à Assistência Medicalizada ao Suicídio e à Eutanásia Voluntária, que foi recebida com o número 297, tendo como objetivo a legalização da eutanásia e do suicídio assistido em moldes muito similares aos das leis da Bélgica e da Holanda¹⁶⁶.

No início de 2011, o Senado francês se pronunciou sobre a proposta de lei supracitada¹⁶⁷. A maioria dos senadores (170/142) suprimiu o conjunto dos artigos do texto, apresentado por três de seus colegas Jean-Pierre Godefroy, Alain Fouché e Guy Fischer. Foi noticiado que, na véspera do debate, o primeiro-ministro François Fillon manifestou sua oposição à eutanásia, e convidou sua maioria no Senado a fazer o mesmo. Durante o debate, os oradores referiram-se a Vincent Humbert. O relator Jean-Pierre Godfroy afirmou: "Porque não quero viver mais situações como essa, quero uma lei para que a sociedade venha em assistência à pessoa que o tenha pedido (para morrer)". Já Muguette Dini solicitou: "Não se arroguem ao direito de decidir em vez daqueles que, lucidamente, escolheram o momento de pôr fim ao seu sofrimento. Não lhes roubem a sua liberdade"¹⁶⁸.

Por fim, depois de intensa discussão sobre o tema, o Senado Francês se posicionou contra a legalização da eutanásia.

4.1.10 Holanda

Quando se fala em eutanásia, a Holanda é sempre lembrada como exemplo de avanço legislativo - para os defensores da descriminalização da eutanásia - ou de ousadia indevida - para aqueles que não aceitam a ideia dessa figura como lícita ou legítima.

Contudo, nem sempre foi assim. Até a aprovação da legislação específica sobre o tema, em 01.04.2002, a eutanásia e o suicídio assistido eram considerados condutas típicas,

¹⁶⁶ FRANÇA. Senado. **Proposition de loi relative à l'autonomie de la personne, au testament de vie, à l'assistance médicalisée au suicide et à l'euthanasie volontaire**. Disponível em: <<http://www.senat.fr/leg/pp103-297.html>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

¹⁶⁷ FRANÇA. Senado. **Proposition de loi relative à l'aide active à mourir**. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/110-228/110-228.html>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

¹⁶⁸ SENADO francês pronuncia-se contra legalização da eutanásia. Disponível em: <http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Internacional/Interior.aspx?content_id=1766706&page=-1>. Acesso em: 05 set. 2011.

antijurídicas e culpáveis pela lei holandesa, através dos artigos 293 e 294 do Código Penal daquele país.¹⁶⁹

Somente naquela data, houve a modificação desses dispositivos penais pelo diploma legal intitulado “*Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*” (Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido)¹⁷⁰, que determinava que os artigos citados teriam, daquele momento em diante, a seguinte redação:

Nederlandse Wetboek van Strafrecht

Artikel 293

§ 1º Hij die opzettelijk het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen beëindigt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie”

§ 2º: Het in het eerste lid bedoelde feit is niet strafbaar, indien het is begaan door een arts die daarbij voldoet aan de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in artikel 2 van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding en hiervan mededeling doet aan de gemeentelijke lijkschouwer overeenkomstig artikel 7, tweede lid, van de Wet op de lijkbezorging.

Artikel 294

§ 1º: Hij die opzettelijk een ander tot zelfdoding aanzet, wordt, indien de zelfdoding volgt, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie.

§ 2º: Hij die opzettelijk een ander bij zelfdoding behulpzaam is of hem de middelen daartoe verschaft, wordt, indien de zelfdoding volgt, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie.
*Artikel 293, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.*¹⁷¹

Destarte, a Holanda foi a pioneira, o primeiro país do mundo a liberar a eutanásia (embora o Uruguai, como será visto posteriormente, tenha sido o primeiro país a legislar especificamente sobre a eutanásia propriamente dita - e, mesmo considerando-a ilícita,

¹⁶⁹ SÁ; NAVES, 2009, p. 304.

¹⁷⁰ Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, artigo 24, § 1º: “Deze wet wordt aangehaald als: *Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*” (Tradução livre: “Esta lei é citada como: ‘Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido’”). ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido e a constituição holandesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 8, jul./dez. 2006. p. 297-319. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-297-Roberto_Chacon_de_Albuquerque.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2012.

¹⁷¹ Tradução livre:

Código Penal Holandês

Artigo 293

§1º Quem terminar intencionalmente a vida de outrem sob solicitação expressa e séria sua, é punido com pena de prisão de no máximo doze anos ou pena de multa de quinta categoria.

§2º O fato mencionado no § 1º não é punível, se ele for cometido por um médico que tenha cumprido as exigências de cuidado mencionadas no artigo 2º da Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, tendo comunicado o ocorrido ao Instituto Médico Legal de acordo com o artigo 7º, § 2º, da Lei de Entrega do Corpo.

Artigo 294

§1º Quem incitar intencionalmente outrem ao suicídio, é punido, se o suicídio se suceder, com pena de prisão de no máximo três anos ou pena de multa de quarta categoria.

§2º Quem, intencionalmente, ajudar outrem ou fornecer-lhe os meios para cometer suicídio, é, se ocorrer o suicídio, punido com pena de prisão de no máximo três anos ou pena de multa de quarta categoria. Deve-se levar em consideração o artigo 293, § 2º. Disponível em: <<http://www.wetboek-online.nl/wet/Sr.html>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

possibilitou sua impunidade - e os Territórios do Norte da Austrália tenham sido os precursores na publicação de lei que legalizasse explicitamente a eutanásia e o auxílio ao suicídio – embora local e logo revogada), sob condições bem definidas, embora haja quem não concorde plenamente com tal afirmação, como Albuquerque¹⁷²:

A afirmação de que os Países Baixos foram o primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia pode, no entanto, ser enganosa. A Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido prevê uma série de circunstâncias em que a eutanásia é permitida, mas enquanto tal ela continua a ser crime nos Países Baixos. O Código Penal continua a puni-la. O que ocorreu é que os médicos obtiveram uma exclusão de ilicitude se praticarem a eutanásia nas situações previstas pela Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido. Para muitos estrangeiros, a eutanásia já era de longa data admitida nos Países Baixos. Isso tampouco é correto sob o ponto de vista jurídico. Talvez se possa falar de uma tolerância da parte de segmentos da sociedade holandesa há bastante tempo com relação à prática da eutanásia. Os Países Baixos, a propósito, são conhecidos por seu espírito de tolerância. Esse espírito de tolerância tem raízes históricas. Os Países Baixos foram o primeiro país do mundo a fazer uma revolução liberal, muito antes da França e dos Estados Unidos.

Assim, é realmente importante ressaltar que a conduta liberada é apenas aquela direcionada a indivíduos com doenças incuráveis, em estado terminal. Somente doentes nessas condições estão autorizados pela lei a solicitar o procedimento. Além disso, somente ao médico é permitida a conduta: o ato médico deve obedecer ao disposto no art. 2º, §1º, da Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, de 10 de abril de 2001, vigente a partir de abril de 2002¹⁷³. Nesse artigo estão elencados os critérios que o médico precisa observar para a prática da eutanásia:

- a) O pedido do paciente deve ter sido refletido e voluntário;

¹⁷² ALBUQUERQUE, 2006, p. 298.

¹⁷³ Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, artigo 2º: *§1º De zorgvuldigheidseisen, bedoeld in artikel 293, tweede lid, Wetboek van Strafrecht, houden in dat de arts: a. de overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van een vrijwillig en weloverwogen verzoek van de patiënt, b. de overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patiënt, c. de patiënt heeft voorgelicht over de situatie waarin deze zich bevond en over diens vooruitzichten. d. met de patiënt tot de overtuiging is gekomen dat er voor de situatie waarin deze zich bevond geen redelijke andere oplossing was, e. ten minste één andere, onafhankelijke arts heeft geraadpleegd, die de patiënt heeft gezien en schriftelijk zijn oordeel heeft gegeven over de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in de onderdelen a tot en met d, en f. de levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding medisch zorgvuldig heeft uitgevoerd* (Tradução livre: § 1º As exigências de cuidado, mencionadas no artigo 293, § 2º, do Código Penal determinam que o médico: a) deve ter-se sentido convencido de que houve uma solicitação voluntária e bem pensada do paciente; b) deve ter-se sentido convencido de que o paciente sofria de dores insuportáveis e sem perspectiva de melhora; c) deve ter esclarecido o paciente sobre a situação na qual ele se encontrava e sobre suas perspectivas; d) deve ter-se convencido com o paciente de que não havia outra solução razoável para a situação na qual este se encontrava; e) deve ter consultado ao menos um outro médico independente que tenha visto o paciente e escrito um parecer sobre as exigências de cuidado, mencionadas da alínea “a”-“d”; e f) deve executar o término da vida ou suicídio assistido cuidadosamente sob o ponto de vista médico).

Disponível em:

<http://www.st-ab.nl/wetten/0829_Wet_toetsing_levensbeëindiging_op_verzoek_en_hulp_bij_zelfdoding.htm>. Acesso em 04 mar. 2012.

- b) O sofrimento do doente deve ser insuportável e sem esperanças de melhora;
- c) O paciente deve ser informado pelo médico de sua real condição e suas expectativas de futuro;
- d) Não deve haver outra solução razoável para o quadro do doente;
- e) O médico deve consultar, pelo menos, um colega que concorde com a intervenção;
- f) A eutanásia ou a assistência ao suicídio deve ser praticada com o máximo de cuidado e esmero profissional possível;

Além da observação dos requisitos acima, de acordo com a Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, uma vez realizada a eutanásia, deve-se também submeter o procedimento à análise de uma comissão regional (Comissões Regionais de Verificação do Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido) composta por um médico, um jurista e um especialista em ética, a fim de que se avalie se os critérios postos em lei foram rigorosamente observados pelo agente que praticou a conduta. Se o médico não agiu de acordo com o artigo 2º da referida lei, a comissão deve enviar parecer ao Ministério Público e ao Inspetor Regional de Saúde para as medidas legais e administrativas cabíveis¹⁷⁴.

Relevante expor que a lei holandesa traz dispositivos autorizantes da prática da eutanásia em menores, bem como permite que estes solicitem auxílio ao suicídio. De acordo com a faixa etária, pode ser necessário o consentimento dos pais ou tutores:

Artikel 2

[...]

§2º Indien de patiënt van zestien jaren of ouder niet langer in staat is zijn wil te uiten, maar voordat hij in die staat geraakte tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake in staat werd geacht, en een schriftelijke verklaring, inhoudende een verzoek om levensbeëindiging, heeft afgelegd, dan kan de arts aan dit verzoek gevolg geven. De zorgvuldigheidseisen, bedoeld in het eerste lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

§3º Indien de minderjarige patiënt een leeftijd heeft tussen de zestien en achttien jaren en tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake in staat kan worden geacht, kan de arts aan een verzoek van de patiënt om levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding gevolg geven, nadat de ouder of de ouders die het gezag over hem uitoefent of uitoefenen dan wel zijn voogd bij de besluitvorming zijn betrokken.

*§4º Indien de minderjarige patiënt een leeftijd heeft tussen de twaalf en zestien jaren en tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake in staat kan worden geacht, kan de arts, indien een ouder of de ouders die het gezag over hem uitoefent of uitoefenen dan wel zijn voogd zich met de levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding kan of kunnen verenigen, aan het verzoek van de patiënt gevolg geven. Het tweede lid is van overeenkomstige toepassing.*¹⁷⁵

¹⁷⁴ Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, Artigo 3 a 19 (*Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Artikel 3 - 19*). Disponível em: <http://www.st-ab.nl/wetten/0829_Wet_toetsing_levensbeëindiging_op_verzoek_en_hulp_bij_zelfdoding.htm>. Acesso em: 02 mar. 2012.

¹⁷⁵ Artigo 2º:

[...]

§ 2º Se o paciente de dezesseis anos ou mais não for capaz de expressar sua vontade, mas esteve, anteriormente, em condição de apreciar de uma maneira razoável seus interesses, tendo entregado uma declaração por escrito

Tais determinações provocam polêmica ainda maior, abrindo espaço para discussões de grande amplitude, como a existência ou não de discernimento do menor para que tome decisão de tamanha importância.

4.1.11 Inglaterra e País de Gales

A eutanásia é ilegal no Reino Unido. Uma pessoa acusada de realizar eutanásia ativa pode ter sua conduta enquadrada como homicídio.

Contudo, existem algumas circunstâncias diante das quais a realização da eutanásia passiva não resulta em processo (*prosecution*), como, por exemplo, quando o suporte à vida é interrompido, em casos de estado vegetativo persistente.

Já o suicídio não é ilegal, porém, o ato de incitar ou assistir ao suicídio de outrem (ou a sua tentativa) é crime punido com até 14 anos de reclusão. Importante ressaltar, no entanto, que um processo contra alguém, em virtude de assistência a suicídio, somente pode ser intentado pelo Diretor do Ministério Público (*Director of Public Prosecutions – “DPP”*) ou com seu consentimento.

Sabe-se que a Direção do Ministério Público somente decide processar o agente se houver interesse público. Portanto, uma pessoa que assista ao suicídio de outrem nem sempre é processada, apesar de haver cometido um crime. Como resultado disso, se alguém – segura e claramente - deseja cometer suicídio, mas requer assistência para fazê-lo, é pouco provável que o DPP processe a pessoa que providenciou tal assistência. Todavia, essa situação gera muita incerteza, causando grande estresse a pessoas que pensam em por um fim a suas vidas dessa maneira¹⁷⁶.

Interessante pontuar que, em países relativamente próximos ao Reino Unido, como Holanda e Bélgica, a eutanásia e o suicídio assistido não constituem, necessariamente,

contendo uma solicitação de término da vida, o médico pode então dar seguimento a esta solicitação. Deve-se levar em consideração as exigências de cuidado mencionadas no § 1º;

§ 3º Se o paciente menor de idade tiver de dezesseis a dezoito anos e estiver em condição de apreciar, de uma maneira razoável, seus interesses, o médico pode então dar seguimento a uma solicitação do paciente de término da vida ou de suicídio assistido, desde que o pai ou pais, bem como o tutor, que exerça ou exerçam autoridade sobre ele, tenham participado do processo de decisão;

§ 4º Se o paciente menor de idade tiver de doze a dezesseis anos e estiver em condição de apreciar de uma maneira razoável seus interesses, o médico pode, desde que o pai ou pais, bem como o tutor, que exerça ou exerçam autoridade sobre ele, possa ou possam concordar com o término da vida ou suicídio assistido, dar seguimento à solicitação do paciente. Deve-se levar em consideração o § 2º.

¹⁷⁶ RHODES, Lucie-Anne. **Eutanásia sedação terminal, e suicídio assistido**. Disponível em: <<http://www.legalcentre.co.uk/personal-injury/guide/about-euthanasia/>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

infrações penais. Esse fato teve a seguinte consequência: muitas pessoas do Reino Unido, incapazes de cometer suicídio sem ajuda de outrem, passaram a viajar para os países em que a assistência ao suicídio é permitida, com a intenção de colocar término em suas próprias vidas.

Desse modo, levantou-se uma questão crucial: se uma pessoa, na Inglaterra e no País de Gales, ajuda uma outra - que pretende se suicidar - a viajar para um país onde o suicídio assistido é legal, ela comete um crime?

Tentando responder essa questão, a Direção do Ministério Público tem assumido uma política provisória sobre o suicídio assistido, que dá algumas orientações sobre quando alguém pode ser processado por tal delito¹⁷⁷. Todavia, tal política não modifica a lei, por conseguinte, não consegue dar a certeza de como os processos serão conduzidos em cada caso particular¹⁷⁸.

Mais recentemente, Tony Nicklinson – um britânico de 58 anos portador da síndrome do encarceramento¹⁷⁹, em decorrência de um Acidente Vascular Cerebral que o acometeu em 2005 – solicitou, à Suprema Corte, proteção legal para o médico que, porventura, ajudá-lo a suicidar-se.

A ação foi proposta por Nicklinson com o escopo de obter uma declaração judicial assegurando permissão legal para que qualquer médico possa por fim à sua vida, a seu pedido, com seu consentimento. Tony argumenta que, ao fazer isso (atender a seu pedido e ajudá-lo a morrer), o médico apenas colocaria um ponto final à situação de indignidade em que ele se encontra, em virtude do sofrimento e da falta de privacidade que a síndrome do encarceramento - sendo uma enfermidade tão grave e irreversível - lhe impõe. Além disso, Nicklinson pretende conseguir, através da “common law”, sustentar o argumento da “necessidade” como defesa contra qualquer acusação de assassinato que pudesse vir a ser feita ao médico praticante da conduta, em casos como o seu.

¹⁷⁷ A íntegra das orientações desta política do Ministério Público pode ser encontrada no “Crown Prosecution Service website”. (www.cps.gov.uk).

¹⁷⁸ O caso de Debbie Purdy levantou a questão de saber se uma pessoa comete um delito ao ajudar outrem a viajar para o exterior, para cometer suicídio, em um país onde a lei permite sua assistência. Debbie Purdy sofria de uma doença do neurônio motor, de natureza degenerativa e incurável, e queria ter a opção de determinar quando e como sua vida deveria ter um fim. No entanto, ela não tinha condições de por um término em sua vida sozinha e precisou da ajuda do marido para fazer isso. Assim, a Sra. Purdy lutou incansavelmente para buscar garantia inequívoca do *Director of Public Prosecutions* (DPP) de que o marido não seria processado, depois de sua morte, por ajudá-la em seu suicídio.

Em última análise, nenhuma garantia específica foi dada pelo DPP no sentido de que o marido da Sra. Purdy não seria processado. Contudo, a Sra. Purdy conseguiu convencer o DPP a fornecer orientações sobre a legislação sobre suicídio assistido na Inglaterra e País de Gales. O resultado foi a introdução de uma política provisória sobre "suicídio assistido", que expõe vários quesitos que o DPP levará em consideração para processar ou não alguém por assistência ao suicídio.

¹⁷⁹ Síndrome do Encarceramento ou *Locked-in Syndrome* é uma condição na qual o paciente está mudo e totalmente paralisado exceto em relação ao movimento dos olhos, mas permanece absolutamente consciente. Geralmente resulta de hemorragia massiva ou outro dano no sistema nervoso central. Afeta a parte superior do tronco cerebral, que destrói quase toda a função motora, mas deixa as funções mentais intactas.

Nicklinson busca tal declaração judicial baseado em seu direito à vida privada, nos termos do Artigo 8º da Convenção dos Direitos Humanos. Além disso, sustenta que, na verdade, seu direito à vida incluiria também um direito de escolha: o seu direito de escolher o momento adequado para terminá-la, de uma forma digna e humana.

Observa-se que a questão, entretanto, vai além do suicídio assistido, uma vez que a paralisia de Tony Nicklinson é tão grave que o impediria de, tão somente, receber ajuda para matar-se. Na verdade, ele teria que ser morto por outra pessoa, que teria uma participação ativa importante - senão exclusiva - em sua morte e, portanto, seria acusada de homicídio, de acordo com a lei britânica.

Sabe-se também que a legislação do Reino Unido estabelece uma diferença crucial entre a não continuação de determinado tratamento que poderia prolongar a vida em certos casos e a ação praticada por médico - intencional e ativamente - de por término à vida (como, por exemplo, a administração de drogas letais). Enquanto a primeira conduta pode ser considerada legal (sob determinadas circunstâncias), esta última é considerada homicídio.

Ora, o caso de Tony Nicklinson não é de interrupção de tratamento, muito menos, como já observado, de suicídio assistido, já que o médico teria que ativamente provocar a sua morte. Por essa razão, Nicklinson está tentando obter uma declaração judicial de que o médico que, porventura, terminasse com sua vida não pudesse ser acusado de assassinato, uma vez que estaria agindo sob o manto da “necessidade”, argumento já discutido na Suprema Corte no caso dos gêmeos siameses, em que médicos se defrontavam com a escolha entre perder a vida dos dois irmãos ou salvar a vida de apenas um deles, ao separá-los cirurgicamente.

A situação de Tony Nicklinson, no entanto, é diferente, requerendo um salto em relação à dos gêmeos siameses. No caso de Nicklinson, os médicos atuariam para acabar com uma única vida (sem a necessidade de sacrificá-la para salvar uma outra) e isso abriria o caminho para a aceitação da eutanásia ativa voluntária. Por isso, o Juiz Charles, da Suprema Corte, afirmou que Nicklinson estava convidando o tribunal a “atravessar o Rubicão” (*cross the Rubicon*), conforme se lê abaixo, em trecho do julgamento:

The first declaration sought – The defence of necessity - Development / change of the common law

16. *The Claimant’s arguments engage the conflict discussed in Bland between the sanctity of life and the individual’s right of self determination (see in particular Hoffmann LJ at 826E to 828B and 830G to 831F). The discussion and reasoning in the judgments and speeches of the Court of Appeal and the House of Lords all proceed on the basis that the answer to the conflict at criminal law is that suicide is not a crime but that euthanasia (and assisted suicide) are crimes (see for example, Hoffmann LJ at 831C and Lord Goff at 865 D/H). Lord Goff says:*

“ I must however stress, at this point, that the law draws a crucial distinction between cases in which a doctor decides not to provide, or to continue to provide, for his patient treatment or care which could or might prolong his life, and those in

which he decides, for example by administering a lethal drug, actively to bring his patient's life to an end. As I have already indicated, the former may be lawful, either because the doctor is giving effect to his patient's wishes by withholding treatment or care, or even in certain circumstances in which (on principles which I shall describe) the patient is incapacitated from stating whether or not he gives his consent. But it is not lawful for a doctor to administer a drug to his patient to bring about his death, even though that course is prompted by a humanitarian desire to end his suffering, however great that suffering may be: see *Reg v Cox* (unreported), 18 September 1992. **So to act is to cross the Rubicon which runs between on the one hand the care of the living patient and on the other hand euthanasia - actively causing his death to avoid or to end his suffering. Euthanasia is not lawful at common law.** It is of course well known that there are many responsible members of our society who believe that euthanasia should be made lawful; but that result could, I believe only be achieved by legislation which expresses the democratic will that so fundamental a change should be made in our law, and can, if enacted, ensure that such legalised killing can only be carried out subject to appropriate supervision and control. It is true that the drawing of this distinction may lead to a charge of hypocrisy; because it can be asked why, if the doctor, by discontinuing treatment, is entitled in consequence to let his patient die, it should not be lawful to put him out of his misery straight away, in a more humane manner, by lethal injection, rather than let him linger on in pain until he dies. But the law does not feel able to authorise euthanasia, even in circumstances such as these; for once euthanasia is recognised as lawful in these circumstances, it is difficult to see any logical basis for excluding it in others. ” **MR JUSTICE CHARLES** *Nicklinson v MoJ Approved Judgment*

17. **The Claimant must and does accept that he is now inviting the court to cross the Rubicon described by Lord Goff.** Correctly, he submits that *Bland* was addressing a different situation and the courts were not presented with the arguments he wishes to advance. He also submits, correctly, that the common law develops over time. Further, by his statement and argument, he points out (a) that, as is recognised in *Bland* (see 827G and 865 F/G cited above), the legal position taken in English law, set out therein, is not the only morally correct position that can be taken, and (b) the potential lack of logic in, or the potential hypocrisy of (per Lord Goff), and the harshness of the result that:

i) if he had the physical ability to do so, he could lawfully end his suffering by ending his life,

ii) he could lawfully refuse food and water and so end his suffering, by so ending his life, in a drawn out and painful way (subject to the palliative care that could lawfully be given to him and may lead to a quicker death), and

iii) if his condition was such that he would die if treatment was withdrawn, he could lawfully refuse such treatment, and so end his suffering by so ending his life, but

iv) anyone who assists him by action (rather than the discontinuance of care together with palliative care) to end his suffering by ending his life would be committing a crime.

1. So, the Claimant asserts that it is at least arguable that the common law should develop or change to provide a lawful route to ending his suffering by ending his life at a time of his choosing with the assistance by positive action of a doctor in controlled circumstances that have been sanctioned by the court.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Tradução livre: A primeira declaração recorrente - A defesa da necessidade - Desenvolvimento / mudança da lei comum.

16. Os argumentos do Requerente envolvem o conflito discutido em *Bland* entre a santidade de vida e direito de auto-determinação do indivíduo (ver em particular no Hoffmann LJ 826E para 828B e 830g a 831F). A discussão e o raciocínio nos julgamentos e discursos do Tribunal de Recursos e da Câmara dos Lordes, todos afirmam que a resposta para o conflito no direito penal é que o suicídio não é um crime, mas que a eutanásia (e o suicídio assistido) são crimes (ver, por exemplo, Hoffmann LJ a 831C e Senhor Goff em 865 D / H). Lord Goff diz: "Devo no entanto salientar, neste ponto, que a lei estabelece uma distinção crucial entre os casos nos quais um médico decide não fornecer, ou parar de continuar a fornecer, o tratamento ou cuidado, para o paciente, que poderia ou deveria prolongar sua vida, e aqueles casos nos quais ele decide, por exemplo, pela administração de uma droga letal, de forma ativa, para por fim à vida do paciente. Como já indicado, o primeiro pode ser lícito, ou porque o médico está realizando os desejos de seu paciente, ao suspender o cuidado ou tratamento, ou mesmo

O magistrado argumentou que, ao se tomar uma decisão como a que Tony Nicklinson busca, estaria sendo autorizada, legalmente, uma conduta homicida, e esse ato iria de encontro à lei que rege tal delito, modificando-a. Ainda assim, em 12.03.2012, a decisão do Juiz Charles determinou que o caso do Sr. Nicklinson prosseguisse, afirmando que a questão levantada merecia ser submetida a um debate mais profundo, em uma audiência completa, para que fossem expostas as evidências médicas.

Após sua decisão na Suprema Corte, o juiz Charles justificou-a, afirmando que os questionamentos postos pelo caso têm grande significado social, ético e religioso, além de se fundarem em crenças bastante diversas entre si que, muitas vezes, são sustentadas firmemente por seus defensores. Por essa razão, diz ele, o tribunal deverá examinar em profundidade, com

em certas circunstâncias em que (sobre os princípios que irei descrever) o paciente está incapacitado de afirmar ou não o seu consentimento. Mas não é lícito a um médico administrar um medicamento a seu paciente com o escopo de provocar a sua morte, mesmo que isso seja motivado por um desejo humanitário de acabar com seu sofrimento, por maior que o sofrimento possa ser: ver *Reg v Cox* (não declarada), 18 de Setembro de 1992. Então, agir é atravessar o Rubicão, que corre entre, de um lado, o cuidado do paciente vivo e, do outro, a eutanásia – causar ativamente sua morte para evitar ou acabar com seu sofrimento. A eutanásia não é legal na lei comum. É claro que é bem sabido que há muitos membros responsáveis da nossa sociedade que acreditam que a eutanásia deve ser legalizada, mas esse resultado somente poderia ser atingido, eu acredito, pela legislação que expresse a vontade democrática que uma mudança tão fundamental deve ser feita em nossa lei, e pode, se aprovada, garantir que a morte legalizada só possa ser realizada se sujeita a uma supervisão e a um controle adequados. É verdade que o desenho desta distinção pode levar a uma acusação de hipocrisia, porque pode-se perguntar por que, se o médico, mediante interrupção do tratamento, tem direito de deixar seu paciente morrer, não deveria ser legal para retirá-lo de sua situação miserável de imediato, de uma forma mais humana, por injeção letal, em vez de deixá-lo permanecer na dor, até que ele morra. Mas a lei não se sente capaz de autorizar a eutanásia, mesmo em circunstâncias como estas, pois uma vez que a eutanásia seja reconhecida como legítima, nestas circunstâncias, é difícil ver qualquer base lógica para excluí-la em outras." Meretíssimo Juiz CHARLES Nicklinson v MJ Julgamento Aprovado

17. O Requerente deve e realmente aceita que ele agora está convidando o tribunal de atravessar o Rubicão descrito por Lord Goff. Corretamente, ele alega que Bland estava se dirigindo a uma situação diferente e os tribunais não foram apresentados aos argumentos que ele deseja avançar. Ele também afirma, corretamente, que a lei comum se desenvolve ao longo do tempo. Além disso, por sua declaração e argumento, ele aponta (a) que, como é reconhecido em Bland (ver 827G e 865 F / G já referido), a posição jurídica assumida pela lei Inglesa, nela prevista, não é a única posição moralmente correta que pode ser tomada, e (b) a potencial falta de lógica em, ou a potencial hipocrisia de (por Lord Goff), e a dureza do resultado:

i) se ele tivesse a capacidade física para fazê-lo, ele podia legalmente acabar com seu sofrimento, pondo fim a sua vida,

ii) ele poderia legalmente recusar comida e água e assim acabar com seu sofrimento, pondo fim a sua vida, através de um caminho prolongado e doloroso (sujeito a cuidados paliativos que poderiam ser dados a ele legalmente, podendo levar a uma morte mais rápida), e

iii) se o seu estado fosse tal que a retirada do tratamento implicasse sua morte, ele poderia, legalmente, recusar tal tratamento, e assim acabar com seu sofrimento pondo um término em sua vida, mas

iv) qualquer um que o assista por ação (em vez de a interrupção do tratamento em conjunto com os cuidados paliativos) para acabar com seu sofrimento, pondo fim a sua vida, estaria cometendo um crime.

1. Assim, o autor afirma que é pelo menos discutível que a lei comum deve se desenvolver ou modificar para fornecer uma rota legal para acabar com seu sofrimento, pondo fim a sua vida em um momento de sua escolha com a assistência pela ação positiva de um médico em circunstâncias controladas que fossem sancionadas pelo tribunal. Disponível em: <<http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/nicklinson-v-moj.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

grande detalhamento, as circunstâncias particulares do caso antes de autorizar quaisquer medidas a serem tomadas.¹⁸¹

Assim, observa-se que o caso de Nicklinson está centrado, basicamente, no conflito entre a indisponibilidade do direito à vida (ou à “santidade” da vida) e o direito do indivíduo à auto-determinação, inclusive, para escolher o momento de sua própria morte e a maneira como ela ocorrerá, com a ajuda ou não de terceiros. No momento, aguarda-se o julgamento da demanda de Tony Nicklinson pela Suprema Corte daquele país.¹⁸²

Desse modo, conclui-se que na Inglaterra e no País de Gales, nem a prática da eutanásia nem a do suicídio medicamente assistido foram legalizadas, apesar de se fortalecer cada vez mais, na Inglaterra, o movimento em prol da eutanásia: o *Voluntary Euthanasia Society*.¹⁸³

No entanto, é permitida a administração de medicamentos para aliviar a dor, mesmo que possuam como efeito secundário – ainda que não almejado - o encurtamento da vida, em virtude do princípio do duplo efeito.

A jurisprudência também permite que pacientes capazes recusem tratamento, sem que importe o motivo de tal decisão. Outrossim, é reconhecido o direito de o sujeito redigir um testamento vital, com a finalidade de ser utilizado caso o indivíduo se torne incapaz de expressar sua vontade. Além disso, na hipótese de pacientes em estado vegetativo persistente, é autorizada a suspensão das medidas terapêuticas artificiais de manutenção da vida, se houver concordância da família e da equipe médica.

4.1.12 Japão

Em 22.12.1962, a Corte Suprema de Nagoya se posicionou acerca do tema eutanásia em importante decisão sobre o caso de um rapaz que, a pedido de seu pai, doente terminal, o envenenou através do leite que sua mãe lhe dera para beber. O Tribunal definiu requisitos a serem, necessariamente, preenchidos para que a prática da eutanásia fosse juridicamente permitida:

- a) A doença deveria ser terminal e incurável, além da morte ser iminente;
- b) O doente deveria sofrer dores insuportáveis, não passíveis de alívio;

¹⁸¹ 'Locked-in syndrome' man to have right-to-die case heard. Disponível em: < <http://www.bbc.co.uk/news/uk-17336774>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

¹⁸² Pode-se ler a primeira decisão do Mr Justice Charles, na íntegra, em: <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/nicklinson-v-moj.pdf>.

¹⁸³ VIEIRA, 2009, p. 131.

- c) O ato de matar deveria ser executado com o escopo de aliviar a dor do doente;
- d) Deveria haver pedido explícito do paciente;
- e) Caberia somente a um médico executar a eutanásia;
- f) Na hipótese da não possibilidade de o médico realizá-la, em situações especiais, seria permitido receber assistência de outra pessoa;
- g) A eutanásia deveria ser realizada com a utilização de meios eticamente aceitáveis.

No caso em tela, o rapaz foi condenado a quatro anos de prisão, em virtude da ausência dos três últimos critérios enumerados acima. Observe-se, contudo, que a sanção aplicada ao agente foi sensivelmente menor que aquelas com que, geralmente, o homicídio é apenado naquele país.¹⁸⁴

Mais recentemente, em outubro de 2007, foi noticiado que a Associação Japonesa de Medicina Aguda havia aprovado as diretrizes para realizar a eutanásia em pacientes com morte cerebral ou àqueles que teriam morte iminente, apesar do tratamento. O documento teria sido o primeiro aprovado no Japão por uma associação médica, para justificar a retirada da respiração artificial em doentes em estado terminal. A autorização para a prática da eutanásia somente será dada pelos médicos se o paciente tiver expressado anteriormente - de forma escrita - seu desejo de interromper a terapia que, artificialmente, o mantém vivo e se tiver o apoio da família. Ainda de acordo com as diretrizes, se a família não conseguir tomar uma decisão, se o desejo do paciente não for conhecido, a última palavra dependerá da opinião da equipe médica. A legislação japonesa não fala especificamente sobre a eutanásia. Além disso, os juízes somente decidem sobre casos de eutanásia se o paciente solicitá-la voluntariamente, estiver em estado terminal e não responder a terapias alternativas para aliviar seu sofrimento¹⁸⁵.

4.1.13 Portugal

A questão da eutanásia em Portugal não tem sido muito discutida. Brito e Rijo¹⁸⁶ atribuem esse acontecimento a duas ordens de razões: “por falta de um grupo de pressão coeso que suscite o debate e o leve adiante; por outro, devido a algum atraso de percepção da dimensão do problema, relacionado também com algumas carências nos cuidados de saúde

¹⁸⁴ VIEIRA, 2009, p. 152.

¹⁸⁵ JAPÃO aprova diretrizes para aplicar eutanásia. 2007. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI1991216-EI298,00.html>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

¹⁸⁶ BRITO; RIJO, 2000, p. 98.

dos portugueses”. Desta feita, o ordenamento jurídico português tem adotado uma posição cautelosa no que diz respeito à eutanásia.

Na Constituição Portuguesa atual, o direito à vida é o mais importante dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, em razão de ele condicionar todos os outros direitos do indivíduo. Por isso, provavelmente, que, de acordo com Brito e Rijo¹⁸⁷, “o legislador constituinte tenha, desde logo deixado bem claro, que o direito à vida não comporta qualquer exceção”.

Os referidos autores continuam explicando que o direito à vida exige que seu próprio titular o respeite, em virtude de ele mesmo – o titular - não dispor de uma vontade juridicamente soberana sobre esse bem jurídico. O direito à vida seria, então, apenas o direito de exigir um comportamento negativo dos outros, caracterizando-se por sua essencialidade, inatismo, oponibilidade absoluta, interioridade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade, indisponibilidade, e superioridade hierárquica. Por ser, de acordo com os doutrinadores, o mais alto e importante de todos os interesses tutelados pela ordem jurídica, o direito à vida é defendido pelo Estado através das mais diversas formas.

Então, o Código Penal Português, aprovado pelo D.L. nº 400/82, de 23 de setembro (com redação dada pelo DL nº48/95, de 15 de março), apesar de não se referir à eutanásia, explicitamente, dá a entender, em seus artigos 133, 134 e 135 que o encurtamento do período vital de um doente pode configurar crime. Os doutrinadores¹⁸⁸ discorrem sobre os dispositivos mencionados:

É assim que no seu art. 134º, dispõe que “quem matar outrem determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito, é punido com pena de prisão até 3 anos” (nº 1), sendo a tentativa punível (nº 2). Ao contrário da versão original do referido diploma, que exigia que a vítima fosse pessoa maior e imputável, e que o pedido tivesse sido “instante, consciente, livre e expresso”, actualmente a vítima pode ser qualquer pessoa, o que representa sem dúvida uma maior conscientização para o problema da Eutanásia, que com as mesmas exigências de tratamento, pode surgir com doentes de qualquer idade, pelo que a referida restrição era injustificável. É que, até aqui quem acesse a um pedido instante, consciente, livre e expresso de um menor, incorria no crime de homicídio previsto no Art. 131º do C.P., a que correspondia uma graduação da pena de prisão de 8 a 16 anos. Tratando-se de uma situação justificável, o legislador português entendeu por bem atenuar e mitigar a pena dada a sua culpa diminuta. Esta Eutanásia a pedido da vítima, prevista no Art. 134º do C.P. tem – face ao facto de se tratar de uma eutanásia forçada e determinada pelo pedido da vítima – uma moldura penal mais atenuada comparativamente ao homicídio privilegiado previsto no Art. 133º do C.P. dado que aqui trata-se de uma Eutanásia homicida prevista e querida pelo próprio agente – com a intenção consciente e deliberada de matar (*animus necandi*) – embora como modo de pôr termo a insuportável sofrimento da vítima (a compaixão constitui assim, um relevante valor social e moral). A Eutanásia Homicida prevista no Art. 133º do C.P.

¹⁸⁷ BRITO; RIJO, 2000, p. 99.

¹⁸⁸ Ibid., p. 102-103.

é, portanto, bem distinta da Eutanásia a pedido da vítima prevista no Art. 134º, do mesmo diploma.

O rigor da lei, contudo, não impede que os magistrados, diante de um caso concreto, graduem a pena, levando em consideração as circunstâncias, e a pequena intensidade da culpa do agente. Assim, o juiz pode se utilizar da facilidade da atual redação do artigo 134 do Código Penal não determinar um limite mínimo da sanção. Isso, em casos limite, pode acarretar consequências quase coincidentes com a absolvição, sob o aspecto prático e social. Conforme o entendimento dos autores¹⁸⁹:

Julgamos ser esta a melhor solução, porque só caso a caso se pode verificar se haverá ou não uma Eutanásia a pedido conforme ao Art. 134º do C.P., com um pedido instantâneo (isto é, firme, insistente), expresso (manifestado de forma que não deixe dúvidas) e sério (isto é, que não é ditado por situações de desespero ou de perturbação), o que deve levar sempre o agente a ponderar muito bem antes de actuar.

Brito e Rijo ainda ponderam sobre uma questão distinta da eutanásia, no direito português: o auxílio ao suicídio, previsto no artigo 135 do Código Penal. Nesse caso, a vítima não é, necessariamente, um doente em situação terminal, padecendo de sofrimentos insuportáveis e sem expectativa de cura. Ainda que, por acaso, quem solicite a ajuda ao suicídio se encontre em tal estado de enfermidade, aplica-se, do mesmo modo, esse dispositivo (art. 135 do C.P. Português) ao agente que o tiver auxiliado em seu objetivo.

Nessa esteira, diante da Constituição da República Portuguesa, não haveria um direito à eutanásia - nem ao auxílio ao suicídio - mediante o qual alguém pudesse exigir de outrem que provoque seu óbito para por fim a seus sofrimentos. No entanto, haveria o direito de recusar o prolongamento artificial da vida. De acordo com o autor, a justificativa para tal direito seria a proteção à integridade física do indivíduo, como se infere do texto seguinte: “Com efeito, em Portugal, é protegida a integridade física e moral do indivíduo, que tem o direito de decidir de acordo com sua concepção pessoa da vida pela sujeição ou não a quaisquer tratamentos que ele considere degradantes”.¹⁹⁰ Portanto, em Portugal, o doente teria poder para impedir que se prosseguisse com determinado tratamento com o qual não concordasse e os médicos deveriam respeitar a vontade do paciente quando aquele recusa a terapia prescrita ou sugerida.

¹⁸⁹ BRITO; RIJO, 2000, p. 103.

¹⁹⁰ Ibid., p.107.

4.1.14 Uruguai

O Código Penal Uruguaio¹⁹¹, desde sua entrada em vigor em 1º de agosto de 1934, abordou o assunto – eutanásia - em seu artigo 37, considerando o homicídio piedoso como uma das causas de impunidade:

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

Esse artigo estabelece que o juiz tem a faculdade de isentar da sanção o indivíduo com antecedentes honrosos, autor de homicídio, praticado por motivo piedoso, diante de súplicas reiteradas da vítima. Observe-se que não há autorização para a realização da eutanásia, mas tão-somente a possibilidade de o indivíduo, agente do procedimento, ficar impune, desde que cumpridas as condições básicas estabelecidas. Essa legislação foi baseada na doutrina estabelecida pelo penalista espanhol Asúa¹⁹².

Trata-se, então, de hipótese de perdão judicial, conforme se observa no artigo 127 do próprio código uruguaio:

*127. (Del perdón judicial)
Los Jueces pueden hacer uso desta facultad en los casos previstos en los articulos 36, 37, 39, 40 y 45 del Código¹⁹³.*

Relevante, ainda, ressaltar que, segundo o artigo 315 do Código Penal Uruguaio, nada do exposto acima se aplica ao suicídio assistido, que caracteriza um delito, sem a possibilidade de perdão judicial:

*315. (Determinación o ayuda al suicidio)
El que determinare al otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o de uso de estupefacientes.¹⁹⁴*

¹⁹¹ Tradução livre: 37 (Do homicídio piedoso) Os juízes têm o poder de isentar da pena o indivíduo com antecedentes honrosos, autor de um homicídio, motivado por piedade, diante de apelos reiterados da vítima. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/11t2.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

¹⁹² GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia – Uruguai**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanuru.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

¹⁹³ Tradução livre: 127 (Do perdão judicial) Os juízes podem fazer uso desta faculdade nos casos previstos nos artigos 36, 37, 39, 40 e 45 do Código. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/11t8.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

¹⁹⁴ Tradução livre: 315 (Determinação ou suicídio assistido). Aquele que levar outrem ao suicídio ou ajudar a cometê-lo, se a morte ocorrer, será punido com pena de seis meses a seis anos de prisão. Este máximo pode ser ultrapassado até o limite de doze anos quando o crime foi cometido em uma criança menor de dezoito anos, ou em um indivíduo de inteligência ou vontade diminuídas por doença mental ou abuso de álcool ou uso de drogas. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/12t12.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

Recentemente, em março de 2009, noticiou-se que o parlamento uruguaio aprovou um projeto de lei que autorizaria pacientes terminais a optarem por interromper seu tratamento, o que foi definido no país como “Direito à Eutanásia”. O debate na Câmara dos Deputados foi tenso, apesar de, à época, as discussões no Congresso uruguaio já haverem sido iniciadas há cerca de oito anos¹⁹⁵. Para que o projeto se transformasse em lei, havia a necessidade de que o presidente o sancionasse, o que, até o momento, não aconteceu.

O assunto é realmente polêmico naquele país e, de acordo com Vieira¹⁹⁶:

Embora haja mais de sessenta anos de debates em torno da hipótese de homicídio piedoso e de seu tratamento final, já que tal dispositivo se encontra vigente desde 1934, os repertórios de jurisprudência uruguaia não registram decisão em que tenha sido aplicado o art. 37 do Código Penal.

4.1.15 Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que a eutanásia, em geral, vem obtendo, cada vez mais, atenção e regulamentação jurídica específica em diversos países. Na maior parte das vezes, contudo, ainda não existem tipos penais autônomos, revelando-se, quase sempre, apenas a noção de atenuação da sanção. Essa mitigação pode se dar, como observado, ou com a aplicação de atenuantes genéricas, ou com a utilização de causas gerais (formas privilegiadas *lato sensu* de homicídio) ou específicas (privilégio *stricto sensu*, particular à matéria) de diminuição de pena.

Não se pode deixar de constatar, entretanto, que algumas legislações nacionais exibem, sim, tipos eutanásicos autônomos, com particular mitigação da pena, já em seus limites cominados abstratamente. Conforme observado, algumas prevêm expressamente a possibilidade de perdão judicial. Outras ostentam a descriminalização da conduta, especialmente no que toca à ortotanásia, mas também no que diz respeito à eutanásia própria, em sentido estrito.

¹⁹⁵ CARMO, Márcia. **Parlamento do Uruguai aprova ‘Direito à Eutanásia’**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090318_eutanasia_uruguaig.shtml>. Acesso em: 04 mar. 2012.

¹⁹⁶ VIEIRA, 2009, p. 151.

4.2 A eutanásia e o direito brasileiro

4.2.1 A morte encefálica e a legislação brasileira

Até a publicação da Lei 5.479 de 10 de agosto de 1968, não existia, na legislação pátria, nenhuma menção, em qualquer ato normativo, que tentasse regular juridicamente a determinação do momento da morte de uma pessoa. A lei mencionada - que tratava da retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáveres para finalidade terapêutica e científica - realizou uma verdadeira revolução nesse sentido, já que apresentou o primeiro texto jurídico que se representava, de algum modo, a judicialização do diagnóstico de óbito de um ser humano.

Sua publicação seguiu-se à realização do primeiro transplante cardíaco executado no Brasil, também em 1968, pelo médico Euryclides de Jesus Zerbini. Apesar de, à época da cirurgia, não estar regulamentada oficialmente a forma através da qual seria diagnosticada a morte de determinado paciente, a equipe do Dr Zerbini achou por bem comprovar o falecimento do doador do órgão para o transplante e, para isso, se utilizou de critérios eletroencefalográficos¹⁹⁷.

Com a Lei 5.479/68, ficou estabelecido que a retirada *post mortem* de órgãos deveria “ser precedida da prova incontestável da morte” e essa comprovação somente poderia ser feita por médico de capacidade comprovada e instituições reconhecidamente idôneas. No entanto, a lei não mencionou a expressão “morte encefálica” e preferiu não definir exatamente que critérios deveriam ser preenchidos para que houvesse a determinação do óbito, deixando o procedimento a cargo dos profissionais da medicina.

Como já mencionado anteriormente, os critérios de Harvard sobre morte encefálica foram publicados no *Journal of the American Medical Association (JAMA)* de 5 de agosto de 1968¹⁹⁸. A publicidade dos critérios assim estabelecidos, junto à promulgação da Lei 5.479/68, no Brasil, funcionaram como estímulo para que - no período que se seguiu imediatamente à sua publicação - vários serviços de saúde brasileiros (em sua grande parte, serviços médico hospitalares ligados a instituições de ensino universitário) estabelecessem os seus próprios

¹⁹⁷ CORREA NETO, 2011.

¹⁹⁸ CORREA NETO, Loc cit.

critérios de morte encefálica. Somente em 1991, o Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamentou a questão em âmbito nacional, com a Resolução 1.396/91.¹⁹⁹

O CFM, na argumentação que precedia a resolução citada, considerou que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivaleria à morte, aceitando o que já estava convencionado pela comunidade científica mundial. Assim, na Resolução 1.396/91, houve a definição dos critérios através dos quais seria comprovada a morte encefálica, em pacientes com mais de dois anos de idade: coma aperceptivo com arreatividade inespecífica (dolorosa e vegetativa), de causa definida, com ausência de reflexos corneano, oculocefálico, oculovestibular e do vômito, positividade do teste de apneia, excluindo-se os casos de intoxicações metabólicas, intoxicações por drogas ou hipotermia. A ausência das atividades bioelétricas ou metabólicas cerebrais ou da perfusão encefálica completavam o diagnóstico. O período mínimo de observação desse estado clínico deveria ser de seis horas.

Apenas em 1997, promulgou-se uma nova lei sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento: a Lei 9.434 de 04 de fevereiro de 1997. Este instrumento jurídico foi o primeiro a reconhecer legalmente a morte encefálica no Brasil. Além disso, confirmou que o CFM seria o órgão competente para determinar os critérios para o seu diagnóstico, conforme se observa em seu capítulo II, art. 3º:

A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de **morte encefálica**, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, **mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.**²⁰⁰ (grifo nosso)

Destarte, a lei conferiu um conceito legal ao fenômeno morte, fixando seu momento. Todavia, determinou que, no caso concreto, tal fixação está submetida aos padrões clínicos e tecnológicos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina. Segundo Guimarães²⁰¹:

A lei, portanto, passa a definir, efetivamente, quando se deve ter a pessoa como morta. Dispondo a lei acerca da retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano *post mortem*, esta última expressão vem indicar, de forma clara, que a norma legal autoriza essa retirada porque evidentemente compreende que o termo final da vida do indivíduo já se concretizou, bem como que tal fato ocorre a partir da constatação da morte encefálica.

Depreende-se, portanto, que para a lei existe morte a partir da cessação plena e não reversível das funções cerebrais. *Contrariu sensu*, entende-se que mesmo não tendo ainda havido a “morte cardíaca”, isto é, não tenha ocorrido total parada cardíaco-respiratória, ainda que seja ela iminente, a norma legal permite considerar já morto o indivíduo com total ausência das funções encefálicas, após haver sido tal situação devidamente constatada por médicos, na forma estabelecida pela própria lei.

¹⁹⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resoluções normativas**: março de 1957 a dezembro de 2004. Brasília, DF: CFM; 2005.

²⁰⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.480/97**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 26 ago. 2011.

²⁰¹ GUIMARÃES, 2011, p. 60.

O criterioso seguimento dessa forma, posta pela norma, garante, legalmente, a efetiva e indubitável constatação da morte encefálica, trazendo proteção, sobretudo, aos profissionais de saúde envolvidos na prática da remoção de órgãos humanos, de modo a claramente isentá-los de responsabilização civil e criminal em uma situação sabidamente emergencial e geralmente permeada por questões emocionais das mais diversas, amparando e tranquilizando, de outro lado, familiares do doador dos órgãos, convencidos da ocorrência efetiva de morte, comprovadamente havida em momento anterior ao início da manipulação do corpo humano para os fins de retirada de órgãos e tecidos.

Em seu artigo 14, a Lei 9434/97 (que já teve a redação de alguns de seus artigos alterada, por determinação da Lei 10.211/01) também previu sanções penais e administrativas para aqueles que violarem os procedimentos prescritos pela norma, em relação à constatação da morte encefálica:

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.²⁰²

Importante ressaltar que, logo após a nova orientação legal, o CFM editou a Resolução nº 1.480/97 (para substituir a antiga resolução nº 1.396/91), onde reafirmava os requisitos estabelecidos para que se pudesse chegar ao diagnóstico de Morte Encefálica, aqui definida como coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia, consequência de processo irreversível e de causa conhecida, mantido por seis horas nos maiores de dois anos, corroborado por exame complementar que demonstre ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral, excluídos hipotermia e uso de depressores do sistema nervoso central. Clinicamente, devem ser observados: coma aperceptivo, pupilas fixas e arreativas, ausência de reflexo córneo-palpebral, de reflexos oculocefálicos, de respostas às provas calóricas, de reflexo de tosse, e apneia. A norma determina, outrossim, que ao se constatar e documentar a morte encefálica, o diretor clínico da instituição hospitalar deve comunicar o fato aos responsáveis legais pelo indivíduo e à central de notificação, captação e distribuição de órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo estiver internado.²⁰³

Mas antes de estabelecer todos esses requisitos para o diagnóstico da morte encefálica, a resolução 1.480/97 fala, em seu preâmbulo, da necessidade da edição dessa norma, em virtude da lei 9.434/97, justamente pela consideração de que a parada total e

²⁰² BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 26 ago. 2011.

²⁰³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina, 2005.

irreversível das funções encefálicas equivale efetivamente à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial.

O preâmbulo continua, então, alertando para o “ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica”, o que já revela a ideia do posicionamento contra a distanásia, assumido pelo conselho. No entanto, a norma prossegue ressaltando a necessidade de uma indicação judiciosa quando da interrupção do emprego desses recursos, geralmente utilizados para a manutenção artificial das funções vegetativas.

A resolução ainda pontua a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte, mesmo admitindo que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de sete (7) dias e prematuros. Nesse sentido, Guimarães²⁰⁴:

Diante da resolução, por fim, em seu cerne, o trâmite pelo qual deve passar o interessado para que, no campo médico (e também jurídico, posto que a lei, de se repisar, atribui ao próprio Conselho Federal de Medicina a competência para definição dos critérios para a constatação do termo final da vida) não parem dúvidas acerca da caracterização da morte encefálica, determinando que essa constatação deve se dar por meio da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos variáveis, típicos de cada faixa etária, bem como que essa morte deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, servindo como parâmetros clínicos para tal caracterização o coma aperceptivo, com ausência de atividade motora supra-espinal e apneia, ao mesmo tempo em que os exames complementares devem demonstrar, inequivocamente, a ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral, ou ainda ausência de perfusão sanguínea cerebral. Tem-se, assim, que foi pelo ordenamento jurídico efetivamente indicado o termo final da vida, ou seja, a lei, por derradeiro, assinalou exatamente o momento em que pode ser considerada morta a pessoa humana.

Apesar de todo o exposto, no meio médico, ainda havia incerteza em relação à possibilidade de utilização dos critérios de morte encefálica no diagnóstico do óbito de indivíduos não doadores de órgãos. O argumento, sustentado por aqueles tinham essa dúvida, era o fato de que a resolução 1.480/97 existia tão somente para regulamentar a Lei 9.434/97 que, por sua vez, era destinada a reger a prática de transplantes de órgãos.

Além disso, o texto do artigo 57 do então vigente Código de Ética Médica (Resolução nº 1.246/88) - que foi mantido na atualização de 2009 como art. 32 (Resolução nº 1.931/09) – dava origem a interpretações equivocadas em razão de sua redação, que afirma

²⁰⁴ GUIMARÃES, 2011, p. 61-62.

ser vedado ao médico “deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.²⁰⁵

Objetivando debelar tais incertezas, cerca de dez anos depois de publicada a Resolução 1.480/97 - já nos idos do ano de 2007 - o CFM editou a Resolução nº 1.826/07. Nela, o órgão esclarece que "é legal e ética a suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando determinada a morte encefálica em não-doador de órgãos", que "o cumprimento da decisão mencionada deve ser precedido de comunicação e esclarecimento sobre a morte encefálica aos familiares do paciente ou seu representante legal, fundamentada e registrada no prontuário" e que "a data e hora registradas na declaração de óbito serão as mesmas da determinação de morte encefálica".²⁰⁶

Então, se ainda existiam quaisquer dúvidas em relação à responsabilidade civil e penal do médico que optasse por retirar o suporte artificial à vida de paciente sem atividade encefálica, mas ainda com alguma atividade cardiorrespiratória, após a Resolução 1.826/07 - com a clareza solar de sua redação - todas elas foram dirimidas.

Tentou-se ir mais longe no ano de 2009, durante a IV Conferência Nacional de Ética Médica, em São Paulo, ocasião em que o Código de Ética Médica foi revisado e atualizado. Foi apresentada uma proposta, elaborada pela Comissão Nacional de Revisão do Código de Ética Médica²⁰⁷, em que se tentava incorporar ao código o dever do médico suspender o tratamento em casos de morte encefálica, como se observa no texto transcrito abaixo:

É vedado ao médico manter, por meios artificiais, corpo em morte encefálica, exceto nas situações em que se aguarde a retirada de órgãos para transplante, gestante morta com nascituro viável, ou manifestação contrária por escrito do representante legal do paciente durante os procedimentos de constatação de morte encefálica, segundo o protocolo do CFM, neste último caso comunicando às autoridades sanitárias.
Parágrafo único. É dever do médico esclarecer ao representante legal do paciente os objetivos e consequências dos procedimentos para a constatação da morte encefálica.

Se inserido esse novo texto no Código de Ética Médica, a suspensão de procedimentos terapêuticos, em caso de morte encefálica, deixaria de ser tão somente justificável do ponto de vista ético, como passaria a ser obrigação deontológica e, desse modo, passível de punição se não executada, a não ser na hipótese de discordância entre as opiniões dos médicos assistentes e dos responsáveis legais pelo paciente. No entanto, tal proposta não foi acatada. A razão disso talvez seja a inexistência de uma compreensão plena do conceito de morte encefálica por grande parte da sociedade brasileira contemporânea.

²⁰⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Aprovado pela resolução CFM nº 1.931/2009, de 06 mai. 2009, D.O.U. de 13 out. de 2009, Seção I, p. 173. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>. Acesso em: 26 ago. 2011.

²⁰⁶ CORREA NETO, 2011 .

²⁰⁷ CORREA NETO, Loc. cit.

A definição legal do momento da morte assume uma enorme importância em casos com características semelhantes à eutanásia, conforme se nota em texto de Guimarães²⁰⁸:

Outrora, na seara legal, problema de grande monta existia para se apreciar a responsabilidade civil e, especialmente, a criminal do indivíduo que, por exemplo, matava por compaixão quem estivesse em estado terminal de doença incurável, em situação irreversível e provavelmente sem mais qualquer atividade cerebral. Em princípio, para o ordenamento jurídico pátrio, poderia ser responsabilizado penalmente quem assim agisse em relação à pessoa com morte encefálica, mas ainda com alguma atividade cardíaca.

Com a referida delimitação legal do momento da morte, tal não mais ocorre, posto que, em se constatando a morte encefálica, legalmente é considerado já morto o indivíduo, ainda que não tenha já se instalado a plena cessação do sistema cárdio-respiratório.

Nesse diapasão, diante de quadros clínicos em que o médico desligue os aparelhos mantenedores da respiração artificial ou mesmo ministre drogas para cessar a atividade cardíaca do paciente cujo tronco encefálico já não possui atividade alguma – obviamente se presentes todos os requisitos estabelecidos pelo CFM para o diagnóstico de morte encefálica – não há homicídio, uma vez que o óbito já haverá ocorrido, de acordo com a disposição legal supracitada. Portanto, nessa hipótese, a pessoa já não estaria viva no momento do desligamento dos aparelhos ou da administração da droga supostamente letal e, por isso, homicídio seria um crime impossível.

Merece, aqui, transcrição de um trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto²⁰⁹, ao julgar ação relativa à pesquisa com células-tronco embrionárias, devido à correlação feita entre o conteúdo da Lei de Transplantes de Órgãos (Lei 9.434/97) e o da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), no que diz respeito à fixação legal do momento da morte:

Por isso que a Lei nº 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras “desta vida de aquém-túmulo”, como diria o poeta Mário de Andrade. [...] O paralelo com o art. 5º da Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado é algo que jamais será alguém. Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de

²⁰⁸ GUIMARÃES, 2011, p. 61-62.

²⁰⁹ VOTO do ministro Carlos Ayres Britto na ação relativa à pesquisa com células-tronco embrionárias. ADIN nº 3510-0, em 05 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

uma personalidade jurídica ao nativo. **O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais.** A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescondível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito ergo sum*, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano. **Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.** (grifo nosso).

Todavia, embora já exista no ordenamento jurídico a determinação do termo final da vida, com reflexos civis e penais estabelecidos, há ainda muitas divergências em relação ao tema. Com efeito, existem várias pessoas - inclusive profissionais da saúde, cuja área de atuação, na prática, é bem mais próxima da problemática aqui discutida - que defendem a inconstitucionalidade da regulamentação jurídica que se acaba de descrever, argumentando que essa legislação atentaria contra o princípio da inviolabilidade da vida.²¹⁰

Esse é, então, o arcabouço normativo referente à regulamentação morte encefálica no Brasil. No panorama descrito, constata-se a permissão legal para que sejam utilizados determinados critérios, tidos como universais, para o diagnóstico do óbito, outrossim já definido, em lei, como morte encefálica. Esses critérios, de acordo com Correa Neto, “se pecam, o fazem por excesso, exigindo disfunção encefálica irreversível e exames complementares, impossibilitando falsos positivos”.²¹¹ Portanto, em virtude da delimitação posta pelo ordenamento jurídico pátrio, a discussão acerca do efetivo termo final da vida resta encerrada, pelo menos no campo normativo.

²¹⁰ Entretanto, percebe-se que a dificuldade que existe para que estas pessoas aceitem as normas jurídicas que fixam o momento do óbito como o instante da morte encefálica é, essencialmente, uma questão religiosa, uma vez que cada religião pode compreender a vida (seu início e seu fim) de um modo diferente. A religião, no entanto, não deve balizar a discussão proposta, pois a fé, com seus dogmas, não constitui meio adequado para tal decisão.

²¹¹ CORREA NETO, 2011.

4.2.2 O Código Penal Brasileiro, a eutanásia e algumas teorias sobre a sua regulamentação legal

Sabe-se que, no Brasil, a eutanásia recebe, praticamente, o mesmo tratamento jurídico do homicídio. Essa ideia se fundamenta no artigo 121 do Código Penal pátrio, reproduzido a seguir:

Art. 121. Matar alguém. Pena – Reclusão, de seis a vinte anos.
§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, [...] o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.²¹²

Contudo, do parágrafo primeiro transcrito acima, infere-se que a conduta eutanásica pode ser contemplada com o privilégio de redução da pena, mas somente na hipótese em que se conclua que o móbil da conduta tipificada (ou seja, o que motivou o agente a matar alguém) tenha sido o grande sofrimento do ofendido, o que poderia ser considerado motivo de relevante valor moral. Nestes casos - sendo a eutanásia considerada homicídio privilegiado - o agente que houvesse praticado o delito, teria sua pena reduzida de um sexto a um terço. Entretanto, ainda assim, no Brasil, a eutanásia não deixa de ser contemplada como crime contra a vida.

Todavia, resta exaustivamente demonstrado, no presente estudo, que o vocábulo eutanásia pode assumir diversos significados, cujos limites abarcadores - no que diz respeito ao que seria, de fato, a conduta eutanásica - variam sobremaneira, a depender de quem a define.

Essa pluralidade de entendimentos sobre o que constituiria, realmente, a eutanásia (desde a motivação que leva ao ato até a conduta que concretizaria a figura em si) leva a uma ampla diversidade de posicionamentos relativos a seu acatamento ou não como figura legítima no mundo jurídico.

Somada a essa plurissignificação do termo, temos ainda a enorme amplitude de posicionamentos filosófico-ideológicos, sócio-políticos, culturais e religiosos em relação à eutanásia (mesmo quando o vernáculo assume um conceito unívoco), o que também leva a uma grande divergência de argumentos acerca de sua aceitação ou rejeição nos mais variados setores da sociedade. Portanto, na seara do Direito Penal não poderia ser diferente: a eutanásia é, realmente, assunto bastante controverso, não havendo consenso nem mesmo sobre qual seria, de fato, a sua natureza jurídica e, assim, qual a melhor forma de regulamentá-la juridicamente.

²¹² BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm>. Acesso em: 07 dez. 2009.

Em uma tentativa de resumir a enorme gama de posicionamentos sobre a melhor regulamentação jurídico-penal possível acerca da eutanásia, pode-se citar Tripodina apud Guimarães²¹³, que confirma a variedade de entendimentos quando o assunto é essa figura tão polêmica. A autora afirma que, ao se analisar a conduta eutanásica, muitas opiniões - com maior ou menor aceitação - se manifestam, em virtude da pluralidade de entendimentos constatada ao se buscar uma solução legal para a questão. Assim, fala-se em:

- a) “não punibilidade do agente” já que, no homicídio por piedade, o dolo não estaria presente (pois o autor, orientado exclusivamente pela vontade de fazer o bem, não estaria consciente da antijuridicidade de sua conduta);
- b) “descriminante do estado de necessidade”, onde o agente foi induzido a agir, em virtude da necessidade de salvar outrem de perigo grave e iminente;
- c) “descriminante do adimplemento do dever”, referindo-se, especialmente, ao médico, em hipótese de suspensão de tratamento fútil ou de sedação terminal;
- d) “descriminante tácita do fato social adequado” quando se entende que a instrução normativa de uma lei pode não ser determinada integralmente por essa mesma norma, realizando-se o fato, em verdade, diante do concurso de uma determinada situação social, por meio de uma apreciação sistemática com outras normas, em um sentido mais amplo;
- e) “causa de excludente de culpabilidade”, dirigida ao médico, como uma inexigibilidade de conduta diversa, especialmente quanto ao desligamento do aparato responsável pela manutenção da vida;
- f) “instituto da graça”, ao qual se recorreria para que fosse concedida ao agente, após a imposição da pena;
- g) “mitigação da pena”, como ocorreria em quaisquer hipóteses de conduta com relevante valor moral ou social;
- h) “atenuação especial da reprimenda”, para casos específicos de eutanásia;
- i) “criação de norma própria, autônoma para a espécie”, onde seria imposta uma pena especialmente branda, ou, até mesmo, poderia não existir sanção cominada para a conduta, descriminalizando-a.

Assim, ao se tentar discorrer com maior detalhamento sobre alguns dos entendimentos supracitados (pelo menos aqueles situados entre os mais aceitos pela doutrina), se faz mister ressaltar, em primeiro lugar, que alguns compreendem a eutanásia como

²¹³ GUIMARÃES, 2011, p. 233-234.

homicídio simples, sem qualificadoras ou majorantes, nem atenuações. Calón citado por Guimarães²¹⁴ assevera que, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, a morte através da eutanásia é regulamentada como homicídio comum, e a sanção imposta ao homicídio piedoso é a mesma cominada ao delito padrão (apesar de, muitas vezes, ser atenuada). Desse modo, conclui que a prática é quase sempre punível nas legislações penais, caracterizada como homicídio comum.

Entretanto, já houve quem considerasse a figura da eutanásia como homicídio agravado, por entender-se que ela seria equivalente ao assassinato de uma vítima sem possibilidade de defesa ou, pelo menos, com a defesa dificultada. Também se argumenta a favor do agravamento, no caso de o agente agir de maneira fútil ou torpe, movido por sentimento egoístico ou meramente econômico (nesse caso, no entanto, não se configuraria a eutanásia propriamente dita, tal qual definida anteriormente nesse estudo; lembre-se que, para que se concretize a eutanásica, é necessária a motivação piedosa do agente). Bento Faria é um dos que afirma não revelar a prática eutanásica nenhum valor moral ou social, sendo contra a razão e a consciência humana. Guimarães²¹⁵ descreve o entendimento do referido autor:

Desfia que o sofrimento é o preço da perfeição moral e o tributo a ser pago pelo homem em sua peregrinação pelo mundo, pelo que deveria ser a eutanásia repelida em nome do direito, não se olvidando de que a existência humana é sagrada, ainda que irremediavelmente empolgada pela dor e socialmente inútil. Assim sendo, conclui que a defesa da eutanásia configuraria mera apologia a um crime. Nesse libelo, a respeito do tema, é demonstrado posicionamento não somente indicativo da consideração da eutanásia como efetivo homicídio, como também de firme recusa do instituto do privilégio no caso eutanásico. Aliás, mais do que um homicídio simples, a posição se aproxima mesmo da defesa de impor-se, na hipótese, a figura de um homicídio com pena especialmente agravada pela torpeza, que adviria de uma indigitada repugnância, pela razão e pela consciência, do homicídio compassivo.

Hodiernamente, todavia, o posicionamento majoritário da doutrina pátria é o de que a eutanásia realmente configuraria homicídio, porém, admitida ao agente sancionado a concessão da figura do privilégio. De acordo com tal entendimento, portanto, a eutanásia constituiria homicídio privilegiado. Conforme Guimarães²¹⁶, “o homicídio privilegiado, assim, costumou ser a fórmula aceita para a solução dos casos relativos aos chamados homicídios piedosos”.

M. Iglesias, por exemplo, afirma que não é rara a aceitação de uma punição menos severa para o homicídio piedoso quando se o compara a um homicídio vulgar. A causa dessa

²¹⁴ GUIMARÃES, 2011, p. 226.

²¹⁵ FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro (comentado)**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. IV. p. 13-14.

²¹⁶ GUIMARÃES, Op. cit., p. 225.

atenuação é, geralmente, o móvel que orienta o agente – sem que se esqueça também do consentimento do paciente. Conforme relata Guimarães²¹⁷, Iglesias leciona, particularmente, que o consentimento não chega a ter valor justificante na eutanásia, mas recorda que autores como Ingenieros e Del Vecchio o entendem como a razão mais legítima de impunidade nas hipóteses de homicídio piedoso. Iglesias continua sua lição, justificando uma menor severidade do sistema penal em relação à eutanásia, com o argumento da importância do direito da pessoa sobre o próprio corpo, consequência da autonomia da vontade, mas, sobretudo ressalta a relevância que tem, no Direito Penal Moderno, o motivo que dirige o autor da conduta. Assevera que seria absurdo declarar impunidade de quem mata um paciente com enfermidade incurável em virtude de móbil egoístico - como, por exemplo, para alcançar mais rapidamente uma herança ou para se desfazer da pesada carga econômica que representa um doente crônico. Contudo, se o móvel que anima o agente tem finalidade altruísta apenas, a imposição da pena seria carente de sentido e inútil.

Alves²¹⁸ se inclui entre os que consideram a eutanásia hipótese de homicídio, podendo ser aplicado o tipo privilegiado, se restar devidamente comprovado que o agente atuou em razão de relevante valor social ou moral.

Noronha²¹⁹ também é um dos doutrinadores pátrios que defendem que a eutanásia é prática homicida, mas aceitando a concessão do privilégio ao agente, considerando o relevante valor moral e se provadas a ausência de motivo egoístico e a presença do móbil piedoso ou compassivo do homicida.

Greco²²⁰ também se filia ao entendimento da eutanásia como homicídio privilegiado, ao dizer que “as hipóteses de eutanásia também se amoldam à primeira parte do §1º do art. 121 do Código Penal”. Afirma ainda que:

Quando o agente causa a morte do paciente já em estado terminal, que não suporta mais as dores impostas pela doença a qual está acometido, impelido por esse sentimento de compaixão, deve ser considerado um motivo de relevante valor moral, impondo-se a redução obrigatória da pena.²²¹

Outrossim, Capez concorda com a interpretação da eutanásia como homicídio privilegiado. Primeiro, diz que o homicídio privilegiado está previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal e que este dá direito a uma redução de pena (que pode variar de um sexto a um terço do tempo cominado na mesma), tratando-se de verdadeira causa especial de diminuição

²¹⁷ GUIMARÃES, 2011, p. 232.

²¹⁸ ALVES, Léo da Silva. Eutanásia. *Revista Consulex*, n. 29, a. III, p. 12-13, maio 1999.

²¹⁹ NORONHA, E. Magalhães de. *Direito penal*. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2. p. 22-23.

²²⁰ GRECO, Rogério. *Curso Direito Penal: parte especial*, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. Niterói: Ímpetus, 2007. p. 157.

²²¹ GRECO, Loc. cit.

de pena, que incide na terceira fase da sua aplicação (art. 68, *caput*, Código Penal). Afirma que a concessão do privilégio não desnatura a condição da eutanásia de homicídio previsto no tipo básico (*caput*), entretanto, em razão da presença de certas circunstâncias subjetivas que levam a menor reprovação social, o legislador prevê uma causa especial de atenuação da pena. O autor²²² ainda discorre, especificamente, sobre a eutanásia:

Significa boa morte. É o antônimo de distanásia. Consiste em por fim à vida de alguém, cuja recuperação é de difícil prognóstico, mediante o seu consentimento expresso ou presumido, com a finalidade de abreviar-lhe o sofrimento. Troca-se, a pedido do ofendido, um doloroso prolongamento de sua existência por uma cessação imediata da vida, encurtando sua aflição física. Pode ser praticada mediante um comportamento comissivo (eutanásia ativa) ou omissivo (forma passiva). No primeiro caso, por exemplo, o médico aplica uma injeção letal no paciente a seu pedido, por não suportar mais vê-lo sofrendo. O autor age, interfere positivamente no curso causal; a segunda hipótese é a do paciente com câncer em estágio terminal, já inconsciente, o qual é transferido da UTI para o quarto do hospital ou para sua casa, mediante autorização expressa de sua família, presumida a sua aquiescência. Ninguém provoca a sua morte, mas a cadeia de causalidade prossegue, sem que seja interrompida pelo médico ou por terceiros. Geralmente, é o que ocorre na prática – há uma consulta à família, no sentido de manter os tubos e aparelhos ligados à pessoa, e com isso aprofundar sua degradação física ou paralisar o tratamento e aguardar o desfecho da natureza. Em nossa legislação, ambas as modalidades configuram homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º - relevante valor moral), sendo a modalidade omissiva um crime omissivo impróprio, por quebra do dever legal (CP, art. 13, § 2º, a). É possível sustentar a atipicidade na eutanásia omissiva, sob o argumento de que, em situação extremas, não há bem jurídico a ser tutelado, já que a vida só existe do ponto de vista legal, mas em nada se assemelha aos padrões mínimos de uma existência digna, dado que a pessoa está apenas vegetando. Entretanto, é orientação pacífica na doutrina e jurisprudência que em ambos os casos ocorre homicídio privilegiado. Em alguns países da Europa, como a Holanda, desde abril de 2001, ela não mais configura crime. Não é o caso do Brasil.

Fragoso, Pedrosa e Nostre²²³ são outros doutrinadores citados por Guimarães como partidários do entendimento da conduta eutanásica como homicídio privilegiado.

Outro posicionamento sustentado pela doutrina é o da aplicação de excludentes ou dirimentes para os casos de eutanásia. A excludente de tipicidade, por exemplo, é defendida por quem acredita que o dolo homicida propriamente dito está ausente. Há ainda aqueles que atestam a existência de uma excludente de ilicitude ou de uma exclusão da culpabilidade, ou então a presença de circunstância de isenção da pena, chegando às excusas absolutórias, à graça ou ao perdão judicial.

Strenger²²⁴ é um dos que entendem desse modo, defendendo a aplicação do instituto da graça. Ele possui a convicção de que a eutanásia é proscrita das leis do Estado e das

²²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 2:** parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 34.

²²³ GUIMARÃES, 2011, p. 226-227.

²²⁴ STRENGER, Irineu. **Direito moderno em foco.** São Paulo: LTR, 2004. p. 263.

normas morais. Entretanto, afirma que nos casos eutanásicos a solução jurídica mais apta a contornar as imposições do ordenamento legal seria a graça. Aduz que a questão mais importante é saber se o homicídio piedoso deve ser punido com toda a severidade da lei. Assim, continua dizendo que o Direito deve intervir, sim, na prática eutanásica, mas sustenta que tal intervenção deve ser atenuada e, para isso, deve ser utilizado o instituto da graça. Ele observa que as decisões sobre eutanásia variam enormemente em tribunais do mundo inteiro (informação baseada em dados estatísticos). Contudo, em quase todos os casos, há atenuação nas decisões por levar-se em consideração o móbil que levou o agente a praticar a conduta: piedade ou compaixão.

Também Asúa concorda que o perdão judicial seria a melhor solução no julgamento de casos eutanásicos. Antes, porém, adentra na discussão sobre se o homicídio piedoso poderia ser causa de justificação, causa de inculpabilidade ou desculpa absolutória. O autor admite que dar a qualidade de causa de justificação ao homicídio piedoso foge da razoabilidade. Aponta que mais adequado seria reconhecer uma causa de inculpabilidade ou, ainda melhor, uma escusa absolutória mais restrita, já que o fato continuaria antijurídico e culposo, mas restaria impune em razão das circunstâncias que concorrem na pessoa do autor. Conclui que a solução mais correta seria não expressar a impunidade da eutanásia, porém, ao mesmo passo, aceitar a aplicação do perdão judicial a cada caso, conforme suas peculiaridades, a depender do livre arbítrio judicial. Desta feita, Guimarães²²⁵ mostra o posicionamento de Asúa:

Alerta que não se trata de perdão judicial dirigido aos casos repugnantes de organização, com aparato de legalidade, para o extermínio de pessoas atacadas de males incuráveis ou de demência irremediável, mas sim à hipótese da morte dada por compaixão ao doente incurável e doloroso, consciente do seu mal e do seu estado, que deseja abreviar os seus padecimentos. Tais situações devem ser resolvidas com justiça e humanidade. Lembra, nesse ponto, a distinção entre a eutanásia médica e o homicídio piedoso exercido por familiares ou amigos fiéis e desinteressados. No que toca ao médico, não poderia ele praticar a eutanásia com o premeditado desígnio de produzir a morte. Ao contrário disso, tal prática chega a ele como meio de cura, de aliviar padecimentos, até porque curar não é só dar saúde, mas aliviar também, mormente nos casos em que há dores intoleráveis, que reclamam aplicação de analgésicos e narcóticos, ainda que tendo o médico a consciência de que, com tal conduta, poderá abreviar a existência do enfermo, acelerando o fim de seus dias cruéis. Assenta que o médico é guiado não pela intenção de matar o paciente, e nem mesmo por piedade, mas o seu desígnio é aliviar o sofrimento de seu paciente. Conclui que essa eutanásia médica deve restar impune porque mais do que uma forma de matar é uma verdadeira cura, um remédio sintomático das mais espantosas dores, um meio benéfico para os que sofrem cruelmente. Na outra forma de eutanásia, por vezes mais violenta, praticada por indivíduo ligado ao paciente por laços de família, de amizade ou amor, o móvel que o anima adquire importância máxima. Assim, se o matador não se guiou por motivo egoístico (recolher herança, reduzir prejuízo econômico com tratamentos etc.), mas

²²⁵ GUIMARÃES, 2011, p. 231.

foi movido por verdadeiras causas piedosas e compassivas, defende um processo certo de não punição do autor da conduta, dando ao juiz a faculdade para perdoar, mas não em forma de perdão legal, consignando a certas infrações, e sim em forma ampla, de verdadeira perdão judicial. Arremata dizendo bem saber que a justiça e a piedade têm áreas distintas, assim como não ignora que a justiça repassada de piedade é mais justa.

Segundo Welzel²²⁶, a conduta eutanásica comporta justificção por estado de necessidade, como exculpante supralegal, pois, na hipótese, a vida ou a integridade corporal de um terceiro, se contrapõe a outro valor muito relevante, originando uma situação de conflito de interesses ou conflito de consciência, onde o autor não pode deixar de tomar determinada decisão, não sendo razoável que o ordenamento lhe imponha tal responsabilidade, por ter preferido - nas circunstâncias do caso concreto - optar por um injusto menor para proteger a outrem de um injusto maior.

Existe, outrossim, quem adote o posicionamento de que não seria função do Direito Penal preocupar-se com casos de eutanásia: argumenta-se que, diante do que se entende como função ou necessidade da pena, não seria razoável sancionar-se o agente que praticou uma conduta eutanásica. Esse entendimento deriva da concepção de que não se poderia imputar objetivamente uma responsabilidade penal ao agente praticante da conduta eutanásica, de acordo com a ideia de que, com tal conduta, não se teria aumentado qualquer risco que, *a priori*, seria permitido.

É o que afirma a teoria da imputação objetiva, sobre a qual bem discorre Fernando Capez, quando explica que, de acordo com tal teoria, somente há “imputação do resultado ao autor do fato se o resultado tiver sido provocado por uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido ou se o agente, com seu comportamento, tiver aumentado a situação de risco proibido e, com isso, gerado o resultado”.²²⁷ Segue o autor²²⁸, fazendo considerações sobre a teoria da imputação objetiva:

A Antes, portanto, de se estabelecer até onde vai a imputação penal pelo resultado, é necessário extrair da sociedade quais são os seus anseios, sendo imprescindível estabelecer o papel social que cada um representa, firmando-se, a partir daí, as responsabilidades individuais. Aquele que concorre para uma lesão, mas apenas cumprindo, rigorosamente, o papel social que dele se espera, não pode ser incluído na relação causal para fins de aplicação do direito penal. A conclusão de Günther Jakobs é a de que a mera causação do resultado, ainda que dolosa, resulta de maneira manifestamente insuficiente para fundamentar, por si só, a imputação. Sim, porque se o direito penal tivesse por fim eliminar todo e qualquer risco resultante do contato social, mediante a prevenção geral e especial (previsão in abstracto e aplicação efetiva da sanção penal), a sociedade ficaria

²²⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Parte General. 12. ed.. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1987. p. 256-257.

²²⁷ CAPEZ, 2006, p. 179.

²²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 179-180.

completamente paralisada. Pode-se, assim, afirmar que a finalidade da imputação objetiva do comportamento é a de considerar penalmente relevantes apenas aquelas condutas que se desviam do papel social que se espera de determinado agente. Ocorre uma proibição de regresso em relação ao comportamento padronizado, o qual, por ser esperado, acaba-se tornando inócuo e não ingressa na cadeia de causalidade. Se o risco decorre de uma conduta normal e socialmente adequada, ou mesmo permitida ou tolerada pelo ordenamento jurídico, não se poderá atribuir eventual dano daí decorrente ao seu autor. O direito não pode permitir um comportamento e depois censurá-lo. Risco permitido, portanto, é aquele que decorre do desempenho normal das condutas de cada um segundo seu papel social, ou seja, o risco derivado de um comportamento aprovado pelo consenso social (socialmente adequado) por atender às expectativas da sociedade.

Desta feita, o referencial social é instrumento hermenêutico para a formação normativa e a definição do risco proibido. A teoria da imputação objetiva, portanto, impede o regresso causal se a conduta praticada pelo agente estiver inserida em um contexto de aceitação ou tolerância social. Em síntese, de acordo com a teoria da imputação objetiva, a tipicidade da conduta resta excluída quando o agente se comporta de acordo com o papel social, ou, ainda que não o faça, se o resultado não se encontra dentro da linha de desdobramento causal da conduta, isto é, não está conforme ao perigo.

Há também quem acredite que a imputação objetiva é uma exigência para o enquadramento típico. Para essa corrente, o fato típico somente existe se houver, além do dolo ou da culpa, a imputação objetiva, que, segundo Capez²²⁹, significa a presença dos seguintes critérios: “subsunção formal + inadequação social + significância mínima da lesão + ofensividade + ofensa aos demais princípios constitucionais do direito penal, de modo que o comportamento tenha um conteúdo material de crime, e não meramente formal”.

Nesta teoria estão fundamentados os principais argumentos penalistas a favor da descriminalização da eutanásia. Guimarães aponta a lição de Jakobs, que ensina não se dever construir o delito tão-somente com fundamento em dados naturalistas como causalidade e dolo. Leciona, ao invés, que o essencial é que concorra a violação de um papel, o que faria, por conseguinte, já não resultar mais suficiente uma mera equiparação entre delito e lesão de um bem jurídico. Desse modo, aquele que se mantiver dentro das fronteiras de seu papel não deverá responder por uma lesão, mesmo que tivesse a possibilidade de evitá-la. Aduz, ainda, que somente seria obrigado a evitar a lesão, o titular de uma posição de garantia.

Nesse diapasão, adentra o campo específico da eutanásia, onde afirmam que o médico deve curar a doença do paciente, se este assim o deseja. Se, no entanto, o doente não quer ser curado, o que acontece a seguir é risco do próprio enfermo, pois o médico apenas estaria

²²⁹ CAPES, 2006, p. 182.

obrigado a preservar o paciente dos riscos que derivam da enfermidade à medida que esse é o padrão de comportamento que se espera dele.

Assim, o âmbito da imputação objetiva também seria apreciável na abordagem da eutanásia. Afinal, essa teoria tem como uma das possíveis configurações coerentes às noções do “risco permitido” (não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro), do “princípio de confiança” (não faz parte do papel do cidadão controlar de modo permanente a todos os demais, na situação em que o comportamento dos seres humanos se entrelaça), da “proibição de regresso” (um comportamento invariavelmente considerado inofensivo não constitui participação em uma atividade não permitida) e da “competência (capacidade) da vítima”.

Em relação a esta última ideia, Jakobs citado por Guimarães²³⁰, sustenta que o próprio comportamento da vítima pode justificar que se lhe impute a consequência lesiva. Essa capacidade da vítima é mais conhecida no caso do consentimento (apesar de haver a possibilidade de ela se encontrar nesse mesmo contexto em razão de um infortúnio). Aduz, então, que o exemplo mais típico dessa situação é o relativo à medicina, na seara dos cuidados intensivos. Nessa conjuntura, o doutrinador apoia a licitude da suspensão de certas medidas tomadas mediante a utilização de aparelhos que mantêm a vida do paciente, quando tais providências já não sejam, de fato, indicação médica. O autor justifica seu posicionamento afirmando que, nesses casos, o médico se mantém no âmbito de seu papel.

Bacigalupo é mais um doutrinador que discute o instituto da eutanásia sob ponto de vista semelhante. Assevera, outrossim, citado por Guimarães²³¹, que o tipo objetivo do homicídio é caracterizado pela ação de matar e pelo resultado que é a morte de outrem, mas que ambos devem estar ligados por uma relação de imputação objetiva.

Importante prosseguir-se enfatizando a relevância do papel da “vítima” em relação à conduta do autor do homicídio, na eutanásia. Aponta-se, inclusive, o advento da vitimodogmática, onde são estudados os comportamentos dos sujeitos passivos frente a condutas que se tem, em princípio, como criminosas. Nela, é analisada a contribuição da vítima para que tal conduta ocorra, além da repercussão de tal contribuição na eventual fixação da pena (que pode ir desde uma mera atenuação até uma isenção total da sanção). Pontua que não se trata de uma maneira de “co-culpabilização” do ofendido, mas tão-somente busca uma punição mais justa para o autor do fato, ao contabilizar eventual comportamento inadequado da vítima. Em verdade, a vitimodogmática entende que o ordenamento jurídico

²³⁰ GUIMARÃES, 2011, p. 236.

²³¹ Ibid., p. 237.

não necessita ocupar-se de um bem jurídico, pessoal, do qual o próprio interessado não se preocupou em proteger. Contrapõem-se dois parâmetros: de um lado, o bem jurídico, e do outro, a proporcionalidade das intervenções penais. Originar-se-ia daí, então, o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, do princípio da autorresponsabilidade da vítima, em conformidade com critérios interpretativos teleológicos que podem anular o caráter típico das ações do autor. Desse modo, o bem jurídico cujo próprio titular não protege - tendo a possibilidade de fazê-lo - fica excluído da proteção estatal, de acordo com o princípio da subsidiariedade da proteção jurídico-penal.

Na eutanásia, mais especificamente, não é apropriado se falar em inadequação do comportamento da vítima ou em ausência de autoproteção. Na hipótese, o que existe é uma permissão do interessado, como se fosse uma renúncia à tutela penal do bem jurídico, uma renúncia expressa ao exercício da preservação do referido bem. A questão da admissibilidade de tal renúncia deve ser abstraída da autorização ou da proibição da conduta pela lei, pois está ligada, muito mais, à compreensão filosófica, sociocultural e jurídica do intérprete. Nos casos de eutanásia, a admissão da renúncia deve ser analisada – ainda com maior razão – sob essa perspectiva, uma vez que o paciente, de fato, clama pela desconsideração e desconstituição de tal tutela.

Enfim, entende-se que, na conduta eutanásica, não há o puro dolo de matar, como *animus necandi*, simplesmente. Existe, sim, uma intenção de retirar o indivíduo – acometido de doença incurável e em fase terminal - de uma situação de sofrimento intolerável, atendendo a um pedido do próprio paciente que padece nessas condições. Entram em cena, nesse momento, o princípio da dignidade da pessoa humana, mediante a autonomia da vontade do suposto ofendido, além da benemerência e da justiça. Ademais, não se pode esquecer o posicionamento que entende a estrutura do tipo conforme o conceito da tipicidade conglobante (em um conceito mais amplo do crime), ressaltando que o médico tem o dever, estimulado pelo Estado e pela sociedade, de tentar curar seu paciente ou, se a cura for inviável, o de aliviar seu sofrimento, sem aderir, no entanto, à obstinação terapêutica, que se manifesta sob a forma do tratamento fútil.

No entanto, que não sejam confundidas tipicidade penal e motivação, afinal o que se tenta demonstrar é que o fato pode ser, ao mesmo tempo, típico e não criminoso. Apesar da aparente contradição, isso pode acontecer, e não somente se existir uma causa de justificação (excludente de antijuridicidade), mas caso o fato - em princípio, típico - puder, ante as

circunstâncias apresentadas, concluir-se atípico, surgindo, dessa noção, a ideia de tipicidade formal e tipicidade material. Conclui, dessa forma, Guimarães²³²:

O tipo é, pois, indício e não demonstração cabal de antijuridicidade, mormente compreendendo-se que todo tipo é fluido, razão pela qual teria o julgador sempre a função de integração do tipo penal frente ao caso concreto.

É também nesse contexto, afora os posicionamentos já paralelamente trazidos pela teoria da imputação objetiva, indicativos da não punição da conduta eutanásica que se viabiliza a defesa da eutanásia – que encerra conduta “formalmente típica” – como prática não sancionada, já que ausente a intenção criminosa, verificável na espera da “tipicidade material”.

Nesse diapasão, constata-se que, na legislação pátria atualmente em vigor, não existe tipo penal próprio e específico - incriminador ou permissivo - para a eutanásia. Como já mencionado anteriormente, o Código Penal vigente, do ano de 1940, traz - em sua parte especial, na conduta tipificada como homicídio - uma causa especial de diminuição de pena, que pode ser aplicada caso o agente cometa o crime conduzido por motivo de relevante valor social, ou moral. Na exposição de motivos do referido código, revelou-se que o móvel da conduta somente pode ser considerado como tal (de relevante valor moral ou social), se aprovado pela moral prática. E um exemplo clássico de motivação que pode ser acatada como de relevante valor moral ou social é, justamente, a piedade ou a compaixão diante de vítima que padece de sofrimento intolerável e irremediável, nos casos de homicídio eutanásico.

Observa-se, hodiernamente, uma tendência reformadora na lei penal, no que se refere à eutanásia, em virtude das transformações pelas quais a sociedade tem passado, com os avanços da ciência e as mudanças socioculturais e dos costumes em geral. Assim, a reforma do Código Penal Brasileiro se iniciou em 1963, com anteprojeto de Nelson Hungria e foi intensificada em 1998, quando se intentou modernizar o texto da parte especial do código.

Em relação à eutanásia, constata-se que a possibilidade do prolongamento artificial da vida conjugada à elevação da dignidade da pessoa humana a metaprincípio orientador de todo o ordenamento jurídico e a fundamento da República Federativa do Brasil impuseram a necessidade de se analisar a validade de se abreviar a vida dentro de determinados contextos.

No Direito Penal Brasileiro, essa discussão assumiu maior relevância a partir de 1984, quando o anteprojeto de reforma da parte especial isentava de pena a conduta de médico que, com o consentimento do ofendido ou de parente próximo (se o paciente estava impossibilitado de aquiescer) antecipava a morte iminente e inevitável – atestada por outro médico – para abreviar-lhe o sofrimento, conforme a seguinte redação²³³:

²³² GUIMARÃES, 2011, p.240.

²³³ Ibid., p. 241.

Art. 121, § 3º - Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

Esse anteprojeto apenas foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1999, quando ainda foi modificado, tratando o assunto em dois dispositivos. O primeiro continha a ideia de homicídio privilegiado *stricto sensu*, com a cominação de uma pena bastante atenuada quando comparada ao homicídio simples. O outro dispositivo inclui a ortotanásia (no texto, como sinônimo de eutanásia passiva), retirando o caráter ilícito de tal conduta, conforme se apreende da transcrição abaixo:

Eutanásia

Art. 121, § 3º - Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhes sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticada. Pena – reclusão de dois a cinco anos.

Exclusão de ilicitude

Art. 121, § 4º - Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte iminente e inevitável e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, companheiro ou irmão.²³⁴

Assim, percebe-se que se tentou seguir uma tendência bastante moderada, onde mesmo quando presentes os critérios de “sofrimento insuportável”, “piedade como móvel da conduta”, “consentimento esclarecido válido” e “morte iminente e inevitável”, não é autorizada a legitimação da conduta eutanásica, mas tão somente uma mitigação ainda maior da sanção. Quanto ao parágrafo quarto, nota-se a possibilidade de um pequeno avanço na legislação, já que a ortotanásia - colocada como interrupção de suportes artificiais da vida, diante da morte inevitável, atestada por dois médicos e consentida pelas pessoas autorizadas (e repise-se, que, desse modo, não é sinônimo de eutanásia passiva) seria descriminalizada.

No entanto, mesmo assim, foi gerada polêmica em relação à aceitação da nova norma. Houve quem apoiasse a inovação, quem se opusesse veementemente e quem defendesse apenas uma modificação na redação do texto normativo. Sabe-se que predominou a defesa da supressão da alteração legislativa, com base no argumento de que o novo texto ia de encontro à preservação da vida, aos princípios morais e religiosos consagrados no Brasil e à tradição jurídica pátria. Nessa esteira, entendeu-se como atitude mais prudente permitir o prolongamento do debate durante um maior período de tempo, com o escopo de melhor

²³⁴ VIEIRA, 2009, p. 228-229.

investigar qual seria, de fato, a reação da sociedade a uma mudança como essa no Código Penal Brasileiro.

Em verdade, de acordo com Cernicchiaro, existe cada vez maior propensão para que a sociedade brasileira admita e, até mesmo, anseie por uma disciplina específica para a figura da eutanásia, uma vez que vários ordenamentos jurídicos – como o austríaco (§ 77), o alemão (§ 216), o português (art. 134) e suíço (art. 114), entre outros - já possuem tal regulamentação, em que são reconhecidas a particularidade do fato, a singularidade do contexto e a especificidade da conduta. Desse modo, ficam estabelecidas a diminuição da culpabilidade e a sensível redução da pena, como consequência.²³⁵

Importante ressaltar, enfim, que projetos de lei referentes à matéria sempre tiveram conteúdo bastante diverso, variando desde propostas que visavam à descriminalização da eutanásia até aquelas que a desejavam prevista penalmente como crime hediondo. No ano de 2009, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado deu seguimento a novo projeto de lei que delimita fronteiras para o tratamento de doentes terminais, transformando a ortotanásia em conduta lícita, desde que com o consentimento do paciente (ou de familiar próximo, se o doente estiver impossibilitado de consentir), depois de a situação ortotanásica estar atestada por dois médicos. Aliás, o próprio Código de Ética Médica, de 2010, já permite aos médicos que não adotem medidas terapêuticas fúteis em indivíduos com doença incurável, em estado terminal. Da mesma maneira, a conduta já estava prevista e permitida pela Resolução 1805/06 do CFM, conforme se relata a seguir.

4.2.3 Polêmica acerca da Resolução nº 1805/2006 do CFM: breve histórico

Em 10 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou a Resolução nº 1805/2006 (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, p. 169) que concedia permissão ao médico – dentro de critérios com regulamentação bastante detalhada - para suspender tratamentos e procedimentos que prolongassem inutilmente a vida de doentes terminais, para os quais não houvesse possibilidade de cura. Para isso, seria necessário o consentimento esclarecido do próprio paciente ou, no caso de seu impedimento, a permissão de seu representante legal, registrando-se todo o procedimento, inclusive no que diria respeito à motivação, no prontuário médico.

²³⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reforma penal. In: CONGRESSO BRASILEIRO SOBRE A REFORMA PENAL. 1985. São Paulo. *Anais...* São Paulo: Saraiva, 1985. p. 38-41.

Apesar de aprovada em plenário pelo Conselho Federal de Medicina – sendo, portanto, norma ética válida para todos os médicos do país - a resolução somente vincularia internamente, ou seja, não isentaria o profissional de saúde de eventual responsabilização criminal.

Efetivamente, como o assunto é bastante controvertido, surgiram muitas discussões sobre o tema. Estas, inclusive, foram bastante acirradas e seus resultados, muitas vezes, surpreendentes. A Igreja Católica concordou com os termos da referida Resolução, manifestando-se através da CNBB. Por outro lado, houve acentuada desaprovação desta mesma Resolução por alguns setores da advocacia brasileira.

De fato, o Ministério Público e a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) já haviam censurado medida semelhante proposta pelo Conselho Estadual de Medicina de São Paulo, por entenderem que a eutanásia seria uma prática ilegal pela qual se buscava abreviar a vida de um doente incurável.

Sob o ponto de vista dos médicos, todavia, a Resolução nº 1.805 do CFM se refere à ortotanásia, que significa nada mais que a opção por cessar o uso de recursos que prolonguem artificialmente a vida quando não há mais chances de recuperação. Com efeito, para melhor compreender o significado e o alcance desta resolução, é necessário conhecer, corretamente, o significado de alguns termos bioéticos. Afinal, muitas pessoas ainda pensam que, nestas resoluções, a aprovação foi dada à eutanásia, no que estão absolutamente equivocados.

A OAB, particularmente, entende que a questão é polêmica e que está longe de ser objeto de unanimidade. Segundo o presidente da Comissão de Bioética da seccional paulista da OAB à época, Erickson Gavazza Marques, os médicos, ao deixarem de empregar todas as técnicas existentes e conhecidas que possam prolongar a vida de qualquer doente, podem ser processados por 'omissão de socorro'. Afirmou ainda que, enquanto as atuais leis penais estiverem em vigor, qualquer resolução dos conselhos de medicina não isenta uma eventual responsabilidade criminal do médico. Conforme seu entendimento, a Resolução nº 1805 do CFM não se sobreporia ao Código Penal.

O Conselho Federal de Medicina teve até o dia 24 de novembro de 2006 para revogar a Resolução nº 1.805, que regulamentava a prática da ortotanásia. O referido prazo foi estipulado por recomendação da Procuradoria da República no Distrito Federal e enviada no dia 20 de novembro de 2006 ao Conselho Federal de Medicina. Além da revogação da resolução, o procurador regional dos Direitos do Cidadão, Wellington Marques de Oliveira, solicitou ao Conselho que informasse todas as ocorrências de ortotanásias praticadas antes ou depois da aprovação da resolução.

A recomendação foi um desdobramento do procedimento administrativo instaurado pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão em 14 de novembro de 2006.²³⁶ Na matéria “Ação pede veto a ortotanásia”, publicada no dia 07 de dezembro de 2006 pelo jornal O Estado de São Paulo, o Procurador Regional dos Direitos do Cidadão no Distrito Federal, explicou que ainda não havia sido instaurada a ação civil pública no intuito de revogar a resolução do Conselho Federal de Medicina que regulamentava e autorizava a prática da ortotanásia. O procurador esclareceu que a recomendação enviada ao CFM no último dia 20 de novembro não teria sido acatada de maneira satisfatória e, portanto, o Ministério Público Federal estaria trabalhando para ingressar com uma ação civil pública na Justiça Federal. Não existia, entretanto, prazo definido para a instauração do processo²³⁷.

No entanto, em 09 de maio de 2007, a ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina, questionando a Resolução CFM nº 1.805/2006. Aduzia, em apertada síntese, que o Conselho Federal de Medicina não teria poder regulamentar para estabelecer como ética uma conduta que é tipificada como crime.²³⁸

Assim, em 23 de outubro de 2007, atendendo a pedido liminar feito pelo Ministério Público Federal no Distrito Federal (MPF/DF), o Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, da 14ª Vara da Justiça Federal no DF, proferiu decisão e suspendeu os efeitos da Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina (CFM).

O Juiz Federal acatou os argumentos do MPF/DF, concluindo que, após breve análise da demanda, apesar de o Conselho Federal de Medicina haver justificado nos autos que a ortotanásia não anteciparia o momento da morte, mas permitiria tão somente a morte em seu tempo natural, esta situação não afastaria a circunstância em que tal conduta pareceria “caracterizar crime de homicídio”. O juiz afirmou que, de acordo com o Código Penal, o artigo 121 sempre abrangeu e parece abranger tanto a eutanásia como a ortotanásia.

A decisão enfatizou que a interpretação da ortotanásia e do mencionado tipo penal não poderia ser realizada através de resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, mesmo que essa resolução respondesse aos anseios da classe médica e de outros setores da sociedade. A decisão referente ao assunto deveria ocorrer através de lei aprovada pelo parlamento. O juiz ressaltou ainda que existia em tramitação no Congresso Nacional o

²³⁶ Disponível em: <http://www.prdf.mpf.gov.br/imprensa/copy_of_news_item.2006-11-21.0188435415/?searchterm=ortotanásia>. Acesso em 07 dez. 2009.

²³⁷ Disponível em: <http://www.prdf.mpf.gov.br/imprensa/copy_of_news_item.2006-12-07.5300531903/?searchterm=ortotanásia>. Acesso em: 07 dez. 2009.

²³⁸ Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=254&Itemid=1>. Acesso em: 07 dez. 2009.

anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, que colocaria a eutanásia como privilégio ao homicídio e descriminalizaria a ortotanásia.

O juiz reiterou que somente na sentença do processo poderia afirmar se existiria ou não conflito entre a resolução e o Código Penal, porém confirmou que a mera aparência desse conflito já era bastante para a suspensão deste ato, pois a sua vigência possibilitaria a prática da ortotanásia. A vigência da resolução traduziria “o placet do Conselho Federal de Medicina com a morte ou o fim da vida de pessoas doentes, fim da vida esse que é irreversível e não pode destarte aguardar a solução final do processo para ser tutelada judicialmente”, completa.²³⁹

Em 1º de dezembro de 2010, o magistrado Roberto Luis Luchi Demo prolatou a sentença onde considerou improcedente o pedido do Ministério Público Federal mediante a ação civil pública de decretação de nulidade da Resolução nº 1.805/2006 do CFM, que trata de critérios para a prática da ortotanásia. A decisão, divulgada pela 14ª Vara da Justiça Federal, em Brasília, findou a contenda que se arrastou por mais de três anos. Em sua sentença, o magistrado concluiu que “a resolução, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto”. Essa possibilidade estaria prevista desde que existisse autorização expressa do paciente ou de seu responsável legal.

O presidente do Conselho Federal de Medicina, Roberto Luiz D’ávila, comentou a sentença: “Estamos orgulhosos do desfecho alcançado. Trata-se de uma sentença que resgata nossa preocupação com o bem estar e o respeito ao direito de cada individuo. Prevaleceu uma posição amadurecida ao longo dos anos”.²⁴⁰ De acordo com ele, a decisão valorizou a opção pela prática humanista na Medicina, ao invés de uma visão paternalista, super-protetora, com foco voltado para a doença, numa busca obsessiva pela cura a qualquer custo, mesmo que isso significasse o prolongamento da dor e do sofrimento para o paciente e sua família.²⁴¹

Em sua sentença, o juiz Roberto Demo, por diversas vezes, citou a manifestação realizada pela Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira solicitando a desistência da ação movida pelo próprio Ministério Público. Segundo o entendimento do Ministério

²³⁹ Disponível em: <<http://www.prfdf.mpf.gov.br/imprensa/mpf-df-resolucao-que-regula-a-ortotanasia-e-suspensa/?searchterm=ortotanasia>>. Acesso em: 07 dez. 2009.

²⁴⁰ Disponível em: <<http://saudefloripa33pj.wordpress.com/2011/01/11/justica-valida-resolucao-cfm-1805-que-trata-sobre-ortotanasia/>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

²⁴¹ Disponível em: <<http://saudefloripa33pj.wordpress.com/2011/01/11/justica-valida-resolucao-cfm-1805-que-trata-sobre-ortotanasia/>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

Público Federal (MPF), embora o tema cause polêmica nas searas jurídica, religiosa, social e cultural, existiriam cinco pontos favoráveis à Resolução nº 1805/2006 do CFM.

O primeiro ponto, conforme opinião da Procuradora, seria a competência do CFM para editar norma desta espécie, já que ela não versa sobre direito penal, mas sobre ética médica.

Outro ponto a favor, acatado pela sentença de mérito, é que, para o MPF, a ortotanásia não configura crime de homicídio, quando se interpreta o Código Penal à luz da Constituição Federal de 1988.

Ainda realçando o mérito da Resolução nº 1805/2006, a sentença declara que ela não determinou mudança significativa no cotidiano dos médicos que tratam de pacientes terminais, não originando, desta forma, os efeitos danosos alardeados na ação proposta. Muito ao contrário, de acordo com a decisão, a regra deverá estimular os profissionais de saúde a descrever, com exatidão, os procedimentos que adotam (além dos procedimentos que deixam de adotar), em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica.

A decisão vai além, quando entende que a ortotanásia se insere em um contexto científico relativo à Medicina Paliativa:

Diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor – caso assim o paciente e sua família o desejem – não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente. Daí é que se pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência – visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente.²⁴²

Assim, mesmo admitindo que a Medicina é falível - depois de pontuar o quão difícil e complexo é estabelecer a terminalidade da vida de um paciente, bem como diagnosticar uma doença rara ou optar por um determinado tratamento ao invés de outros - a sentença assevera que a Resolução nº 1805/2006 representa a manifestação de uma nova ética nas ciências médicas, quebrando antigos tabus ao decidir enfrentar o problema de forma realista, tendo como bússola a dignidade da pessoa humana.

Além disso, o presidente d'Avila declarou que o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina acompanhariam a tramitação, no Congresso Nacional, dos projetos que descriminalizam a ortotanásia no Código Penal. Em sua opinião, a decisão do Judiciário que atestou a legalidade da Resolução 1805/2006 do CFM contemplou a evolução

²⁴² BRASIL. 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, 2011.

dos costumes e das relações sociais, na medida em que a sociedade, em sua opinião, estaria preparada para essa mudança, que, no fundo, tão somente representaria o resgate da dignidade do ser humano em todos os momentos de sua trajetória, inclusive na morte.²⁴³

4.2.4 Direito à vida versus direito à liberdade, como capacidade de autodeterminação ou autonomia, corolário do princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

4.2.4.1 Direito à vida

O direito à vida é um dos mais enredados à pessoa humana, à medida que é pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais, e, portanto, indissociável do indivíduo como sujeito de direitos. Talvez por isso, o direito à vida seja tão firmemente defendido por diversos ordenamentos jurídicos existentes no planeta. Assim, a vida tem sido exaustivamente reconhecida e protegida como bem jurídico pelos mais distintos agrupamentos sociais de que se tem notícia.

Na Constituição da República Federativa do Brasil²⁴⁴, tal proteção se encontra explícita, em seu artigo 5º, *caput*, que remonta o direito à vida à categoria de direito fundamental:

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

Deve-se reconhecer que o direito à vida é, de fato, especial. Por essa razão, qualquer que seja a tentativa de flexibilização de sua força jurídica (ou mesmo moral) deve ser vista com imenso cuidado tanto pela delicadeza quanto pela complexidade necessariamente implicadas ao tema.

A criminalização de condutas que atentam contra a vida humana é constante nas mais variadas legislações das chamadas sociedades civilizadas, uma vez que é consenso na maior parte do mundo ocidental que a manutenção da vida é tanto um direito individual quanto um valor objetivo.

No Brasil não é diferente e, conforme exposto anteriormente, tanto o homicídio quanto o auxílio ou instigação ao suicídio são considerados atos criminosos. No entanto, o

²⁴³ JUSTIÇA valida resolução CFM 1805, que trata sobre ortotanásia. Disponível em: <<http://saudefloripa33pj.wordpress.com/2011/01/11/justica-valida-resolucao-cfm-1805-que-trata-sobre-ortotanasia/>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

²⁴⁴ BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal**. 2008. Brasília, 1988.

mesmo texto constitucional que protege o direito fundamental à vida, em outros trechos, o restringe ao admitir a pena de morte em caso de guerra declarada (artigo 5º, XLVII, a). De modo semelhante, o mesmo direito à vida é relativizado pelo texto do Código Penal Brasileiro, que exclui expressamente a ilicitude da conduta que dê causa à morte de outrem quando esta é realizada em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento do dever legal.²⁴⁵

Dessa forma, percebe-se que - mesmo desfrutando de uma posição preferencial dentro do sistema constitucional - o direito à vida, dentro do ordenamento jurídico pátrio, não é considerado como absoluto.

Todavia, embora não seja absoluto nem mesmo hierarquicamente superior aos outros direitos fundamentais, o direito à vida parece ter um peso abstrato maior que os demais. A razão desse peso abstrato mais considerável talvez seja o fato de que a vida humana é pressuposto para o exercício de qualquer outro direito fundamental, constituindo condição prévia, inclusive, para a existência da própria dignidade.

A partir daí, infere-se a importância capital do direito à vida, o que leva à conclusão de que é indispensável que o Estado exerça uma proteção especial a um bem jurídico de tamanha relevância. Por tudo isso, afirma-se que o direito à vida é indisponível.

Aliás, a maior parte da doutrina destaca a indisponibilidade como característica essencial não só do direito à vida, mas de todos os direitos fundamentais. Até mesmo o Código Civil Brasileiro de 2002 sinaliza tal entendimento, ao asseverar que os direitos da personalidade (expressão dos direitos fundamentais nas relações privadas) são irrenunciáveis e intransmissíveis.²⁴⁶

Entretanto, sempre que surgem situações em que, concretamente, existe o conflito entre direitos fundamentais distintos, simultaneamente também emergem alguns questionamentos incontornáveis sobre a referida indisponibilidade dos direitos fundamentais (em especial, no caso do objeto deste trabalho, do direito à vida).

Desse modo, questões como essas se materializam tão logo se dá início à reflexão sobre o objeto do presente estudo: a adequação ou não da criminalização da conduta eutanásica. Nesta hipótese, há, claramente, uma colisão concreta entre o direito à vida e o direito à liberdade como capacidade de autodeterminação, expressão da dignidade da pessoa humana. Tais questões se apresentam, de partida, como as seguintes dúvidas, entre outras:

²⁴⁵ Código Penal, art. 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I – Em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.”

²⁴⁶ Código Civil, artigo 11: Com exceção dos casos previsto em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

1 - No ordenamento pátrio, o direito à vida, em razão da importância que assume como pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais, é realmente indisponível em toda e qualquer situação?

2 - Até que ponto o direito à vida teria predominância ou prevalência sobre os outros direitos fundamentais?

Em primeiro lugar, convém examinar criticamente a asserção peremptória de que os direitos fundamentais são indisponíveis, analisando se, de fato, não cabem, pelo menos, algumas exceções a uma afirmação tão categórica. *A priori*, tal declaração parece, no mínimo, imprecisa. Afinal, conforme afirma Barroso²⁴⁷:

A disposição de posições jurídicas subjetivas decorrentes de direitos fundamentais faz parte, com frequência, do próprio exercício do direito. É o que ocorre, por exemplo, com a cessão do direito de imagem para uma campanha publicitária ou a autolimitação do direito de privacidade por parte das pessoas que aceitam participar de um reality show. Da mesma forma, tatuar o corpo de alguém contra a sua vontade representa uma forma grave de violação à integridade física e moral, mas basta o consentimento para que a conduta se torne socialmente aceita. Portanto, existe no mínimo um problema conceitual por trás da afirmação de que direitos fundamentais são indisponíveis. Na sua dimensão subjetiva, é perfeitamente legítimo que o titular de um direito fundamental, voluntariamente, abra mão de certas posições jurídicas.

Assim, é condição para o próprio exercício do direito fundamental que o seu titular possa dispor de posições subjetivas deles decorrentes. O direito de ir e vir, por exemplo, não implica, necessariamente, que o indivíduo esteja se deslocando continuamente: a pessoa pode escolher permanecer em um mesmo lugar, por determinado período de tempo, conforme seja sua vontade. Nem por isso, nesse caso, ela deixa de exercer seu direito à liberdade de locomoção. Dessa forma, conclui-se facilmente que dispor de posições jurídicas subjetivas derivadas de direitos fundamentais faz parte do próprio exercício de tais direitos. Importante ressaltar que a própria Carta Magna de 1988 não fala, em nenhum dos seus dispositivos, sobre a indisponibilidade dos direitos fundamentais.²⁴⁸

Evidentemente, há muitas variáveis dentro de todas as possibilidades de disposição ou renúncia de direitos fundamentais e cada uma delas deve ser analisada com o cuidado necessário. Apesar de a Constituição não se pronunciar, em momento algum, sobre a

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 16 maio 2012.

²⁴⁸ Importante ressaltar que a doutrina tem se manifestado no sentido de que se deve interpretar normas, como o art. 11 do Código Civil, à luz da Constituição, tentando impedir que o Estado se torne paternalista ao ponto de destruir o espaço apropriado para as escolhas individuais, que são, na realidade, imprescindíveis para o pleno desenvolvimento da personalidade. Sobre o tema, v. Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2006, p. 177, Lúmen Júris, 2ª edição, 2010, Rio de Janeiro.

indisponibilidade dos direitos fundamentais, é patente que existem limites tácitos, subentendidos ao longo de todo seu texto. Por essa razão é que a ordem jurídica tem a permissão de estabelecer restrições para proteger o próprio titular do direito fundamental.

No entanto, o que o Estado não pode fazer, segundo Barroso²⁴⁹, “é anular integralmente a liberdade pessoal e a autonomia moral do indivíduo, vivendo sua vida para poupá-lo do risco.”

Ora, sabe-se que a Constituição Federal brasileira consagra o princípio da liberdade, positivado em seu artigo 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Portanto, se a liberdade é a regra e a disposição, muitas vezes, é uma maneira de exercer determinado direito fundamental, conclui-se que os direitos fundamentais são, na verdade, *prima facie*, disponíveis. A tão falada indisponibilidade dos direitos fundamentais nada mais seria que uma convenção ou “lugar comum generalizante”, de acordo com as palavras de Silva²⁵⁰:

[...] É comum que se faça referência à irrenunciabilidade ou à inegociabilidade dos direitos fundamentais. Mas por que seriam os direitos fundamentais irrenunciáveis ou inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar? [...] Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais.

Todavia, isso não quer dizer que não haja limites para tal disposição de direitos pelo indivíduo. Afinal, as limitações voluntárias, de que pode ser objeto o exercício de alguns direitos fundamentais, devem, pelo menos e de início, observar o caráter de essencialidade dos bens protegidos, impondo que sejam respeitadas as fronteiras de exigência da ordem pública. Nesse diapasão, algumas posições relativas a direitos fundamentais podem, sim, ser consideradas indisponíveis pelo sistema jurídico.

Nessas hipóteses, porém, o ônus argumentativo destinado a provar que se trata de uma restrição legítima, e não de uma violação à liberdade de escolha do indivíduo, é do Estado, conforme se verifica nos dizeres de Martel²⁵¹:

²⁴⁹ BARROSO, 2012.

²⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 2004. 492 f. Tese (Livre-docência)-Universidade de São Paulo, 2004. p. 163 e 167.

²⁵¹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis**: os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito Público)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 99. Disponível

Quando for aceita a tese da jusfundamentalidade do direito geral de liberdade em ordenamento jurídico que não possua enunciado normativo na Constituição estabelecendo a indisponibilidade dos direitos fundamentais, as posições subjetivas de tais direitos serão *prima facie* disponíveis. A proibição da disposição exigirá do Estado a defesa dos motivos, que deverão ser argumentativamente suficientes para configurar uma restrição a direitos fundamentais. Caso não seja cumprido o ônus argumentativo, a proibição será uma violação e, portanto, inconstitucional.

No entanto, deve-se admitir como possível, mediante uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, a afirmação que o direito à vida, ao contrário dos demais direitos fundamentais, seria, *prima facie*, indisponível. Inverte-se, então, a proposição assumida como verdadeira em relação aos direitos em geral. No caso do direito à vida, tão somente o ato do titular, manifestando o seu consentimento, não seria justificativa suficiente para sua flexibilização. Sobre o assunto, Barroso²⁵² afirma:

Nesse caso, o direito geral de liberdade cede o passo, preterido pela legítima imposição da dignidade como heteronomia, pelos deveres de proteção do Estado em relação ao próprio titular do direito e mesmo em relação a terceiros, que não estarão exonerados de responsabilidade penal ainda que tenha havido renúncia do direito à vida pela vítima.

Portanto, no sistema jurídico brasileiro, é admissível que seja vetada, *a priori*, a disposição de posições subjetivas do direito à vida como linha de princípio, em virtude do aspecto heteronômico da dignidade da pessoa humana, tanto com o escopo de proteger direitos de terceiros (essencialmente os não-consententes) quanto com o objetivo de manter os níveis adequados de deveres e de ações ordenadas do Estado para a promoção e a proteção do direito à vida (dimensão objetiva).

Nessa esteira, alcança-se o ponto crucial da discussão aqui proposta: apesar de o simples consentimento, sozinho, não ser suficiente para fundamentar um ato de disposição do direito à vida por seu titular, por outro lado, muitas vezes, pode se considerar razoável que o respeito a outros valores ou direitos fundamentais justifiquem tal decisão. Afinal, deve-se reconhecer que uma imposição taxativa da indisponibilidade do direito à vida pode se refletir negativamente sobre outras posições jurídicas fundamentais também amparadas constitucionalmente.

Se, de fato, ocorrer algum conflito entre direitos fundamentais, não há como se estabelecer, prontamente, uma hierarquia entre eles. Em situações onde há esse tipo de colisão, portanto, deve-se analisar cada caso concreto em sua singularidade, ponderando adequadamente os valores e bens jurídicos envolvidos, à luz da Carta Maior.

em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel>. Acesso em: 02 jun. 2012.

²⁵² BARROSO, 2012.

Dessa forma, impõe-se harmonizar o valor objetivo da vida humana com o conjunto de liberdades básicas que derivam, em última instância, da dignidade que, por sua vez, muitas vezes, se apresenta como autonomia. Há vários exemplos que ilustram essa afirmação, como o fato de o Estado não ter a permissão para impedir alguém de praticar esportes radicais, por maior que seja o risco envolvido. Ou ainda, não poder obstar a prestação de serviços humanitários em regiões assoladas pela guerra. O Estado não pode, do mesmo modo, proibir uma mulher - que seja portadora de alguma condição que aumente o risco de morte durante a gestação ou o parto - de engravidar, muito menos determinar que pessoas com histórico familiar positivo para determinada patologia se submetam periodicamente a exames específicos ou que evitem os fatores de risco associados. Nessa linha de raciocínio, pontua Singer²⁵³:

Uma vida mais longa não é um bem tão supremo que se sobreponha a todas as outras considerações. (Se o fosse, haveria uma quantidade muito maior de meios eficazes para salvar vidas - tais como a proibição do consumo de cigarros, a redução dos limites de velocidade a 40 quilômetros horários - do que a proibição da eutanásia voluntária.)

Assim, percebe-se, sem maiores polêmicas, que, em diversas situações, é permitido que o próprio titular do direito à vida a coloque em risco, em nome de escolhas existenciais consideradas como legítimas, para realizar determinado projeto pessoal. Então, é de clareza solar que o risco de morte é institucionalmente aceito na medida em que ele esteja intimamente associado ao exercício do direito à vida, dando-lhe sentido, conforme as escolhas feitas pelo seu titular, de acordo com o que ele entende por dignidade e com o que ele assume como seu projeto de vida. No mesmo sentido, Barroso²⁵⁴ afirma:

Em outras palavras, admite-se o risco de morte quando seja indissociável do exercício autônomo da vida, que não pode se converter em mera subsistência, privada de sentido para o seu próprio titular. Isso não significa, naturalmente, que quaisquer escolhas sejam aceitáveis, sendo legítimo que o Poder Público imponha determinadas restrições à liberdade individual em nome do valor objetivo da vida humana. É possível visualizar esse tipo de racionalidade, e.g., na obrigatoriedade do uso do cinto de segurança ou de dispositivos de proteção em determinados ambientes de trabalho.

Em suma: o valor objetivo da vida humana desfruta de uma posição preferencial no ordenamento jurídico, podendo o direito à vida ser considerado indisponível *prima facie*. Nada obstante, não se trata de um direito absoluto, havendo hipóteses constitucionais e legais em que se admite a sua flexibilização. A assunção do risco de morte poderá ser legítima quando se trate do exercício de outras liberdades básicas pelo titular do direito. Impõe-se, nesse ambiente, uma análise caso a caso, na qual se possam analisar os diferentes elementos em jogo, com destaque para a repercussão das restrições sobre o conceito do próprio indivíduo acerca de sua dignidade.

²⁵³ SINGER, Peter. **Vida ética**: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 246.

²⁵⁴ BARROSO, 2012, p. 22 e 23.

Portanto, quando há conflito entre o direito à vida e algum outro direito fundamental, é mister que seja feita uma análise prática, e sempre muito cuidadosa, caso a caso, a fim de que sejam evitadas padronizações teóricas dogmáticas sobre sua disponibilidade, as quais não conduzam à decisão mais justa e adequada aos valores constitucionais em vigor. Em síntese, de acordo ainda com Barroso²⁵⁵:

A proteção à dignidade exige que o próprio interessado seja o principal responsável pela definição do seu conteúdo, sob pena de se abrir espaço para uma espécie de totalitarismo dos direitos humanos. A indisponibilidade dos direitos fundamentais, portanto, não resulta de um mandamento constitucional. Como consequência, a validade ou não de um ato de disposição terá de ser verificada caso a caso, tendo em vista a natureza do direito em questão, a natureza de eventuais direitos contrapostos e os valores sociais relevantes que possam ser legitimamente impostos na situação.

4.2.4.2 Direito à liberdade como capacidade autodeterminação, corolário da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana foi alçada a fundamento da República Federativa do Brasil na Constituição Federal de 1988²⁵⁶:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (grifo nosso)

Fala-se muito, hoje, neste primado da dignidade da pessoa humana, designado por muitos como “metaprincípio”, em razão de ele ter o condão de se debruçar sobre todos os outros princípios de justiça em um Estado Democrático de Direito contemporâneo, orientando a aplicação de todas as suas demais normas, atuando também como base hermenêutica. Para Bonavides²⁵⁷, por exemplo, “o princípio em tela é, por consequência, o ponto de chegada na trajetória concretizante do mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga”.

Há anos, vários estudiosos tentam definir dignidade, cujo conceito vai se modificando, ganhando novas facetas, no decorrer do tempo. De acordo com Barroso²⁵⁸, a dignidade da pessoa humana é uma ideia polissêmica:

²⁵⁵ BARROSO, 2012, p. 19.

²⁵⁶ BRASIL, 1988.

²⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁵⁸ BARROSO, Loc. cit.

A dignidade da pessoa humana tornou-se, ao final da Segunda Guerra Mundial, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. Na Constituição brasileira, a dignidade da pessoa humana vem inscrita como um dos fundamentos da República (art. 1º, III). Funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Tais considerações não minimizam a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um nela projeta a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõem-se escolhas justificadas e convenções terminológicas.

A dignidade é, de fato, uma ideia polissêmica. Porém, sem prejuízo das diversas vertentes conhecidas sobre o assunto, percebe-se um consenso razoável na direção de se aceitar a dignidade da pessoa humana como o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais, na medida em que se aceita que o significado da ideia de dignidade e o seu conteúdo estariam lastreados, em última análise, no imperativo categórico kantiano²⁵⁹ que afirma ser toda pessoa um fim em si mesma:

Ora digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*. Todos os objectos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor. As próprias inclinações, porém, como fontes de necessidades, estão tão longe de ter um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas, que, muito pelo contrário, o desejo universal de todos os seres racionais deve ser o de se libertar totalmente delas. Portanto o valor de todos os objectos que possamos *adquirir* pelas nossas acções é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito). Estes não são portanto meros fins subjectivos cuja existência tenha *para nós* um valor como efeito da nossa acção, mas sim *fins objectivos*, quer dizer, coisas cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que se não pode pôr nenhum outro no seu lugar em relação ao qual essas coisas servissem *apenas* como meios; porque de outro modo nada em parte alguma se encontraria que tivesse *valor absoluto*; mas se todo o valor fosse condicional, e por conseguinte contingente, em parte alguma se poderia encontrar um princípio prático supremo para a razão.

Se, pois, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que respeita a vontade humana, então tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque *é fim em si mesmo*, faça um princípio *objectivo* da vontade, que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é: *A natureza racional existe como um fim em si*. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, neste sentido, este princípio é um princípio *subjectivo* das acções humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exactamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é

²⁵⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, LDA, 2008. p. 71-73.

portanto simultaneamente um princípio *objectivo*, do qual como princípio prático supremo se tem de poder derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será pois o seguinte: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*

Nesse diapasão, Barroso²⁶⁰ baseia sua ideia de dignidade no pensamento de Kant:

Na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem um valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, fonte dos direitos materialmente fundamentais.

Dworkin²⁶¹ sugere que:

O direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre. A dignidade é um aspecto central do valor que examinamos ao longo de todo este livro: a importância intrínseca da vida humana.

Logo depois, o filósofo²⁶² complementa seu raciocínio, mencionando a ideia kantiana, para melhor compreensão da noção de dignidade:

O fato de entender que a dignidade significa reconhecer os interesses críticos de uma pessoa, como coisa distinta de fomentar esses interesses, nos proporciona uma leitura útil do princípio kantiano segundo o qual **as pessoas devem ser tratadas como fins e nunca como meios**. Assim compreendido, esse princípio não exige que as pessoas nunca sejam colocadas em desvantagem com o objetivo de oferecer vantagens a outras, mas sim que nunca sejam tratadas de maneira que se negue a evidente importância de suas próprias vidas. (grifo nosso)

Assim, *a priori*, este princípio é uma verdadeira proibição à instrumentalização humana, à total disponibilização do outro de modo egoístico, à intenção de utilizar o semelhante apenas como meio para atingir certo objetivo. Desta forma, conclui-se que o critério decisivo para o reconhecimento de uma agressão à dignidade da pessoa humana vem a

²⁶⁰ BARROSO, 2012.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 337.

²⁶² Ibid., p. 339.

ser, ao menos em grande parte das situações, o objetivo da conduta praticada pelo indivíduo, ou seja, o propósito de puramente instrumentalizar ou meramente coisificar o outro.²⁶³

Dworkin²⁶⁴ declara ainda, de forma sumária, que a dignidade da pessoa humana implica que a sociedade na qual as pessoas vivem reconheça a importância de suas vidas e que expresse isso não importa em que linguagem.

Hoje em dia, a busca pelo significado da dignidade da pessoa humana tende à constatação de que ela possui duas dimensões: uma defensiva e uma prestacional, sendo para o Estado - e, em alguns casos, também para terceiros - ao mesmo tempo, limite e tarefa.

Ela é limitadora ou defensiva, no sentido de estabelecer limites aos poderes estatais e a terceiros em geral, constituindo uma barreira intransponível que tem como função proteger a individualidade e a autonomia da pessoa contra interferências externas que possam querer-lhe tirar o atributo de ser humano, sujeito de direitos, capaz de autodeterminar-se.²⁶⁵ Quando analisada sob esse prisma, a dignidade da pessoa humana é entendida como AUTONOMIA.

A dignidade como autonomia é um conceito que emergiu fortemente nos grandes documentos de Direitos Humanos do século XX e se encontra presente como valor fundamental em inúmeras constituições do segundo pós-guerra. Sob essa perspectiva, a dignidade serve de embasamento para os direitos fundamentais e, desse modo, dá origem a uma esfera inviolável de proteção à pessoa.

Realmente, no âmbito dos direitos individuais, a dignidade humana se traduz na autonomia privada, derivada da liberdade das pessoas e da igualdade existente entre elas. A autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração fazem parte do conteúdo da dignidade. Afinal, conforme Barroso, “as pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas.”²⁶⁶ No mesmo sentido, Sandel²⁶⁷ ao asseverar que “a capacidade de agir com autonomia é o que confere à vida humana sua dignidade especial. Ela estabelece a diferença entre pessoas e coisas.” Kant²⁶⁸ também se alinha a tal pensamento:

A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57.

²⁶⁴ DWORKIN, 2003, p. 339.

²⁶⁵ SARLET, 2009, p. 53.

²⁶⁶ BARROSO, 2012.

²⁶⁷ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 142 a 143.

²⁶⁸ KANT, 2008, p. 70-71.

razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da acção, cujo efeito é um fim, chama-se meio. O princípio subjectivo do desejar é o móbil (Triebfeder), o princípio objectivo do querer é o motivo (Bewegungsgrund); daqui a diferença entre fins subjectivos, que assentam em móveis, e objectivos, que dependem de motivos, válidos para todo o ser racional. Os princípios práticos são formais quando fazem abstracção de todos os fins subjectivos; mas são materiais quando se baseiam nestes fins subjectivos e portanto em certos móveis, Os fins que um ser racional se propõe a seu grado como efeitos da sua acção (fins materiais) são na totalidade apenas relativos; pois o que lhes dá o seu valor é somente a sua relação com uma faculdade de desejar do sujeito com características especiais, valor esse que por isso não pode fornecer princípios universais para todos os seres racionais, que sejam também válidos e necessários para todo o querer, isto é leis práticas. Todos estes fins relativos são, por conseguinte, apenas a base de imperativos hipotéticos.

Admitindo porém que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesmo, possa ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que estará a base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática. (grifo nosso)

Mais adiante, na obra supracitada, o filósofo prussiano continua apontando a autonomia - manifestada como vontade livre do ser racional - como fundamental para que o homem seja considerado como fim em si mesmo, portador de dignidade, que lhe diferencia das coisas, as quais possuem, tão somente, um preço. Segundo Kant²⁶⁹, a ideia de dignidade do ser humano está diretamente ligada ao seu dever de obedecer, única e exclusivamente, à lei que ele próprio, ao mesmo tempo, estabelece:

A moralidade consiste pois na relação de toda a acção com a legislação, através da qual somente se torna possível um reino dos fins. Esta legislação tem de poder encontrar-se em cada ser racional mesmo e brotar da sua vontade cujo princípio é: nunca praticar uma acção senão em acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal, quer dizer só de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal. Ora se as máximas não são já pela sua natureza necessariamente concordes com este princípio objectivo dos seres racionais como legisladores universais, a necessidade da acção segundo aquele princípio chama-se então obrigação prática, isto é, dever. O dever não pertence ao chefe no reino dos fins, mas sim a cada membro e a todos em igual medida.

A necessidade prática de agir segundo este princípio, isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa em que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como *legisladora*, porque de outra forma não podia pensar-se como *fim em si mesmo*. A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções para connosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá.

No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a

²⁶⁹ KANT, 2008, p. 80-81.

um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento (Affektionspreis)*; aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*.

Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade.

Constata-se, então, que Kant²⁷⁰ consagra o princípio da autonomia da vontade como fundamental para descobrir o princípio da moralidade:

Se agora lançarmos um olhar para trás sobre todos os esforços até agora empreendidos para descobrir o princípio da moralidade, não nos admiraremos ao ver que todos eles tinham necessariamente de falhar. Via-se o homem ligado a leis pelo seu dever, mas não vinha à ideia de ninguém que ele estava sujeito só à sua própria legislação, embora esta legislação seja universal, e que ele estava somente obrigado a agir conforme a sua própria vontade, mas que, segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal. Porque, se nos limitávamos a conceber o homem como submetido a uma lei (qualquer que ela fosse), esta lei devia ter em si qualquer interesse que o estimulasse ou o constrangesse, uma vez que, como lei, ela não emanava da sua vontade, mas sim que a vontade era legalmente obrigada por qualquer outra coisa a agir de certa maneira. Em virtude desta consequência inevitável, porém, todo o trabalho para encontrar um princípio supremo do dever era irremediavelmente perdido; pois o que se obtinha não era nunca o dever, mas sim a necessidade da acção partindo de um determinado interesse, interesse esse que ora podia ser próprio ou alheio. Mas então o imperativo teinha que resultar sempre condicionado e não podia servir como mandamento moral. Chamarei, pois, a este princípio, princípio da Autonomia da vontade, por oposição a qualquer outro que por isso atribuo à Heteronomia.

A importância da ideia de autonomia moral para o presente trabalho é patente, já que seu objetivo é investigar a legitimidade de uma escolha pessoal cujas consequências são realmente fatais e irreversíveis. Segundo Barroso²⁷¹, entre os vários aspectos envolvidos na concepção de autonomia, dois deles, que se relacionam mutuamente, possuem relevância especial:

O primeiro é a **capacidade de autodeterminação, que constitui o próprio núcleo da autonomia**. O segundo é a **exigência de que haja condições adequadas para o exercício da autodeterminação**, de modo a evitar que ela se converta em mero formalismo ou em justificativa para a violação de direitos fundamentais do próprio indivíduo. Convém desenvolver cada um deles.

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não

²⁷⁰ KANT, 2008, p. 78-79.

²⁷¹ BARROSO, 2012.

violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.

O segundo aspecto destacado diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado mínimo existencial, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidade, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. Além de permitir o exercício efetivo da prerrogativa de escolher, as condições da autonomia servem para evitar que decisões com grave repercussão para o indivíduo sejam tomadas de forma caprichosa ou simplesmente desinformada. Ainda quando a vontade pessoal deva prevalecer, é razoável que a coletividade imponha certos requisitos em defesa do valor objetivo da pessoa. (grifo nosso).

No entanto, apesar de a visão da dignidade como autonomia valorizar sobremaneira o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais, fomentando o pluralismo, a diversidade e a democracia de modo geral, essa ideia (da dignidade se expressando sob a forma de autonomia) não pode reinar absoluta, carecendo de limites ou condições. Afinal, o próprio pluralismo pressupõe a convivência pacífica entre projetos de vida divergentes, entre valores e direitos fundamentais que podem entrar em conflito a qualquer momento. Além disso, escolhas individuais podem ter consequências não somente sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o grupo social como um todo e, em alguns casos, sobre a humanidade inteira. Por tudo isso, também é necessário que alguns valores sejam impostos, externamente, aos sujeitos de direito. E é daí que surge a concepção de dignidade como HETERONOMIA.

Por essa razão, a dignidade da pessoa humana também assume um aspecto prestacional, quando se admite que o indivíduo necessita de proteção e assistência por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizado ou, principalmente, quando ausente sua capacidade de autodeterminação. Nestes momentos, a dimensão prestacional da dignidade entra em ação, podendo até mesmo prevalecer diante de sua faceta defensiva ou autonômica, de tal modo que, se por acaso o indivíduo perder a sua capacidade de autodeterminação, ainda assim terá o direito de ser tratado com dignidade, ou seja, ser considerado e respeitado por sua condição humana.

Para Barroso²⁷², a dignidade, em sua faceta prestacional, está ligada diretamente ao mínimo existencial:

Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial. Todo indivíduo tem direito a prestações e utilidades imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é pré-condição para o próprio exercício da autonomia privada e pública.

²⁷² BARROSO, 2012.

O aspecto heteronômico da dignidade da pessoa humana se traduz em uma acepção onde os valores compartilhados pela comunidade – tais como moralidade, bem comum, interesse público - prevalecem em relação às escolhas individuais. Nessa visão de dignidade, a perspectiva do indivíduo não é o mais importante, mas os ideais sociais vigentes. Portanto, a dignidade como heteronomia muito mais restringe a liberdade individual do que a fomenta, de acordo com Barroso²⁷³:

Inúmeros autores chancelam a noção de dignidade como freio à liberdade, no sentido de obstar escolhas que possam comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia. Disso se extrai que, na concepção heterônoma, a dignidade não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade. Existem algumas decisões que são consideradas emblemáticas para a visão da dignidade como heteronomia. Uma delas, por variados fatores, tornou-se muito conhecida no Brasil: o caso do arremesso de anões. São também consideradas paradigmáticas para a ideia de dignidade como heteronomia as decisões que consideram ilícitas relações sexuais sadomasoquistas consentidas. Tanto no Reino Unido quanto na Bélgica, prevaleceu o ponto de vista de que o consentimento não poderia funcionar como defesa em situações de violência física. Outro caso típico de consideração da dignidade como heteronomia refere-se aos chamados *peep shows*, em que uma pessoa submete-se, como objeto, à vontade de outra. Entretanto, assim como a dignidade como autonomia, a “dignidade como heteronomia” também possui inconsistências teóricas e práticas. Como críticas principais, é possível compendiar: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas, moralistas e perfeccionistas; b) o enfraquecimento dos direitos fundamentais mediante o discurso da dignidade, especialmente em sociedades democrático-pluralistas; c) perda da força jurídico-política da locução dignidade humana; d) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados por uma comunidade ou sociedade política.

Nessa esteira, de acordo ainda com Barroso²⁷⁴, a preservação e a promoção dos direitos fundamentais - tendo a dignidade da pessoa humana como esteio – apresentam uma dimensão individual e outra social, também conhecidas, respectivamente, como as facetas autonômica e heterônômica da dignidade. Assim, ele assevera que:

A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos. A intervenção estatal, portanto, pode ser: (i) de oferta de utilidades que satisfaçam a dignidade; (ii) de restrição a condutas individuais que violem a dignidade do próprio agente; e (iii) de restrição a condutas individuais para que não violem a dignidade de outros ou determinados valores comunitários. As dimensões individual e social da atuação fundada na dignidade humana são também referidas, respectivamente, pelas designações de dignidade como autonomia e como heteronomia.

Percebe-se, então, que cada uma das facetas da dignidade da pessoa humana, isoladamente, é insuficiente para preservar e promover, em toda a sua plenitude, o exercício dos direitos fundamentais. Na verdade, as duas acepções da dignidade, de certa forma, se

²⁷³ BARROSO, 2012.

²⁷⁴ BARROSO, Loc. cit.

complementam. Mas para que isso aconteça, é imprescindível que as duas dimensões descritas convivam da melhor forma possível, conciliando suas perspectivas de modo que se otimize seu significado como princípio orientador do ordenamento jurídico e fundamento constitucional da República Federativa do Brasil.

Nota-se, portanto, que tarefa de conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana é, de fato, árdua. Por isso mesmo, não se objetiva, aqui, de maneira alguma, exaurir essa discussão. Todavia, existe um enunciado de Sarlet²⁷⁵ sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que resume com propriedade várias das características supracitadas, reconhecidas como próprias deste fundamento da República Federativa do Brasil:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por arte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Por todo o exposto, conclui-se que a ideia de dignidade da pessoa humana vem influenciando sobremaneira a noção geral que se tem sobre que “tipo de vida” realmente vale a pena ser vivida ou desfrutada. A ideia de que toda e qualquer vida humana seria sagrada em si mesma - independentemente de qualquer outra condição associada a ela - tem sofrido abalos severos. Em verdade, historicamente, observa-se que o conceito de vida vem sofrendo modificações – de forma sutil, mas progressiva - especialmente no decorrer do último século, com a modernização da sociedade, especialmente no que concerne ao avanço da biotecnologia e ao processo de secularização.

Percebe-se também que, à concepção biológica do vocábulo vida, foram acrescentadas outras, como as filosóficas, as políticas, as sociológicas, entre as muitas existentes dentro de uma sociedade pluralista - esta última também almejada pela CF/88, conforme se infere de seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifo nosso)

²⁷⁵ SARLET, 2009, p. 67.

Conclui-se, portanto, ser vontade constitucional o respeito ao pluralismo de ideias sensato que prevalece no mundo contemporâneo. Afinal, não é provável que pessoas conscientes e com plena capacidade de raciocínio - ainda que após uma discussão minuciosa e livre - cheguem a conclusões idênticas sobre todos os assuntos. De acordo com Sandel²⁷⁶, “os indivíduos das sociedades democráticas modernas discordam sobre questões morais e religiosas; além disso, essas discordâncias são justificáveis”.

Assim, como a lógica do próprio pluralismo pressupõe a convivência harmoniosa entre projetos de vida divergentes – que muitas vezes são embasados em direitos fundamentais distintos que, a qualquer momento, podem entrar em rota de colisão - é absolutamente necessário que se encontre algo para balizar o trajeto que tais direitos podem ou devem percorrer, demarcando seus possíveis itinerários, evitando ou minimizando tais choques.

A dignidade da pessoa humana, atualmente, é considerada a baliza indispensável à boa convivência entre os direitos fundamentais. Enfim, é ela - a dignidade da pessoa humana - que, como AUTONOMIA, valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais, fomentando o pluralismo, a diversidade e a democracia de maneira geral. Todavia, também é ela que, como HETERONOMIA, emerge impondo valores externos ao sujeito, como limitações aos excessos que determinadas escolhas feitas sob o manto de uma possível autonomia absoluta poderiam gerar, produzindo impacto não só sobre os relacionamentos interpessoais, mas sobre a totalidade do corpo social.

Como se observa facilmente, as dimensões autônoma e heterônoma da dignidade parecem se deslocar em sentidos opostos. Diante de tal constatação, é natural que surja o seguinte questionamento: haveria uma preferência relativa por uma das vertentes de conceituação da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro?

Nota-se que o conceito que prima pela autonomia defende a preservação e maximização da liberdade individual, desde que os direitos de terceiros não sejam prejudicados e que existam as condições necessárias para o exercício da capacidade de autodeterminação. Traduz-se, especialmente, no respeito ao pluralismo sensato, na realização de escolhas pessoais e consentimentos esclarecidos.

Já a acepção heterônoma prioriza a proteção de valores sociais como meio de proteger também o próprio indivíduo. Todavia, esses valores são determinados por critérios externos ao sujeito de direitos, prevalecendo os aqueles compartilhados pelo grupo social e o

²⁷⁶ SANDEL, 2011, p. 309.

paternalismo, mesmo quando a liberdade e as escolhas individuais não interferem com direitos de terceiros.

Entretanto, essas duas vertentes da dignidade da pessoa humana, à medida que se contrapõem, também se complementam. Por isso, não é possível aceitar, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhum entendimento que exclua qualquer das acepções de dignidade descritas.

Contudo, deve-se admitir que, ao analisar a Constituição Federal brasileira, percebe-se uma clara preferência pelo viés autônomo da dignidade da pessoa humana, que se reflete no ordenamento jurídico pátrio interpretado como um todo. Conforme Barroso²⁷⁷:

Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil. Daí a sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais. A dignidade como heteronomia obteve menos ênfase. Como visto, ela se move em torno de conceitos indeterminados como “moral pública” e “bons costumes”, por exemplo, que nem figuram no texto constitucional brasileiro. Outras locuções, como “interesse público” e “ordem pública” são mencionados no texto para hipóteses bem contadas e de aplicação específica, que não incluem – ao menos expressamente – a restrição a direitos fundamentais. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há inúmeros julgados que se referem à dignidade humana. Por vezes, o emprego da locução é puramente ornamental. Em muitos casos, ela não é o único ou o principal fundamento de decidir, sendo frequentemente associada a um direito fundamental específico, como reforço argumentativo. Sem embargo, é possível detectar uma predominância da ideia de dignidade como autonomia sobre a dignidade como heteronomia. A análise dos diferentes votos permite apontar certas formulações recorrentes, que figuram como “consensos sobrepostos” na matéria, que podem ser assim sumariados: a) não-instrumentalização do indivíduo e garantias constitucionais da liberdade; b) manutenção da integridade física e moral dos indivíduos; c) proibição da tortura, da imposição de tratamento desumano ou degradante e da crueldade.

É inegável, portanto, a existência de uma relativa prevalência da dignidade vista como autonomia no Direito Brasileiro; todavia também não se pode esquecer ou desprezar a noção de dignidade como heteronomia. Essa afirmação significa que, em regra, devem ser respeitadas as decisões pessoais, a liberdade de escolha do indivíduo e sua capacidade de autodeterminação. Por conseguinte, para que se permita, de forma legítima, desconsiderar tais escolhas e decisões individuais, é necessário um esforço argumentativo particular. E é exatamente aí que se insere o tema da disponibilidade ou não dos direitos fundamentais: entre as duas acepções mais aceitas como manifestações da dignidade da pessoa humana - entre a liberdade de dispor dos direitos, advinda da autonomia e as restrições impostas a tais disposições, consequência da heteronomia.

²⁷⁷ BARROSO, 2012.

4.2.4.3 O embate

De acordo com o que se tentou demonstrar até agora, a dignidade da pessoa humana se manifesta sob a forma de duas perspectivas que se complementam mutuamente. A dignidade, em sua face autonômica, protege a capacidade de autodeterminação e a responsabilidade moral do indivíduo por suas próprias escolhas, especialmente aquelas de caráter existencial. A dignidade em sua dimensão heteronômica diz respeito à imposição de padrões sociais externos ao sujeito, o que, na hipótese em estudo, significaria a proteção objetiva da vida humana, mesmo contra a vontade do titular deste direito. Conforme abordado anteriormente, as duas faces da dignidade não se excluem, embora seja possível identificar uma predominância da dignidade como autonomia, tanto na filosofia moral contemporânea quanto na ordem constitucional brasileira.

As conclusões, a que se chegou no decorrer do presente trabalho, se alinham com essa premissa: a primazia da dignidade como autonomia. Ainda que sabendo da inexistência de verdades objetivas e absolutas, especialmente quando se discute um tema tão complexo e delicado quanto o direito à vida e o direito à liberdade para se dispor dela, passa-se à demonstração das razões pelas quais parece mais consistente com os preceitos constitucionais a perspectiva que aceita como legítimo o direito de escolha de uma pessoa capaz que deseja antecipar o momento de sua morte, mediante ato médico, nas condições determinadas no presente estudo (o indivíduo que solicita a eutanásia deve ser paciente terminal, portador de doença incurável e padecer de sofrimentos insuportáveis que não possam ser aliviados com os tratamentos disponíveis), em respeito à sua capacidade de autodeterminação, emanada de sua dignidade.

Conforme discutido anteriormente, o pluralismo e a complexidade característicos da sociedade contemporânea fazem com que a Constituição albergue valores e direitos muito variados, que eventualmente entram em rota de colisão. De acordo com Barroso²⁷⁸, tais choques entre “normas constitucionais podem assumir configurações diversas, dentre as quais se incluem, para os fins aqui relevantes: a) a contraposição entre direitos fundamentais; e b) a contraposição entre um direito fundamental e um valor constitucionalmente protegido.”

As duas situações descritas acima estão presentes na hipótese em análise, com a particularidade adicional de que se encontram em conflito dois direitos pertencentes a um mesmo titular (e não direitos de pessoas distintas).

²⁷⁸ BARROSO, 2012.

O equacionamento do problema em tela envolve, por um lado, a vida humana e, por outro, a liberdade - manifestada como capacidade de autodeterminação, reflexo da dignidade da pessoa humana como autonomia - ambos compreendidos como direitos fundamentais e como valores protegidos pela ordem constitucional. Em virtude do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode, de forma arbitrária, escolher um dos lados postos, uma vez que não existe hierarquia entre normas constitucionais. Muito ao contrário, ele precisará demonstrar, com argumentos construídos e aceitos segundo uma estrutura lógica, à luz dos elementos da situação fática, que solução realiza mais apropriadamente a vontade constitucional, naquele caso concreto específico.

Há, portanto, no núcleo dos debates sobre eutanásia, uma clara colisão entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade, tendente a se manifestar como capacidade de autodeterminação, dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na verdade, o embate entre estes direitos fundamentais é a pedra de toque de toda a discussão proposta. Não se deve olvidar, no entanto, que esta alteração deve ser balizada pela persecução do maior respeito possível à dimensão humana de todos os envolvidos - considerando a dignidade que lhes é absolutamente inerente - na situação concreta, e muitíssimo crítica, derivada do conflito entre direitos fundamentais que nasce da decisão de um ser humano que deseja por fim à própria vida.

A propósito, há quem defenda, inclusive, a existência de um direito de morrer - embora não reconhecido formalmente na ordem jurídica brasileira - como complementar ao direito de viver, como preleciona Ribeiro²⁷⁹:

Por sinal, nos dias de exposição do Caso Terri Schiavo, insistiu-se na supremacia do direito de viver, quando o caso indicava a necessidade de debater-se o direito de morrer, o direito autônomo de deliberar sobre o tempo e o lugar da própria morte. O direito de viver não é antagônico ao direito de morrer: compreende, na verdade, duas dimensões de um mesmo direito. Aliás, o direito de viver já foi, inclusive, objeto de atual consideração da Igreja Católica, a Declaração sobre a Eutanásia (Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Cidade do Vaticano; 1980): “de fato, há quem fale de ‘direito à morte’, expressão que não designa o direito de se dar ou mandar provocar a morte como se quisesse, mas o direito de morrer com toda a serenidade, na dignidade humana e cristã”. O sistema jurídico brasileiro assegura o direito de viver e, dentro daquela aparente contradição, não reconhece formalmente o direito de morrer, o que levou a doutrina jurídica a afirmar equivocadamente que não há esse direito entre nós. Viver a vida com autonomia é um direito potestativo, que pode ser exercido sem qualquer anuência de terceiros; ninguém precisa de licença de outrem para viver a sua própria vida, mormente em países sem pena de morte. Feita essa exceção, ninguém, nem mesmo o Estado, pode impor qualquer restrição a esse direito, razão para se chamá-lo supremo. Essa conclusão não afasta uma releitura do direito de viver, que, por ser direito potestativo, é renunciável apenas pelo seu titular.

²⁷⁹ RIBEIRO, Diaulas Costa. **Autonomia**: viver a própria vida e morrer a própria morte. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v22n8/24.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

E se não fosse renunciável, não seria direito, mas dever de viver. E enquanto dever de viver geraria consequências jurídicas distintas das que hoje são conhecidas, começando pela punição da tentativa de suicídio, passando pela proibição dos esportes radicais e atividades de risco em geral e culminando na mecanização da vida para além da vida, o que importaria tratamentos desumanos e degradantes ao doente.

No mesmo sentido, Dworkin²⁸⁰, ao falar sobre o caso de Nancy Cruzan²⁸¹, afirma que:

A maioria dos comentaristas conclui, depois de estudar todas as opiniões redigidas pelos diferentes juízes que atuaram no caso, que seu efeito foi afirmar algum direito constitucional a morrer, ainda que a regra vigente sustentasse o poder de um estado de impor severas restrições ao modo como esse direito deve ser exercido.

Nessa esteira, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida - ainda que também constitucionalmente garantido - não pode ser confundido com uma obrigação de viver a qualquer custo, sob o jugo de angústias e sofrimentos cruéis. Em um Estado Democrático de Direito, não há espaço para a institucionalização de tratamentos desumanos e degradantes. E, desse modo, como consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, passa-se a aventar a possibilidade de um direito à morte digna, como direito humano, de acordo com lição de Ribeiro²⁸²:

Ressalte-se, como a vida, que a morte digna também é um direito humano. E por morte digna se compreende a morte sem dor, sem angústia e de conformidade com a vontade do titular do direito de viver e de morrer. E nesse sentido é paradoxal a postura social, muitas vezes emanada de uma religiosidade que a religião desconhece, que compreende, aceita e considera “humano” interromper o sofrimento incurável de um animal, mas que não permite, com o mesmo argumento – obviamente sem a metáfora – e nas mesmas condições, afastar o sofrimento de um homem capaz e autônomo. É interessante notar, ainda, que, enquanto se discute sem consenso a aceitação da eutanásia como um ato de cuidado, outros movimentos se

²⁸⁰ DWORKIN, 2003, p. 280.

²⁸¹ O Caso de Nancy Cruzan foi amplamente divulgado na mídia nacional e internacional. Em janeiro de 1983, no interior do estado de Missouri, EUA, Nancy Cruzan - com 25 anos na época - estava dirigindo e perdeu o controle, o que fez com que seu carro capotasse. Ela foi encontrada sem respiração ou batimento cardíaco detectável, mas os profissionais de saúde responsáveis pelo seu resgate fizeram manobras de reanimação e ela recuperou as funções respiratória e cardiovascular, sendo levada para o hospital inconsciente. Como o período de anóxia foi grande (estimado entre 10 a 15 minutos sem oxigênio), houve dano cerebral severo. Nancy foi diagnosticada pelos médicos como estando em Estado Vegetativo Persistente. Um mês após o acidente, foi introduzida uma sonda até seu estômago para que ela pudesse ser alimentada. As tentativas de reabilitação foram mal sucedidas, revelando que Nancy não teria possibilidade de recuperar a vida de relação. Em 1987, os pais de Nancy solicitaram que os procedimentos de alimentação e de hidratação assistida fossem suspensos a fim de que, desse modo, fosse concedida a Nancy uma morte digna, conforme eles acreditavam que ela desejava. Os médicos e o hospital se recusaram a atender seu pedido sem uma autorização judicial. Os pais de Nancy foram, então, a juízo para requisitar tal autorização. Inicialmente, o tribunal alegou que Nancy Cruzan não se encontrava em estado terminal e, a menos que houvesse uma prova convincente e irrefutável de que essa era a vontade dela e que a tivesse manifestado antes do acidente, não autorizaria o pedido. Após várias discussões judiciais, em dezembro de 1990, o Tribunal do Missouri permitiu a retirada do tubo que mantinha a hidratação e a alimentação artificial de Nancy. A prova convincente e irrefutável foi apresentada ao tribunal foi testemunhal: amigas de Nancy, que declararam que ela teria dito que não gostaria de viver como um vegetal, tendo manifestado a vontade de que fossem suspensas a alimentação e a hidratação artificial caso ela se encontrasse em uma situação similar àquela. Nancy Cruzan faleceu em 26 de Dezembro de 1990.

²⁸² RIBEIRO, 2012.

desenvolvem e constroem soluções a partir de princípios que também são invocados naquela discussão: a autonomia e a dignidade no fim da vida.

Afinal, ao se entender a passagem do estado de ser vivo para ser morto ou inanimado como um processo contínuo e não como um fato estanque (conforme se expôs no capítulo 3, tópico 3.2 - O momento da morte – Critérios médicos e biológicos para sua determinação), a vida se liga à morte formando um binômio, de fato, inseparável. Também de acordo com tal posicionamento, as palavras de Silva²⁸³:

Vida, no nosso texto constitucional, não será considerada apenas em seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida pra ser morte.

Além disso, entre os diversos conceitos de vida abrigados pela sociedade pluralista da qual se faz parte, qualidade e dignidade passam a ser elementos indispensáveis ao direito de viver. Assim, Castro²⁸⁴ afirma:

Impende enfatizar, nessa vertente de ideias, que a proteção à vida, que constitui o primeiro e mais fundamental dos direitos tutelados no caput do artigo 5º da Constituição da República, cuja inviolabilidade é garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, refere-se não apenas e objetivamente ao estado de ser vivo, mas a um modo qualificado de exercer os predicados da existência, o que vale dizer — de acordo com os padrões de dignidade existencial que a própria Lei Maior, em disposições dispersas, reputa essenciais ao direito de viver. Nesse sentido, o direito à vida retrata o direito de viver uma vida digna segundo a valoração jurídico-social do que deva ser a existência com dignidade.

Neste caminhar - considerando a morte como um processo que possui uma indiscutível continuidade com a vida – chega-se, sem desvios, à seguinte conclusão: se realmente existe o direito a uma vida digna, também deveria existir, lógica e inarredavelmente, o direito de morrer dignamente. Segundo Dworkin²⁸⁵:

A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” – mostra como é importante que a vida termine *apropriadamente*, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido.

²⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 315.

²⁸⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição e o direito ao corpo humano. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 244.

²⁸⁵ DWORKIN, 2003, p. 280.

No entanto, na hipótese de haver, de fato, tal direito de morrer com dignidade, como respeitar, no caso concreto, ao mesmo tempo, o direito à vida e o direito à liberdade de um doente terminal que - sabendo de sua enfermidade incurável e passando por sofrimentos intensos e inafastáveis através de qualquer tratamento disponível - quer ter o direito de escolher entre viver mais alguns dias (ou meses) naquele estado degradante ou por fim à sua agonia, colocando término imediato à sua vida de forma digna, com ajuda médica?

E, caso não seja possível respeitar na mesma medida ambos os direitos em conflito, os direitos à vida e à liberdade (este último, no caso, manifestando-se através da autonomia imprescindível à realização da dignidade da pessoa humana), qual deles prevalece?

A questão que precisa ser respondida é, em última instância, a seguinte: seria, de fato, legitimamente permitida ao Estado - ou mesmo entendida como seu dever - a conduta de “proteger” um indivíduo em face de si mesmo (em qualquer situação concreta, com todas as suas possíveis variações e particularidades) a fim de obstar que o exercício de sua liberdade, manifestada como capacidade de autodeterminação, lhe cause algum dano, ainda que irreversível, ou mesmo fatal, culminando com a sua morte?

Em outras palavras, falando mais diretamente sobre o presente objeto de estudo, este é o real questionamento que se impõe: a tipificação penal da eutanásia como homicídio realmente se harmoniza com a Constituição Federal do Brasil, especialmente com os preceitos que garantem a dignidade da pessoa humana (com a proteção da liberdade, da autonomia e da privacidade que ela implica), o direito à vida e o Estado laico?

Nesse caso extremo, coloca-se o paternalismo estatal em oposição direta à autonomia individual, na análise de uma possível disposição do direito à vida por um indivíduo, consciente e devidamente esclarecido, acometido de uma enfermidade incurável, em estado terminal, padecendo de sofrimentos intensos, não passíveis de alívio por nenhum tratamento disponível.

Por todo exposto, tal pergunta não tolera nem uma resposta juridicamente simples, nem tampouco uma argumentação moralmente pobre ou ordinária. Trata-se, sem dúvida, de tema controverso, mas do qual o Direito não pode se furtar à discussão nem, muito menos, deixar de prover soluções à comunidade, já que o assunto está inexoravelmente presente no cotidiano da sociedade atual. Adianta-se, de pronto, que, de acordo com as análises realizadas no presente estudo, a resposta às perguntas acima é NEGATIVA. Como se pretende demonstrar nesse trabalho, a criminalização da eutanásia, nos moldes aqui previstos (conduta praticada por médico, a pedido do paciente, mediante procedimentos adequados, que abrevie o tempo de vida de doente terminal, portador de enfermidade incurável, que padeça de

sofrimentos físicos ou psíquicos insuportáveis, não passíveis de alívio através de tratamento; o paciente deve ser civilmente capaz e, por ato de vontade própria, requisitar ao médico assistente, através de uma solicitação válida, a antecipação do momento de sua morte) não se coaduna com a ordem constitucional brasileira.

Sobre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, já se discorreu nos tópicos acima, afirmando o caráter não absoluto da indisponibilidade do direito à vida e a dignidade como princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio, personificando a baliza para a concretização de todos os direitos fundamentais.

O direito à vida foi discutido exaustivamente em item anterior (4.2.4.1), onde se concluiu, definitivamente por seu caráter não absoluto e pela ausência de hierarquia entre ele e outros direitos fundamentais, conforme reforça o ministro Marco Aurélio Mello²⁸⁶, em trecho de seu voto proferido no julgamento na ADPF 54, no Supremo Tribunal Federal:

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão. [...] **Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.** Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos), revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento. (grifo nosso)

Quanto à dignidade da pessoa humana, também já se expôs - no item 4.2.4.2 - a complexidade que sua análise traz, uma vez que sua conceituação é realmente difícil em virtude da natureza polissêmica deste fundamento da República Federativa do Brasil.

Vale ressaltar que a dignidade dos pacientes que se encontram nas condições descritas no presente estudo é golpeada profundamente quando se exige a manutenção de suas vidas a qualquer custo, mesmo contra a sua vontade. Inclusive, é importante citar que o sofrimento dessas pessoas, em determinadas circunstâncias, é tão grande que pode mesmo ser classificado como tortura o ato estatal de compelir o paciente terminal, portador de doença incurável, padecendo de sofrimentos físicos e psíquicos intensos, a prosseguir com

²⁸⁶ VOTO do ministro Marco Aurélio Mello na ADPF nº 54, em 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2012. p. 37 e 38.

tratamentos fúteis e desproporcionais que não terão o condão nem de aliviar o sofrimento nem, muito menos, de curá-lo de sua patologia.

Deve-se destacar ainda que, nas circunstâncias determinadas nesse estudo, cumpre ao indivíduo, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela antecipação ou não do momento de sua morte, em razão do respeito a autonomia da pessoa humana, como dimensão de sua dignidade. Cabe a cada um, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda de quem quer que seja, voltar-se para si mesmo, refletir sobre suas próprias convicções e avaliar se deseja, ou não, levar sua própria vida adiante. É patente que, nessas circunstâncias, não é legítima a intromissão do Estado. A ele compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico ao paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for.

Não está de acordo com o princípio da proporcionalidade a proteção de apenas um dos direitos fundamentais em jogo, privilegiando, no caso, somente o direito à vida de alguém que nem mesmo deseja mais desfrutar da única sobrevivência que ainda lhe é possível, por não considerá-la digna. Em contrapartida, a imposição de se manter a vida do paciente terminal a qualquer custo, aniquila outros direitos fundamentais do mesmo titular – como o direito à liberdade, à autonomia, à privacidade - impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de uma vida cujo final se aproxima irremediavelmente, através de um caminho tortuoso, repleto de sofrimentos intensos e inafastáveis mediante qualquer que seja a terapia disponível, vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação. O ato de coagir o indivíduo a manter sua própria vida, independentemente do sofrimento a ele infligido com essa conduta, coloca-o em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovido do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, podendo tal atitude ser considerada como tortura.²⁸⁷ Portanto, o sacrifício imposto pela criminalização da eutanásia – de acordo com os critérios aqui apresentados – não pode ser nem pedido nem, muito menos, exigido de qualquer pessoa sem que seja frontalmente atacada e violada a sua dignidade, a sua autonomia, a condição de sujeito moral que o caracteriza como pessoa humana.

²⁸⁷ O artigo 1º da Constituição Federal consagra como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Seu artigo 5º, inciso III, comanda que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A Lei nº 9.455/97, no artigo 1º, dispõe:

Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental [...];

c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

Obrigar uma pessoa a vivenciar uma experiência como essa é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, aos seus amigos, a todos os entes queridos que possam estar acompanhando todo o drama do fim da vida que se aproxima tão sofrida e devastadoramente. As consequências psicológicas de um trauma como esse, para os familiares do paciente, são de longo prazo. Com certeza, marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial de Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está sendo violado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado. E em nome de que? Em nome de uma suposta indisponibilidade do direito à vida por seu próprio titular que, nesse caso, já em estado terminal de doença incurável e acometido de padecimentos terríveis, deseja por fim a sua agonia, dignamente, com auxílio de um médico. A propósito, deve-se esclarecer que este profissional tem como missão maior, não manter a vida a qualquer custo (o que pode, como já descrito, dependendo do caso, assemelhar-se à tortura ou, no mínimo, constituir tratamento desumano e degradante), mas assistir, amparar e cuidar, no sentido mais amplo de tais palavras, de seus pacientes, tentando dar-lhes o maior conforto e qualidade de vida possível nas mais diversas circunstâncias, mesmo (e - por que não dizer? – principalmente) durante o decurso do processo de morrer, período em que, geralmente, o receio e a fragilidade que o desconhecido geralmente traz, se fazem mais presentes ao longo de toda a existência humana.

Volta-se, agora, para os comentários pertinentes sobre o Estado laico, com o escopo de esclarecer que a análise jurídica dos valores em jogo, na discussão sobre a legalização ou não da eutanásia, não pode ser orientada por concepções religiosas.

Em primeiro lugar, deve-se lembrar que a laicidade estatal é princípio constitucional da República Federativa do Brasil desde 1891, segundo o ministro Marco Aurélio Mello²⁸⁸:

A laicidade, que não se confunde com laicismo, foi finalmente alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo artigo 11, § 2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. Desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo – a Constituição de 1934 fê-lo no artigo 17, incisos II e III¹¹, ampliando a proibição aos entes municipais; o Texto Maior de 1937 menciona-o no artigo 32, alínea “b”¹²; a Carta de 1946 dispôs a respeito do tema no artigo 31, incisos II e III, referindo-se, pela primeira vez, ao Distrito Federal¹³; no Diploma Constitucional de 1967¹⁴ e na Emenda Constitucional nº 1/69¹⁵, o preceito ficou no artigo 9º, inciso II. Na mesma linha, andou o Constituinte de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, embora, àquela altura, já estivesse arraigada na tradição brasileira a separação entre Igreja e Estado.

²⁸⁸ VOTO do ministro Marco Aurélio Mello..., 2012, p. 37 e 38.

Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988 salvaguarda a liberdade religiosa, em seu art. 5, inciso VI²⁸⁹, e o caráter secular do Estado, em seu art. 19, inciso I²⁹⁰, concluindo-se, dessa forma que o Brasil é um Estado laico. Como proferiu o ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto na ADPF 54, “Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro”.²⁹¹ Ainda segundo o raciocínio do mesmo ministro²⁹², o caráter secular do Estado:

[...] revela-se princípio que atua de modo dúplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas – por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros – e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário.

[...]

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

Por conseguinte, não somente é proibido ao Estado brasileiro fomentar qualquer religião, como também se impõe a ele uma postura de distanciamento, obstando que as instituições estatais endossem certos conceitos religiosos, culminando com a coação, ainda que indireta, dos indivíduos a respeitá-los. O princípio que consagra o Estado laico significa que nenhuma religião guiará a conduta estatal em relação aos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à privacidade, à saúde física e mental, à liberdade, à autodeterminação.

A opinião de pessoas que querem ser submetidas à eutanásia ou que apoiam a ideia de sua descriminalização tem merecido crítica severa de adeptos de concepções morais

²⁸⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

²⁹⁰ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

²⁹¹ VOTO do ministro Marco Aurélio Mello..., Op. cit., p. 41.

²⁹² VOTO do ministro Marco Aurélio Mello..., Loc. cit.

distintas e de pessoas ligadas a diversas religiões, sendo frequentemente taxada de fraqueza moral ou de uma postura de desvalorização da vida, uma vez que esta não estaria sendo considerada, por tais indivíduos, como sagrada em si mesma. Por isso, há quem sustente que a criminalização da eutanásia seria um modo de fazer um bem a tais sujeitos, mesmo que contra a sua vontade.

No entanto, não se pode estar de acordo com essa linha de pensamento. A suposta sacralidade da vida é, em última *ratio*, um dogma religioso e asserções como essa não podem ser aceitas como fundamento razoável para nenhuma norma jurídica de um Estado laico, como é o Brasil. A negativa ao direito de escolha do paciente, nos termos apontados nesse trabalho, em nome da sacralidade do direito à vida, violaria sobremaneira a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, IV).

Observe-se que não cabe ao Estado avaliar o mérito da convicção religiosa. O que interessa não é o acerto ou desacerto do dogma sustentado por alguns da sacralidade da vida, mas sim o direito, ostentado por cada cidadão - independentemente de suas crenças religiosas ou filosóficas - de orientar sua própria vida segundo seu padrão ético ou mesmo abandoná-lo a qualquer momento, mas conforme uma convicção própria.

Segundo Barroso²⁹³, “a proteção seletiva a determinados dogmas religiosos equivaleria à negação da liberdade de religião e do pluralismo, violando a exigência de que os diferentes grupos sociais sejam tratados com igual consideração e respeito”.

A questão em exame neste estudo, portanto, não deve ser analisada sob a influência de orientações morais guiadas pela religião. Essa premissa também é fundamental para o exame responsável da contenda que se apresenta. Assim, o argumento de que a vida seria sagrada - frequentemente utilizado contra a eutanásia - não pode constituir óbice à descriminalização da conduta aqui defendida, sob pena de estar-se contrariando o princípio da laicidade do Estado brasileiro.

Assim, a secularização da sociedade e o progresso do conhecimento humano, em especial das ciências biomédicas, vêm originando metamorfoses sociais inimagináveis em um passado próximo e, por isso, não previstas claramente pela legislação, pelo menos enquanto regras diretas. E os problemas gerados por estas transformações não são apenas, conforme enfatiza Singer²⁹⁴, “acadêmicos encontrados nas teorias abstratas de filósofos que permanecem distantes do mundo real, publicando artigos em periódicos especializados.” E o filósofo²⁹⁵

²⁹³ BARROSO, 2012.

²⁹⁴ SINGER, 2002, p. 211.

²⁹⁵ Ibid., p. 211 e 212.

continua apontando a importância da discussão crítica do tema, sob o ponto de vista ético, para que sejam realizadas as mudanças necessárias que, de fato, surtam efeito prático na vida das pessoas:

Essas contradições têm consequências diretas para os seres humanos, nos momentos mais profundamente significativos de suas vidas. A farsa em que se converteu a ética tradicional é também uma tragédia que se repete infinitamente, com pequenas variações, em unidades de tratamento intensivo por todo o planeta. [...]

A ética tradicional ainda é defendida pelos bispos e filósofos conservadores da bioética, que falam em tom de reverência sobre o valor intrínseco de toda vida humana, a despeito de sua natureza ou qualidade. Mas, tal e qual o novo traje do imperador, essas expressões solenes só parecem verdadeiras e substanciais quando somos intimidados a aceitar acriticamente a afirmação de que toda vida humana tem alguma dignidade ou valor especiais. Uma vez contestada, a ética tradicional se desintegra. Debilitada pelo declínio da autoridade religiosa e pela ascensão de uma compreensão mais exata das origens e da natureza de nossa espécie, aquela ética está sendo agora desmantelada pelas mudanças ocorridas na tecnologia da medicina, com a qual sua censura inflexível simplesmente não consegue lidar.

E isso não é causa para desânimo ou desespero. Um período de transição num tema tão fundamental está fadado a apresentar-se cheio de incertezas e confusão, principalmente entre os que foram educados para aceitar a ética tradicional como algo acima de qualquer contestação. Mas trata-se também de um período rico em oportunidades, no qual temos a possibilidade histórica de moldar alguma coisa melhor, uma ética que não precise escorar-se em ficções transparentes nas quais ninguém consegue realmente acreditar, uma ética que seja mais compassiva e mais responsável em relação ao que as pessoas decidem para si mesmas, uma ética que impeça o prolongamento da vida quando obviamente não haja um sentido para tanto, e que, em suas inclusões e exclusões seja menos arbitrária que a nossa ética tradicional. Todavia, para alcançar uma abordagem melhor à tomada de decisões de vida ou morte, precisamos estar abertos para perceber de que modo falhou a ética tradicional.

Percebe-se que a própria autonomia do paciente, há pouquíssimo tempo, não era ainda respeitada como deveria, conforme se lê em alguns artigos do próprio Código Civil Brasileiro. Sobre o assunto, Ribeiro afirma²⁹⁶:

As relações de saúde, construídas sob o modelo paternalista, foram diretamente afetadas pelo princípio da autonomia. No Brasil, a mudança ainda não está consolidada, mas há sinais indicativos da substituição do paternalismo pelo consentimento livre e esclarecido. Fala-se, hoje, em *empowerment health*, apoderamento sobre a saúde, ou seja, o paciente conquistou o poder de tomar decisões sobre sua saúde e sua vida; de sujeito passivo passou a titular do direito. O profissional de saúde, o médico por todos, de sujeito ativo passou a titular de uma obrigação. Antes soberano para tomar decisões clínicas, passou a conselheiro, num diálogo franco com o paciente, titular do direito de tomá-las mediante esclarecimento que lhe é devido pelo profissional. A nossa legislação já contempla o respeito à autonomia do paciente. Mas o Novo Código Civil brasileiro, com suas três décadas de gestação, ainda usa expressões paternalistas, demonstrando que não foi assimilado o “neologismo”. Confira-se o art. 13, que diz: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Não existe mais exigência médica. A autonomia deu lugar à indicação, à recomendação, à prescrição, afastando a exigência, a ordem. No art. 15, ocorreu o mesmo: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, permitindo-se concluir que há obrigação de aceitar tratamento ou cirurgia sem risco

²⁹⁶ RIBEIRO, 2012.

de vida, o que seria, hoje, um contra-senso ético e jurídico. A leitura desse artigo “conforme a Constituição” deve ser: ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um destacado direito desta Era dos Direitos.

Também o artigo 11 do Código Civil Brasileiro²⁹⁷, por exemplo, à primeira vista, parece confirmar a teoria de que os direitos da personalidade (inclusive os direitos à vida e à integridade física) não poderiam ser submetidos a qualquer limitação, ainda que voluntária.

Contudo, é evidente que o comando dessa norma deve ser interpretado com cuidado, de forma sistêmica e conforme a Constituição, sob pena de incorrer em uma inconstitucionalidade patente, esvaziando os direitos que pretende proteger, em razão de abater completamente a liberdade individual, uma vez que o exercício da autonomia, de acordo com o que se demonstrou anteriormente, abrange a realização de escolhas que, em uma visão mais elementar, poderiam ser enquadradas no conceito de renúncia. Vários exemplos já foram dados no tópico 4.1.4.1 (Direito à vida). De fato, o que realmente importa é aceitar que existe um excesso retórico no texto do artigo 11 do Código Civil que, se não interpretado adequadamente, culmina em um discurso vazio, devendo, portanto, ser conciliado com o ordenamento jurídico pátrio como um todo.

Afinal, em uma sociedade que admite o pluralismo de ideias como um valor a ser promovido, é impossível que os direitos da personalidade se esquivem de colisões, tanto em situações abstratas quanto em casos concretos. Nessas circunstâncias, ponderações e, até mesmo, restrições mútuas são inevitáveis. Nesse sentido, Barroso²⁹⁸:

O ponto não é minimamente controverso, aceitando-se de forma pacífica, como já registrado, que não há direitos absolutos. Nesse sentido, um enunciado normativo que pretenda estabelecer a impossibilidade genérica de restrição aos direitos da personalidade, ainda que voluntária, acaba por evocar uma realidade não apenas contrafactual, mas também incompatível com o pluralismo consagrado pela Constituição. A única leitura possível de tal dispositivo seria no sentido de entender que ele veda disposições caprichosas ou fúteis, sem prejuízo da possibilidade de que a convivência entre direitos distintos imponha escolhas e compromissos. De outra forma, o art. 11 será, mais do que inconstitucional, verdadeiramente inaplicável. Afinal, em um conflito entre direitos da personalidade, simplesmente não há como figurar uma solução em que ambos incidam sem qualquer temperamento.

Também o artigo 15 do Código Civil²⁹⁹ merece ser examinado nesse tópico, uma vez que ele admite a recusa de determinado tratamento que, por si mesmo, envolva riscos para o paciente. Observa-se que a norma não faz nenhuma ressalva, não permitindo que o médico

²⁹⁷ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”

²⁹⁸ BARROSO, 2012.

²⁹⁹ Art. 15 do Código Civil brasileiro: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

imponha qualquer tratamento que envolva um risco alto, mesmo sabendo que a não instituição daquela terapia, certamente, culminaria com a morte do paciente. O que realmente importa na dicção desse artigo, para os fins do presente estudo, é que *esse* dispositivo, definitivamente, deixa de consagrar a ideia de que a vida deva ser mantida a qualquer custo. Muito ao contrário, respeita as decisões individuais, que podem ser fundamentadas, por exemplo, tanto em uma determinada perspectiva de sobrevivência quanto no receio de perder a consciência e, conseqüentemente, a autonomia moral.

Assim, o artigo 15 do Código Civil Brasileiro, em última instância, se traduz em uma confirmação a mais de que o valor objetivo da vida humana não é considerado como absoluto dentro da ordem jurídica brasileira, podendo ceder espaço quando se encontra face a face com outros direitos fundamentais, em razão de escolhas existenciais particularmente relevantes.

Nesse diapasão, a leitura feita desses dois artigos do Código Civil (artigos 11 e 15) é compatível com a legitimidade da priorização de outros valores que entrem em choque com o direito à vida, em razão de eventuais restrições ou conformações necessárias à acomodação dos próprios direitos fundamentais em conflito, em virtude do exercício da capacidade de autodeterminação do indivíduo. Tais escolhas pessoais são legítimas desde que não sejam realizadas por motivos fúteis, ou seja, elas se justificam moralmente à medida que exista uma razão consistente associada ao exercício da capacidade de autodeterminação, conseqüência da dignidade como autonomia. Dessa maneira, impede-se a funcionalização dos direitos, sem incidir em um individualismo exacerbado. Singer³⁰⁰ assume um entendimento semelhante, ao se posicionar a favor da legalização da eutanásia:

É extremamente paternalista, em todo caso, dizer aos pacientes moribundos que estão sendo bem tratados agora que a opção da eutanásia não precisa ser oferecida a eles. Seria mais coerente com o respeito pela liberdade individual e pela autonomia a legalização da eutanásia, de modo a permitir que o paciente decida se a sua situação é suportável ou não. [...]

A eutanásia voluntária, para cuja prática existem boas razões, não pode, contudo, ter justificada sua proibição por motivos paternalistas. Ela só ocorre quando, até onde a medicina pode diagnosticar, alguém está acometido de uma doença incurável e dolorosa, ou extremamente desesperadora. Nessas circunstâncias, não se pode considerar obviamente irracional a opção por uma morte rápida. A força do argumento em favor da eutanásia voluntária reside em combinar o respeito pelas preferências, ou pela autonomia, de quem opta por ela e a base nitidamente racional da decisão em si.

Importante ressaltar que, para que o indivíduo exerça validamente a sua autonomia, devem lhe ser asseguradas condições que protejam sua capacidade de autodeterminação moral, circunstâncias apropriadas para a tomada de decisões. Para que se possa dispor

³⁰⁰ SINGER, 2002, p. 249.

validamente de um direito fundamental - especialmente quando se trata do direito à vida - existe um requisito indispensável: o consentimento genuíno ou esclarecido. Ele é essencial para que a manifestação de vontade seja adequada, válida, enfim, legítima. Para que o consentimento seja realmente esclarecido, segundo Barroso³⁰¹, “é imperativo verificar a presença de aspectos ligados ao sujeito do consentimento, à liberdade de escolha e à decisão informada”.

O sujeito do consentimento, que é o titular do direito fundamental, deverá manifestar a sua vontade de modo inequívoco. Para tanto, o titular do direito deve, além de ser civilmente capaz, estar em condições adequadas de discernimento para expressar sua vontade. Assim, o consentimento deve ser livre e informado. Nesse sentido, Barroso³⁰² assevera:

Para que seja considerado genuíno, o consentimento precisará também ser livre, fruto de uma escolha do titular, sem interferências indevidas. Isso significa que ele não deve ter sido produto de influências externas indevidas, como induções, pressões ou ameaças. Por derradeiro, o consentimento tem de ser informado, o que envolve o conhecimento e a compreensão daquele que vai consentir acerca de sua situação real e das consequências de sua decisão. Nessa linha, os elementos relevantes devem ser transmitidos em linguagem acessível ao indivíduo, conforme indicado na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (Portaria MS nº 675/2006), em seu Terceiro Princípio, item IV, e na Lei Estadual (RJ) nº 3.613/2001. Essa mesma advertência é encontrada na Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, editada pela Organização Mundial da Saúde, e no Health Care Consent Act canadense.

O consentimento válido deve ser, ainda, personalíssimo, expresso e atual. Sendo personalíssimo, o consentimento ou pedido não pode ser feito através de representação, aceitando-se apenas que o próprio interessado solicite o procedimento. Ademais, a decisão deverá ser expressa, não sendo permitido, de modo algum, presumir-se a vontade do paciente ser submetido à eutanásia. A vontade deve ser, enfim, atual, manifestada e confirmada imediatamente antes do procedimento, podendo ser revogada a qualquer tempo, sem absolutamente nenhuma restrição ou constrangimento.

Discorrendo ainda sobre a autonomia do paciente, Barroso³⁰³ mostra a mudança de paradigma que se sucedeu desde a prevalência do paternalismo médico até a consideração da autonomia do paciente:

Até meados do século XX, as relações entre médicos e pacientes seguiam o que se convencionou chamar de ética hipocrática. Fundada no princípio da beneficência, ela determinava ao médico que assumisse a postura de “protetor do paciente”, justificando-se qualquer medida destinada a restaurar sua saúde ou prolongar sua vida. Esse paradigma, conhecido como paternalismo médico, legitimava a intervenção do profissional por seus próprios critérios, ainda que sem a anuência do paciente ou contra sua vontade expressa. O fim da Segunda Guerra Mundial assinala

³⁰¹ BARROSO, 2012.

³⁰² BARROSO, Loc cit.

³⁰³ BARROSO, Loc cit.

o começo da superação do paradigma do paternalismo. O marco desse movimento foi o Código de Nuremberg, de 1947, destinado a regular as pesquisas com seres humanos. Fundado no princípio da autodeterminação da pessoa, o Código estabeleceu o consentimento informado como requisito para a validade ética das experiências médicas. Essas diretrizes foram posteriormente incorporadas pela Declaração de Helsinki, editada pela Associação Médica Mundial (AMM) em 1964. O modelo estendeu-se, igualmente, às relações médico-paciente.

A partir daí, verificou-se uma profunda alteração nos paradigmas da ética médica: o paternalismo e a beneficência deram lugar à autonomia do paciente como fundamento da bioética. Nesse ambiente, o paciente deixa de ser um objeto da prática médica e passa a ser sujeito de direitos fundamentais. Tais transformações são impulsionadas pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que assegura a todas as pessoas o direito de realizar autonomamente suas escolhas existenciais. Daí resulta, como consequência natural, que cabe ao paciente anuir ou não com determinado exame ou tratamento; o médico não pode substituir-se a ele para tomar essa decisão ou impor qualquer espécie de procedimento, ainda que fundado em critérios técnicos. Antes mesmo do Código de Nuremberg, essa orientação já vinha encontrando acolhida em algumas partes do mundo. Vale notar, no entanto, que essa nova perspectiva não inverte a equação para sujeitar o médico ao paciente: também o profissional pode se recusar a realizar um procedimento ou a acompanhar um paciente que se recuse a receber tratamento. Dessa forma, preserva-se também o direito do médico de se pautar pelos seus padrões éticos em matéria de cuidado à saúde. A autonomia, porém, não será real se o consentimento não for genuíno, fruto de uma vontade livre e informada. Isso será tão mais relevante quanto mais graves os efeitos da decisão, como é o caso de recusa de tratamento, com risco de morte. O tema não é desconhecido do direito positivo brasileiro, que o tem disciplinado em questões envolvendo pesquisas clínicas, assim como em relação aos usuários do sistema em geral. De fato, em 2006, foi aprovada, pelo Ministério da Saúde, a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (Portaria nº 675/2006), que disciplina o consentimento ou recusa de procedimentos, bem como o dever do paciente de assumir a responsabilidade pela decisão tomada.

Em suma: o paradigma paternalista deu lugar à autonomia do paciente, nas suas relações com o médico. Ao profissional não se reconhece mais autoridade para impor determinada terapia ou para se substituir ao indivíduo nas decisões essenciais a respeito de sua integridade física e moral. A manifestação de vontade do paciente, no entanto, sobretudo quando importe recusa de tratamento, deve estar cercada de um conjunto de cautelas e exigências.

Transformações como essas exigem um exame cuidadoso desta sociedade em constante mutação e do ordenamento jurídico ao qual a submetemos, a fim de que o conjunto de normas legais vigentes não permaneça estático diante de tantas mudanças, gerando um enorme hiato entre a realidade, ou “mundo do ser” ou ôntico, e as condutas prescritas pelo Direito, “mundo do dever-ser” ou deôntico. Afinal, o direito tem por finalidade justamente ser uma “ordem reguladora da conduta”, como lecionam Zaffaroni e Pierangeli³⁰⁴:

O direito não pretende ser qualquer coisa além de uma ordem reguladora da conduta. Para isto tem que respeitar o “ser” da conduta. O “ser” da conduta é o que chamamos “estrutura ôntica” e o conceito que se tem deste “ser”, e que é adequado a ele, é o ontológico (onto, ente; ôntico, o que pertence ao ente; ontológico, o que pertence à ciência ou estudo do ente). Para indicar que o conceito ontológico corresponde a um “ser” entendido realisticamente – e não de forma idealista, em que o “ontológico criaria o “ôntico” – costumamos falar de conceito “ôntico-

³⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 388.

ontológico” (Wezel). Em poucas palavras, o conceito ôntico-ontológico de conduta é o conceito cotidiano e corrente que temos da conduta humana.

Se o Direito não consegue ser, com eficácia, esta ordem reguladora - tanto por não conseguir definir o que são, de fato, as condutas que pretende regular quanto por não acompanhar sua evolução conceitual determinada pelo progresso cultural da humanidade - seu objetivo se exaure, sua razão de ser se esvazia. O Direito deve respeitar a realidade. E a realidade é mutante. De nada adianta o Direito legitimar ou criminalizar determinada conduta se ela não corresponde à realidade, à ideia cotidiana e corrente que se tem dela.

E é exatamente assim se apresenta a conduta eutanásica nos dias atuais: nas condições abordadas pelo presente estudo, a conduta do médico que decide atender ao pedido do paciente terminal que - sofrendo de doença incurável e padecendo de sofrimentos insuportáveis não aliviados por qualquer tratamento médico disponível - deseje por fim à sua vida, apenas com o escopo de morrer dignamente, está longe do conceito de homicídio punível como conduta típica, antijurídica e culpável.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a matéria discutida neste trabalho trata, em última análise, de um embate entre direitos fundamentais, no qual há o confronto entre o direito à vida e o direito à liberdade de autodeterminação como aspecto da dignidade da pessoa humana. A autonomia moral do indivíduo, portanto, assume vital importância na discussão do tema.

Importante ressaltar, no entanto, que não se trata da ideia de autodeterminação decorrente da concepção libertária de que o indivíduo é dono de si mesmo – não pertencendo à comunidade política - e, portanto, não teria o dever de sacrificar seus direitos em favor do Estado ou do bem-estar alheio. De acordo com essa corrente, se o indivíduo é dono de seu corpo, da sua vida, ele deve ser livre para fazer o que quiser com eles, com a condição de que não prejudique outras pessoas.³⁰⁵

À primeira vista, esse entendimento parece interessante para aqueles que procuram uma base ou justificativa para os direitos individuais fundamentais; entretanto, apesar de atraente, esse conceito - de que a liberdade de escolha deriva de uma suposta “posse” que se teria do próprio corpo e da própria vida – tem implicações difíceis de aceitar para quem sustenta a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e orientador de todo o sistema jurídico contemporâneo.³⁰⁶

³⁰⁵ SANDEL, 2011, p. 89 a 92.

³⁰⁶ Por exemplo, o comércio de órgãos por motivos fúteis deveria ser permitido? Aqueles que acreditam que o ser humano tem direito de propriedade ilimitada sobre seu corpo, teriam dificuldade em argumentar que não, já

Assim, há quem defenda o direito à eutanásia partindo do pressuposto de que o homem seria proprietário do próprio corpo, conforme acreditava Locke³⁰⁷, segundo o que ensina em seu Segundo tratado sobre o governo civil: “Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela.” Mais à frente, no mesmo livro, Locke³⁰⁸ reforça sua crença na existência de uma propriedade sobre o próprio corpo:

Tudo isso evidencia que, embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, **o homem, sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua própria pessoa e das ações de seu trabalho, tem ainda em si a justificação principal da propriedade**; e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou para o sustento ou o conforto de sua existência, à medida que as invenções e as artes aperfeiçoaram as condições de vida, era absolutamente sua propriedade, não pertencendo em comum aos outros. (grifo nosso).

Desse modo, alguns defensores da descriminalização da eutanásia partem do seguinte princípio: o indivíduo, sendo dono de seu corpo e de sua vida, deve ser livre para colocar-lhe um ponto final ou mesmo designar que outra pessoa o faça, como fruto do exercício de seu livre-arbítrio, derivado exclusivamente do seu direito de escolha. E, nesse sentido, Locke³⁰⁹ também teoriza sobre o consentimento como derivado da liberdade inerente ao ser humano:

Como já foi mostrado, **todo homem é naturalmente livre e nada pode submetê-lo a qualquer poder sobre a terra, salvo por seu próprio consentimento**; é preciso, portanto, considerar em que condições a declaração pela qual um indivíduo faz conhecer seu consentimento será considerada como suficiente para sujeitá-los às leis de um governo qualquer. (grifo nosso).

No entanto, sabe-se que, frequentemente, as opções feitas pelos homens são determinadas por circunstâncias moralmente arbitrárias, sendo movidas por suas “inclinações”, segundo observação feita por Kant³¹⁰:

que, de acordo com essa teoria, o que importa não é a finalidade, mas o direito de dispor do que lhe pertence como quiser. Um outro exemplo extremo é o caso do “canibalismo consensual”, como ocorreu em 2001, em Rotenburg, Alemanha. O técnico de informática de 42 anos, Armin Meiwes, colocou um anúncio na internet procurando alguém que consentisse em ser morto e comido por ele. Bernd-Jurgen Brandes, 43 anos, respondeu e aceitou a proposta. Então, Meiwes o matou, o cortou em pedaços e os guardou no freezer. Quando foi preso, Meiwes já havia se alimentado com, aproximadamente, vinte quilos da sua vítima voluntária. No entanto, sua defesa alegou que ele somente poderia ser acusado de “homicídio à pedido”, uma forma de suicídio assistido, cuja pena não ultrapassa cinco anos. Caso o raciocínio libertário estivesse correto, o canibalismo consensual não poderia ser punido, uma vez que isso violaria o direito à liberdade, já que o ponto crucial da concepção libertária de que somos proprietários de nosso corpo, é ter o direito de determinar o que deverá ou não ser feito com ele, independentemente do propósito. Em SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 89 a 92.

³⁰⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 98.

³⁰⁸ Ibid., p. 108.

³⁰⁹ Ibid., p. 153.

³¹⁰ KANT, 2008, p. 38.

O homem sente em si mesmo um forte contrapeso contra todos os mandamentos do dever que a razão lhe representa como tão dignos de respeito: são as suas necessidades e inclinações, cuja total satisfação ele resume sob o nome de felicidade. Ora a razão impõe as suas prescrições, sem nada aliás prometer às inclinações, irremitentemente, e também como que com desprezo e menoscabo daquelas pretensões tão tumultuosas e aparentemente tão justificadas (e que se não querem deixar eliminar por qualquer ordem). Daqui nasce uma *dialéctica natural*, quer dizer uma tendência pra opor arrazoados e subtilezas às leis severas do dever, para por em dúvida a sua validade ou pelo menos a sua pureza e o seu rigor e para as fazer mais conformes, se possível, aos nossos desejos e inclinações, isto é, no fundo, para corrompê-las e despojá-las de toda a sua dignidade, o que a própria razão prática vulgar acabará por condenar.

Desse modo, basear todas as questões sobre justiça - especialmente aquelas relacionadas ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana - apenas na liberdade expressada através do consentimento, de forma tão superficial, seria temerário. Afinal, como se observou, nem toda escolha - bem como nem todo consentimento - é verdadeiramente livre.

Consequentemente, nem todo consentimento justificaria qualquer conduta. Dever-se-ia, em primeiro lugar, buscar a relação (de concordância ou não) da conduta praticada com os princípios de justiça aceitos como tal por determinada sociedade. Sandel³¹¹ reflete sobre o assunto:

Portanto, se quisermos que a sociedade seja resultado de um acordo voluntário, não podemos fundamentá-la no simples consentimento; ao contrário, devemos nos perguntar com quais princípios de justiça concordaríamos, a despeito de nossos interesses ou vantagens particulares, e tomar nossas decisões sob um “véu de ignorância”, sem saber quem delas se beneficiaria.

Do mesmo modo, Kant³¹² justifica a necessidade de se apelar para a filosofia prática, a fim de se encontrar tais princípios de justiça, ou, de acordo com suas palavras, fixar o “princípio supremo da moralidade”, para que não sejam feitas escolhas equivocadas, fundamentadas apenas em “necessidades” ou “inclinações”:

É assim, pois, que a razão humana vulgar, impelida por motivos propriamente práticos e não por qualquer necessidade de especulação (que nunca a tenta, enquanto ela se satisfaz com ser simples sã razão), se vê levada a sair do seu círculo e a dar um passo para dentro do campo da *filosofia prática*. Aí encontra ela informações e instruções claras sobre a fonte do seu princípio, sobre a sua verdadeira determinação em oposição às máximas que se apóiam sobre a necessidade e a inclinação. Assim espera ela sair das dificuldades que lhe causam pretensões opostas, e fugir ao perigo de perder todos os puros princípios morais em virtude dos equívocos em que facilmente cai. Assim se desenvolve insensivelmente na razão prática vulgar, quando se cultiva, um *dialéctica* que a obriga a buscar ajuda na filosofia, como lhe acontece no uso teórico; e tanto a primeira como a segunda não poderão achar repouso em parte alguma a não ser numa crítica completa da nossa razão.³¹³

³¹¹ SANDEL, 2011, p. 226.

³¹² KANT, 2008, p. 19.

³¹³ Ibid., 38-39.

Além disso, há um relativo consenso de que o ser humano não possui um direito de propriedade ilimitado sobre seu corpo. O próprio Locke³¹⁴ - defensor da ideia da propriedade que cada homem teria sobre seu corpo, o que lhe daria permissão para dele dispor conforme sua vontade - aborda essa questão da seguinte forma, ao falar sobre o “estado de natureza”:

Entretanto, ainda que se tratasse de um “estado de liberdade”, este não é um “estado de permissividade”: **o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa**, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. (grifo nosso).

O mesmo Locke³¹⁵ recorre à imagem da propriedade para justificar a sua não aprovação do suicídio (e, como consequência lógica, também da eutanásia), ao afirmar que a vida de uma pessoa não pertence exatamente a ela, mas a Deus:

O “estado de natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; **todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto a sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo a sua vontade e de mais ninguém**. Dotados de faculdades similares, dividindo tudo em uma única comunidade da natureza, não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros, da mesma maneira que as ordens inferiores da criação são destinadas a servir de instrumento às nossas.

Cada um é “obrigado não apenas a conservar sua própria vida” e não abandonar voluntariamente o ambiente onde vive, mas também, na medida do possível e todas as vezes que sua própria conservação não está em jogo, “velar pela conservação do restante da humanidade”, ou seja, salvo para fazer justiça a um delinquente, não destruir ou debilitar a vida de outra pessoa, nem o que tende a preservá-la, nem sua liberdade, sua saúde, seu corpo ou seus bens. (grifo nosso)

Pelo exposto acima, Dworkin³¹⁶ conclui que a convicção de que a vida seria sagrada, de acordo com a fundamentação de Locke (onde a pessoa que vive seria apenas um “locatário” e Deus seria o verdadeiro proprietário da vida humana, o que tornaria o suicídio - e a eutanásia - uma forma de “roubo” ou “peculato”), “talvez ofereça a mais poderosa base emocional de oposição à eutanásia”. Dessa forma, a eutanásia poderia ser interpretada como um insulto ao dom da vida que teria sido conferido ao homem por Deus.

³¹⁴ LOCKE, 2006, p. 84.

³¹⁵ Ibid., p. 84-85.

³¹⁶ DWORKIN, 2003, p. 275.

No entanto, esse raciocínio não pode ser aceito como argumento válido para justificar normas que regulamentem juridicamente a vida dos cidadãos em um Estado laico como o Brasil.

Também por essa razão, tais justificativas libertárias não são utilizadas no presente estudo. Assim, a concepção libertária não é a adotada aqui nem para justificar a defesa da eutanásia (como consequência do livre arbítrio) nem, muito menos, para condená-la (em virtude do pensamento de que a vida seria propriedade divina).

Até porque, segundo o entendimento libertário, “o que importa não é o propósito, e sim o direito de dispor do que lhe pertence como você quiser.”³¹⁷ Já a análise a que se propôs a presente pesquisa - bem ao contrário do modo libertário de examinar tais questões - deu muito maior ênfase, exatamente, ao “por que” (a razão) e ao “para que” (a finalidade) a conduta eutanásica poderia ser autorizada dentro do ordenamento jurídico pátrio. Compreendeu-se que, somente dessa forma, chegar-se-ia à justificativa moral e, posteriormente, ao fundamento legal pelos quais a eutanásia deveria, ou não, ser acolhida pela ordem jurídica como lícita e legítima. O ponto crítico da argumentação é justamente a busca tanto do motivo quanto do propósito em razão dos quais a eutanásia poderia ser legitimada moral e legalmente, sem ir de encontro ao sistema jurídico brasileiro como um todo, ou seja, sem que constitua, de fato, conduta típica, antijurídica e culpável.

Entre os motivos pelos quais a eutanásia poderia ser aceita como conduta legítima, está o móvel que leva o agente (no caso, o médico) a cometê-la. Esse móvel é - além da solicitação válida do paciente para que se ponha fim à sua agonia, antecipando o momento de sua morte - justamente a compaixão, a piedade diante do sofrimento intolerável que fulmina a dignidade do doente terminal, que padece e definha diante dos olhos da família e do profissional de saúde que o acompanha. A vontade primeira do médico não seria matar, ou tirar a vida do paciente, com intenção criminosa, violando a lei penal. Assim, a conduta não seria realizada pelo médico apenas por desejo de matar, meramente por matar: esse não seria seu dolo específico. Muito ao contrário, o ato seria praticado com o único e exclusivo desígnio de ajudar o paciente transformado em vítima pelas circunstâncias da enfermidade. A atitude de abreviar a vida seria tomada por compaixão, por piedade, e tão somente para amparar o doente, com o intuito de não mais permitir que ele sofra cruel, inútil e desmesuradamente.

³¹⁷ SANDEL, 2011, p. 91.

Enfim, como afirma Guimarães³¹⁸, o agente atua “para beneficiar ou ‘despenar’ aquele tornado menos uma vítima que um redimido”. Não é razoável que se exija do profissional de saúde, ao presenciar tal estado degradante de seu paciente, uma conduta diferente. No mínimo, a realização da eutanásia, em casos como os aqui relatados, é justificado pelo estado de necessidade de terceiro, onde o médico assistente, desejando evitar o advento de um mal maior ao seu paciente - ser humano fragilizado ao extremo que se encontra em suas mãos e sob a sua responsabilidade - decide por atender a solicitação válida – também conhecida como consentimento genuíno e esclarecido - realizada pelo indivíduo capaz que não vê alternativa possível para manter sua dignidade, a não ser mediante a antecipação do momento de sua morte.

Portanto, na linha de estudo aqui proposta, conclui-se que, entre as razões pelas quais a eutanásia não deve ser considerada crime, está o fato de a conduta eutanásica (realizada nas circunstâncias elencadas exaustivamente neste trabalho - em paciente terminal, portador de doença incurável, padecendo de sofrimentos intensos e inafastáveis com os tratamentos disponíveis, que solicite, de forma válida, que um médico ponha fim, ativamente, à sua vida, com o objetivo de terminar com sua agonia) ser abrangida – se não pela excludente de tipicidade, pela ausência de dolo específico, assim visto sob o enfoque da tipicidade material - pela excludente de ilicitude do estado de necessidade ou, ainda, ao menos, pela excludente de culpabilidade existente na inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, à medida que se expõem os motivos pelos quais a prática da eutanásia poderia ser moralmente aceita, ao mesmo tempo, discorre-se sobre a finalidade com que tal conduta seria realizada. Desse modo, é inevitável que, enquanto se discutem as razões que justificariam a eutanásia, inevitavelmente, fale-se sobre o seu propósito. Afinal de contas, o objetivo com o qual o médico atua ao praticar a eutanásia também é de extrema relevância para fundamentar a adoção desta conduta como legítima, em harmonia com o que comanda sistemicamente o ordenamento jurídico brasileiro, como prática que realiza a vontade constitucional e, por conseguinte, sua descriminalização.

Constata-se, então, que a eutanásia, dentro dos moldes propostos no presente estudo, seria realizada pelo profissional de saúde tão somente com o escopo de garantir um final digno à vida do doente terminal que assim o deseja. O médico teria como único fim proteger o processo de morrer dignamente, salvaguardando o paciente de sofrimentos físicos ou psíquicos insuportáveis, intoleráveis e incompatíveis com a ideia de dignidade. Seu intuito

³¹⁸ GUIMARÃES, 2011, p. 229.

seria unicamente beneficiar o indivíduo que quer dispor de seu direito à vida, abreviando de maneira apropriada e digna a sua duração, uma vez que, na opinião do próprio sujeito do consentimento, a sobrevida que lhe resta já não vale mais a pena, de acordo com as crenças existenciais que assume, com seu conceito mais particular do que seja dignidade, com seu projeto de vida constituído conforme suas convicções mais íntimas e arraigadas a sua formação moral. Nessa esteira, a finalidade com que o médico atua para realizar a eutanásia é compatível com a promoção da dignidade da pessoa humana, preceito fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

Além de tudo, deve-se repisar que, no caso concreto que aqui se discute, o próprio paciente entende que sua dignidade adquire um peso bem maior que sua vida. Nessa hipótese, o próprio titular do direito à vida é quem quer exercê-lo desse modo, determinando que um médico diminua sua sobrevida, antecipando o momento de sua morte, em razão dos enormes sofrimentos a que está submetido no estágio terminal de sua doença. O estado em que o indivíduo se encontra, em razão de sua enfermidade, em sua própria opinião, pulveriza sua dignidade como pessoa humana. O titular do direito do direito à vida, então, tem o direito de exercer sua autonomia, ao dispor de seus demais direitos da maneira que melhor lhe aprouver, sem prejudicar direitos de terceiros. Importante destacar que seu direito de dispor do seu direito à vida não se dá por motivos fúteis, como já se expôs diversas vezes, mas em razão de do exercício de sua capacidade de autodeterminação diante da situação de fragilidade e vulnerabilidade de sua dignidade, já que nas circunstâncias em que se encontra, o indivíduo, definitivamente, tem o direito de não ser submetido a tratamento desumano e degradante ou, até mesmo, a uma espécie de tortura institucionalizada.

Toda pessoa tem o direito de viver dignamente. Se isso já não é mais possível, deve-se fazer com que o processo de morrer dê continuidade à vida digna que todo ser humano é merecedor por direito. A morte é um processo que acontece durante a vida, portanto, existe, sim, também, o direito de morrer dignamente. É nesse momento que, em alguns casos como os defendidos no presente estudo, a eutanásia constituiria um direito fundamental. O direito de escolha se traduziria em sua descriminalização. O direito de autodeterminar-se, em nome da dignidade da pessoa humana, se materializaria com a retirada da conduta em questão da seara do Direito Penal.

Importante ressaltar que não se trata de impor a eutanásia. De maneira nenhuma. Muitas vezes há uma confusão em relação a esse ponto. Mas, definitivamente, o que se

pretende é, tão somente, que seja assegurado a cada cidadão o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças. Nas palavras de Dworkin³¹⁹:

Nenhum de nós quer terminar sua vida em desacordo com os parâmetros que sempre a nortearam.

Agora podemos dar uma resposta melhor à pergunta que pretende saber por que as pessoas pensam sobre a morte e por que diferem tão radicalmente. O fato de estar ou não entre os interesses fundamentais de uma pessoa ter um final de vida de um jeito ou de outro depende de tantas outras coisas que lhe são essenciais – a forma e o caráter de sua vida, seu senso de integridade e seus interesses críticos – que não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos da mesma maneira. É assim que alegamos razões de beneficência e de autonomia em nome das quais o Estado não deve impor uma concepção geral e única à guisa de lei soberana, mas deve, antes, estimular as pessoas a tomar as melhores providências possíveis tendo em vista o seu futuro.

Em última análise, está em jogo o direito do indivíduo de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade quando experimenta a absoluta inviabilidade de viver dignamente em razão da patologia de que é acometido. Assim, devem ser respeitadas tanto as pessoas que optarem por seguir com o curso natural de suas vidas, perpassando por todo o processo de morte com todo o sofrimento inerente a determinadas enfermidades – por qualquer motivo que não cumpre ao Estado perquirir – quanto aquelas que preferirem antecipar o momento da morte com o escopo de por fim ao seu estado de agonia. Seria, no mínimo, cruel a imposição de que outrem tome uma decisão tão pessoal no lugar do próprio doente - que se encontra no extremo de seu sofrimento - em virtude de valores que ele não adota como seus. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se infiltre no âmago da intimidade do indivíduo, para lhe impor condutas que se traduzem em verdadeira tortura. Nesse sentido, assevera Dworkin³²⁰:

Uma vez mais, a questão crítica consiste em saber se uma sociedade decente irá optar pela coerção ou pela responsabilidade, se tentará impor a todos os seus membros um juízo coletivo sobre assuntos do mais profundo caráter espiritual, ou se irá permitir e pedir a seus cidadãos que formulem, por si mesmos, os juízos mais crucialmente definidores de sua personalidade naquilo que diz respeito a suas próprias vidas. [...] As grandes questões morais do aborto e da eutanásia, que dizem respeito à vida em seu início e seu fim, têm uma estrutura semelhante. Cada uma envolve decisões não apenas sobre os direitos e interesses de pessoas em particular, mas sobre a importância intrínseca e cósmica da vida humana em si. Em cada caso, as opiniões se dividem não porque alguns desprezem valores que para outros são fundamentais, mas, ao contrário, porque os valores em questão encontram-se no centro da vida de todos os seres humanos e porque nenhuma pessoa pode tratá-los como triviais a ponto de aceitar que outros lhe imponham seus pontos de vista sobre o significado desses valores. Levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania.

³¹⁹ DWORKIN, 2003, p. 301.

³²⁰ Ibid., p. 305-307.

Nestas circunstâncias, a Bioética - ao se alicerçar no respeito ao ser humano, à sua vida, à sua dignidade e à sua liberdade, conforme os postulados dos Direitos Humanos - tem um papel fundamental na tarefa de encontrar meios para resolver a situação: soluções que sejam éticas e adequadas, além de passíveis de coexistência pacífica com os fundamentos do Estado Democrático de Direito do Brasil.³²¹

Como resolver, então, tal dilema respeitando todos os valores éticos e as normas jurídicas adotados pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro?

Os direitos fundamentais devem ser combinados “de forma otimizada”. O coabitar harmônico que deve existir no âmbito dos direitos fundamentais está, inclusive, prescrito em vários documentos internacionais. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, preceitua em seu artigo 32, 2, que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”.

Deste modo, ao se observar uma situação de colisão entre direitos fundamentais, deve-se levar em conta duas características que influenciarão o resultado final do conflito: a universalidade destes direitos e sua elevação a matéria de status constitucional em bloco ou conjuntamente.

Neste diapasão, o limite para o exercício de um direito fundamental é a invasão da esfera de proteção de um outro direito também fundamental, porém concorrente. Quando este fenômeno ocorre, há a colisão entre estes direitos e torna-se impossível a preservação integral de todos eles. Neste ponto, entram em ação os limites à aplicação de determinados direitos fundamentais, sendo impossível a defesa incondicional de um deles, sem a restrição do outro. Um dos direitos sempre tem que ceder para que o outro prevaleça, total ou parcialmente. Não há como conservá-los, ambos, em sua inteireza, ainda que se tente preservar seu núcleo essencial.

Relembre-se, como já apontado, que a ordem jurídica respeita até mesmo decisões pessoais de risco que não envolvam escolhas existenciais (como, por exemplo, a prática de esportes como o paraquedismo e o alpinismo). Com mais razão, deve respeitar escolhas existenciais. Por tudo isso, ao se interpretar sistematicamente o ordenamento jurídico, conclui-se como legítima a decisão do paciente terminal de solicitar ao médico a ajuda para antecipar o momento de sua morte, com o escopo de findar os sofrimentos e as angústias insuportáveis a que ele possa estar submetido.

³²¹ LIMA, 2008, p. 97.

Tal decisão tem base no exercício do direito à liberdade, manifestada como capacidade de autodeterminação, emanada da dignidade da pessoa humana como autonomia, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais, diante da disponibilidade - já demonstrada como plausível em algumas hipóteses específicas como as estudadas nesse trabalho - do direito à vida, que cede diante dos ataques sofridos pela dignidade da pessoa humana nas circunstâncias do caso concreto.

Enfim, prevalece, nesses casos, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado penalizar a conduta médica que antecipe a morte do paciente terminal - portador de enfermidade sem possibilidade de cura, martirizado por sofrimentos intoleráveis - em nome do direito à vida, não mais considerado como absoluto, já que o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica: seu direito de escolha, fruto do exercício de seu direito fundamental à liberdade, manifestada como capacidade de autodeterminação, compreendida como expressão de sua dignidade.

As conclusões aqui depreendidas fundamentam-se no sistema constitucional, mais especificamente na interpretação sistemática que se pode fazer do princípio da dignidade da pessoa humana em conjunto com o direito à vida. Os dispositivos constitucionais são providos de força normativa e superioridade hierárquica, de forma que a inexistência de lei específica sobre o tema não impede a incidência da solução constitucionalmente adequada.

Na verdade, nos termos da conclusão apurada, a imposição da manutenção da vida, nas hipóteses levantadas nesse trabalho, fere de morte o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que eventual lei ou ato normativo que disponha nesse sentido é inconstitucional. Em virtude desse mesmo fundamento, o exercício da escolha consciente não dependeria, outrossim, nem mesmo de manifestação judicial.

Assim, devido ao respeito ao princípio da convivência das liberdades públicas, deve-se tentar solucionar os conflitos entre direitos fundamentais consagrados constitucionalmente tendo sempre em mente que nenhum deles é absoluto. Muito ao contrário, cada um deles tem como limite ou restrição justamente a tutela igualmente constitucional dos demais direitos fundamentais.

Portanto, se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a eutanásia nos moldes aqui descritos, é fato que tal crença não pode conduzir à criminalização da eventual conduta praticada por profissionais de saúde - médicos - que atenderem à solicitação de pessoas que optarem por antecipar o momento de sua morte, diante de situações em que seu estado de saúde não deixe a elas outra opção digna. O Estado brasileiro é laico e pluralista, por conseguinte, condutas de cunho meramente imoral para alguns - sem justificativa

plausível, de acordo com os valores constitucionais - ou que vão de encontro a conceitos religiosos (como a sacralidade da vida, por exemplo) não merecem ser objeto de glosa pelo Direito Penal.

Reforce-se ainda que, nos dias atuais - em respeito ao pluralismo sensato almejado pela Constituição da República Federativa do Brasil - são necessárias empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com tais pessoas (portadoras de doenças incuráveis, em estágio terminal, submetidas a sofrimentos intensos e sem possibilidade de alívio) que, com o objetivo único de morrer com um mínimo de dignidade, desejam abreviar sua vida e manifestam essa sua vontade através de uma solicitação voluntária e genuína ao médico, a fim de que este último, piedosamente, realize o seu desejo. Afinal, somente aquele que vivencia tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete.

Por todo exposto, ao agir com sabedoria e justiça, embasado na Carta Maior brasileira e desprovido qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, o Estado deve garantir, sim, nas hipóteses como as descritas no presente estudo, o direito que tem o indivíduo de manifestar-se livremente, solicitando a eutanásia, sem o temor de que o médico que atue misericordiosamente, ao atender o seu pedido, se torne réu em eventual ação por crime de homicídio.

5 A BIOÉTICA, O BIODIREITO E A EUTANÁSIA

Em primeiro lugar, faz-se mister esclarecer as semelhanças e distinções básicas entre Bioética e Biodireito, pois, hodiernamente, é comum ver-se tratar ambos os vocábulos como sinônimos. Todavia, não é tecnicamente correto fazer uso, indistintamente, dos dois termos, como se designassem o mesmo objeto ou, ainda, como se fossem perspectivas idênticas de um mesmo fenômeno.

Alguns justificam o fato de se utilizarem indiferentemente das duas palavras para descrever o mesmo fenômeno, com o alibi de que não haveria, de fato, ainda, um “DIREITO” que tratasse das interferências biológicas no ser humano, mas tão somente uma ordem normativa ética que se ocupasse do assunto. Nesse momento, surge a primeira ideia de confronto entre o Biodireito e a Bioética.

O Biodireito, não se pode negar, teve sua origem em preocupações éticas dos operadores das Ciências Biológicas, ou seja, na Ética biológica ou Bioética. Nessa esteira, o Biodireito não se confunde com a Bioética, pois esta última é objeto de estudo e questionamento da Filosofia, enquanto aquele é ramo da Ciência do Direito, da Ciência Jurídica.

Biodireito e Bioética são, por conseguinte, espécies pertencentes ao gênero “ordem normativa”. Contudo, pertencem a ordens normativas distintas: Direito e Moral. O Direito teria como objetivo a solução pragmática de conflitos. A Moral forneceria subsídios para a formulação e aplicação do Direito, sem, contudo, se confundir com ele.

Por essas razões, há quem afirme que, enquanto o Direito pode ser investigado a partir de uma perspectiva dogmática,³²² a Moral - por atuar no universo jurídico como ordem

³²² Existem posicionamentos divergentes em relação ao assunto, especialmente quanto ao sentido da palavra dogmática – se esta pode se referir, de modo apropriado, a uma determinada ciência, sem que haja uma contradição em termos. Hugo de Brito Machado Segundo, por exemplo, em seu “Por que dogmática jurídica?”, reavalia e critica a utilização da expressão “dogmática jurídica” no vocabulário jurídico-científico, quando ela quer designar “o ramo da ciência jurídica que se ocupa de um conjunto de normas jurídicas vigentes em determinada comunidade.” O autor descreve que “o cunho dogmático de tal conhecimento decorreria do fato de que as normas não serão discutidas, nem serão aceitas soluções que delas não decorram.” Por essa razão, o doutrinador afirma que, no âmbito da tão falada dogmática jurídica, o objeto de estudo estaria estabelecido em torno do direito que é, e não do direito que deveria ser. Dessa forma, de acordo com a doutrina mais tradicional, entende-se que a locução “dogmática jurídica” apenas nomearia “o estudo voltado a determinado ramo do Direito positivo (penal, administrativo, civil), em oposição a um estudo totalizante do Direito, seja ele científico (Teoria Geral do Direito) ou filosófico (Filosofia do Direito).” No entanto, Hugo de Brito Machado Segundo questiona a correção do emprego do vocábulo “dogmática” com esta finalidade, uma vez que o conhecimento científico é, atualmente, “definido por exclusão. É científico, basicamente, o conhecimento que não é dogmático, pelo que talvez seja adequado, pelo menos, reavaliar o uso da expressão ciência dogmática do Direito.” Ao fim de seu estudo, o autor vai ainda além, recomendando o completo abandono da palavra “dogmática” em qualquer das vertentes do estudo do Direito, em virtude da confusão que a mesma provocaria, muito mais do que esclareceria, ao se discorrer sobre conhecimento científico na seara jurídica. (Ver SEGUNDO, Hugo de Brito

normativa auxiliar - integraria a zetética jurídica. Importante ressaltar que a zetética mantém uma relação estreita com a dogmática, à medida que indica as bases valorativas a serem encampadas pelo sistema dogmático a ser analisado.

Da mesma maneira, segundo Maria de Fátima Freire de Sá, paralela e respectivamente, se comportariam o Biodireito e a Bioética. O primeiro seria eminentemente técnico, adotando o procedimento dogmático como padrão. A segunda seria parte da zetética jurídica. Como a zetética é quem fornece os fundamentos a serem incorporados por determinado sistema dogmático, infere-se daí a relevância da Bioética para o Biodireito e a íntima relação que se estabelece entre as duas disciplinas.³²³ A seguinte lição de Ferraz Júnior³²⁴ ajuda a esclarecer a diferença entre zetética e dogmática:

A zetética deixa de questionar certos enunciados porque os admite como verificáveis e comprováveis, a dogmática não questiona suas premissas porque elas foram estabelecidas (por um arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis.

Todavia, não se deve entender aqui que o dogmático se comporta de maneira acrítica. O que se tenciona dizer é que o argumento do dogmático é sempre intra-sistemático, de acordo com o emprego tradicionalmente feito deste vocábulo na doutrina jurídica, onde “dogmático” quer se referir a “científico” (embora tal uso, ao nosso ver, seja claramente inadequado, conforme nota anterior, em virtude de os termos serem absolutamente paradoxais – vide nota de rodapé 315). No entanto, o que a maior parte da doutrina conservadora deseja exprimir é que, na Ciência Jurídica, quando se trata de “procedimento dogmático”, o próprio sistema fornece soluções para os questionamentos postos. Assim, ensinam Sá e Naves³²⁵:

O Biodireito possui um procedimento dogmático. Há normas de Direito positivo que fornecem uma estrutura de soluções intra-sistêmicas. Já a Ética Biológica analisa a Ciência Biológica como ela deve ser. É ramo da Filosofia, pois faz questionamentos abertos, infinitos, ainda que partindo de premissas provisórias e precárias.

Relevante frisar aqui a distinção que Hans Kelsen faz em sua Teoria Pura do Direito, capítulo II, entre Direito e Moral. Para este autor, a diferença entre Direito e Moral reside,

Machado. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 67-68.) Todavia, optou-se por fazer menção ao termo, no presente estudo, em razão da doutrina mais conservadora que frequentemente estabelece a diferença entre Biodireito e Bioética, fazendo uso da palavra “dogmática”, assumindo seu significado mais tradicional (ramo da ciência do Direito que estuda o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinada época, em uma sociedade específica).

³²³ Sá, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual do Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 6.

³²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 61.

³²⁵ Sá; NAVES, 2009, p. 9.

principalmente, em dois aspectos: na ausência de sanção organizada na seara da Moral e na prescindibilidade de identificação entre Direito e Moral. Em relação à primeira distinção abordada, pode-se ler no texto do próprio Kelsen³²⁶:

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nele não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.

Quanto à sanção ética, esta ou é interna (proveniente da consciência de cada um) ou é social (reprovação da comunidade em que se está inserido). O Direito, além destas, possui meios coercitivos predeterminados e pode utilizar a força institucional do Estado para exigir o cumprimento de suas prescrições.³²⁷

Já a segunda diferença é sustentada por Kelsen, asseverando que o fato de não ser moral não descaracteriza o Direito como tal, uma vez que a própria afirmação de que o Direito *deve ser* moral (ou justo) tem como pressuposto lógico a assertiva de que o Direito não é necessariamente moral, podendo existir, desse modo, Direito imoral, ou Direito contra a moral reinante à época.

Além disso, Kelsen também acredita que não há “a” moral, absoluta, invariável em qualquer tempo e lugar, válida unicamente em si mesma, independentemente das circunstâncias culturais.

Finaliza, lecionando que “a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre sua forma”.³²⁸ Para o autor, a confusão que existe entre Direito e Moral se dá em razão de ambos constituírem ordens normativas, ou seja, de ambos possuírem caráter prescritivo, pretendendo determinar modos de conduta. Enfim, de acordo com Kelsen, a semelhança entre Direito e Moral se resume no fato de que ambos falam sobre um “dever-ser”.

Dessa forma, podem-se transpor as diferenças e semelhanças entre Direito e Moral para o embate proposto entre Biodireito e Bioética. De acordo com o exposto, então, constata-se tanto o Biodireito quanto a Bioética são ordens de caráter prescritivo ou normativo. No

³²⁶ KELSEN, 1998, p. 71.

³²⁷ SÁ; NAVES, 2009, p. 10.

³²⁸ KELSEN, Op. cit., p. 74.

entanto, verifica-se que o Biodireito pertence à seara do Direito e a Bioética ao âmbito da moral ou, mais especificamente, ao campo da Ética, da Filosofia.

Assim, apesar das semelhanças existentes entre eles, os termos Biodireito e Bioética não se confundem, não encerrando, de modo algum, o mesmo significado. Portanto, não podem, em absoluto, ser utilizados indistintamente para se referir o mesmo assunto.

Destarte, fica a lição de Sá e Naves³²⁹: “Bioética e o Biodireito são ordens normativas, e, como tais, têm caráter prescritivo. A distinção, todavia, está na forma de abordagem e na força cogente”.

Outro aspecto relevante para a compreensão da Bioética e do Biodireito é a principiologia própria de cada um. Não é raro que a doutrina exponha a principiologia da Bioética como coincidente com a do Biodireito. No entanto, como ordem moral, os princípios da Bioética se assemelham mais a valores do que a comandos cogentes. Os princípios bioéticos são comandos abertos que objetivam a maximização do bem, mesmo considerando que o “bom” não é unitário, unânime. Assim, conclui-se que os princípios bioéticos não têm a mesma imperatividade dos Princípios do Biodireito.

5.1 Princípios da Bioética e Eutanásia

A Bioética é definida por Barreto como “o ramo da Filosofia Moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas”.³³⁰ Diniz³³¹ também discorre sobre seu conceito:

A bioética seria, então, um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto, abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política, etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e do direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações. A bioética consistiria ainda no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível.

Nesse diapasão, a bioética necessita ter um paradigma de referência antropológico-moral: o valor da pessoa humana, de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, entendidos

³²⁹ SÁ; NAVES, 2009, p. 9.

³³⁰ BARRETO, 2006, p. 104-107.

³³¹ DINIZ, 2007, p. 14.

conforme a linguagem dos direitos humanos. A Bioética busca, portanto, qualidade de vida digna, dando, dessa forma, prioridade ao ser humano e não às instituições voltadas à biotecnociência.

Como consequência dessa nobre e difícil missão da Bioética, seus princípios passaram a ser o ponto de partida obrigatório para qualquer debate acerca dos transplantes de órgãos, do genoma humano, da experimentação em humanos, do emprego das técnicas de reprodução assistida e de todas as demais questões que se possam enquadrar dentro do amplíssimo espectro que tem sido reconhecido à Bioética, a envolver, a um só tempo, desde a codificação do genoma humano até o equilíbrio ambiental. Destarte, as discussões a propósito da EUTANÁSIA também não podem se furtar a uma análise sob o ponto de vista dos princípios bioéticos.

Os princípios da Bioética ganharam força a partir do Relatório Belmont. A confecção do referido relatório foi consequência da criação, pelo governo dos Estados Unidos, de uma comissão nacional encarregada de identificar os princípios éticos básicos que deveriam nortear a investigação em seres humanos pelas ciências do comportamento e pela Biomedicina: Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Pesquisa Biomédica e Comportamental.³³²

Os trabalhos foram iniciados pelos pesquisadores - reunidos no Centro Belmont de Convenções, na cidade de Elkrigde, Estado de Maryland - em 1974, e, quatro anos depois, foi publicado o chamado Informe ou Relatório Belmont, contendo o que se considera os três princípios básicos da Bioética: beneficência (que se traduz na imposição ao profissional da saúde ou ao biólogo o dever de dirigir esforços no sentido de beneficiar o ser pesquisado, extremando os benefícios e minimizando os riscos a que este seja, por acaso, submetido), autonomia (ou do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais) e justiça (ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, tendo os profissionais de saúde o dever de tratar os iguais, igualmente, na medida de sua igualdade – não se permite que uma pessoa seja tratada de modo distinto de outra, a não ser que haja entre ambas alguma diferença relevante).

Beneficência vem do latim, *bonum facere*, que significa fazer o bem. Assim, o princípio da beneficência requer que o médico e o biólogo atendam aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, a fim de alcançar o seu bem-estar, impedindo, sempre que possível, que haja qualquer dano. Esse princípio, portanto,

³³² DINIZ, 2007, p. 14.

segundo Sá e Naves³³³, “impõe ao profissional da saúde ou ao biólogo o dever de dirigir seus esforços no sentido de beneficiar o ser pesquisado”. O médico deve abster-se, por conseguinte, de procedimentos duvidosos, que pouco ou nada tragam de benefício ao paciente.

O princípio da beneficência vem da tradição hipocrática de que o profissional da saúde somente pode utilizar terapias para o bem do doente, de acordo com a sua capacidade e juízo, e nunca para praticar o mal ou a injustiça. No entanto, esclarece Diniz³³⁴, que “esse princípio não aponta os meios de distribuição do bem e do mal, apenas pede que se promova aquele, evitando-se este”. Por conseguinte, acaso ocorram exigências conflituosas, deve-se tentar promover o maior bem possível em relação ao mal inevitável. Desse modo, os atos norteados pelo princípio da beneficência são guiados, basicamente, pela seguinte regra: não causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos.

O princípio da beneficência tinha primazia sobre os outros princípios da conduta médica até recentemente, em virtude da predominância de uma medicina extremamente paternalista, entendida pela maioria como conduta adequada - e até obrigatória - às atitudes e decisões tomadas pelo profissional de saúde em relação ao paciente.

Entretanto, atualmente, esse princípio se encontra limitado por quatro fatores fundamentais: a difícil e particular definição do que é o “bem do paciente”; a rejeição do paternalismo radical antes contido nesse princípio; o fortalecimento do princípio da autonomia; o novo sentido atribuído à justiça na área da saúde.

O conceito do “bem do paciente”, muitas vezes, varia de acordo com a situação em que o paciente está inserido e também - e principalmente - segundo os valores do próprio paciente, considerado como pessoa que é, possuindo, portanto, suas próprias convicções morais, seus valores culturais e, desse modo, suas concepções do que seria o bem e o mal, conforme sua individualidade, consoante sua inserção particular na sociedade.

O paternalismo, que antes guiava, sem maiores questionamentos, a conduta dos médicos em relação a seus pacientes, hoje está em decadência. Foi cedido um lugar de maior importância à autonomia do paciente dentro dos códigos de conduta do profissional de saúde, através da construção de novos princípios éticos baseados nas garantias jurídico-constitucionais incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio a partir do reconhecimento, principalmente, do direito à autonomia como inerente à dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Röhe³³⁵, “a relação médico-paciente, à luz dos princípios da Bioética, não pode

³³³ SÁ; NAVES, 2009, p. 33.

³³⁴ DINIZ, 2007, p. 15.

³³⁵ RÖHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 82.

chegar ao extremo de um ‘paternalismo médico’ onde o profissional se substitua à responsabilidade do paciente (que também é um sujeito de obrigações)”.

Assim, o princípio bioético da autonomia tem assumido um papel cada vez mais relevante na determinação das condutas adotadas pelos profissionais da saúde em relação aos pacientes, também no que se refere às medidas terapêuticas a serem tomadas em relação aos mesmos. O princípio da autonomia dita que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente (ou do seu representante), tomando em consideração seus valores morais, ao reconhecer o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e, assim, respeitando sua intimidade. Limita-se, dessa maneira, a intromissão alheia no mundo da pessoa que está sendo submetida a tratamento. Do conceito dado por Diniz³³⁶, onde autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa, de maneira livre, sem qualquer coação ou influência externa, infere-se seu entendimento sobre o consentimento do paciente:

Desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado e o modo de como tomar decisões de substituição quando uma pessoa for incompetente ou incapaz, ou seja, não tiver autonomia suficiente para realizar a ação de que se trate, por estar preso ou ter alguma deficiência mental.

Nessa esteira, fica claro que é imprescindível proteger aqueles que têm sua autonomia reduzida, uma vez que para que a autonomia seja apropriadamente exercida é indispensável a capacidade para expressá-la. E, conforme anteriormente exposto, existem diversas situações nas quais o paciente se torna incapaz de decisões instantes, como nos estados de inconsciência em geral, justificando o surgimento dos testamentos vitais e das diretivas antecipadas, instrumentos de manifestação de vontade para o futuro, com a indicação negativa ou positiva de tratamentos e assistência médica. Na lição de Ribeiro³³⁷:

Esses testamentos são usados para tratar da assistência ao paciente terminal; as diretivas são utilizadas para dispor dos tratamentos médicos em geral, dos quais se pode recuperar ou não. Há, portanto, continência entre os institutos, não se justificando distingui-los. Adotamos diretivas antecipadas que têm, pelo menos, quatro alternativas para materializar-se: escritura pública em cartório; declaração escrita em documento particular, de preferência com firma reconhecida; declaração feita ao médico assistente, registrada no prontuário, com a assinatura do paciente. Em qualquer situação, poderá haver a nomeação de um procurador para tomar decisões não incluídas nas diretivas.

A quarta alternativa se refere ao paciente que não elaborou diretivas antecipadas, mas que declarou a amigos e familiares sua rejeição ao esforço terapêutico nos casos de estado vegetativo permanente ou de doença terminal: trata-se de justificação testemunhal dessa vontade. Essa via, contudo, demanda processos judiciais longos, como ocorreu com Karen Quinlan, Nancy Cruzan e Terri Schiavo.

³³⁶ DINIZ, 2007, p. 14.

³³⁷ RIBEIRO, 2006.

Assim, as relações de saúde, no Brasil, antes construídas sob o modelo paternalista, foram diretamente afetadas pelo princípio da autonomia, pois, através de sua aplicação, considera-se o paciente, acima de tudo, como alguém capaz de se autogovernar, de deliberar livremente sobre qual atitude tomar ou deixar de tomar em seu próprio benefício, agindo sob a orientação de suas opções. Essa autonomia, conforme exposto exaustivamente, é vértice do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, inafastável da orientação que se deve ter no que concerne às condutas assumidas pelos profissionais de saúde em relação ao paciente, em qualquer circunstância, dentro de uma interpretação sistemática dos princípios da Bioética e do ordenamento jurídico brasileiro, norteado pela Carta Magna de 1988, que elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O terceiro princípio mencionado é o princípio da justiça, que requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que diz respeito à prática médica, tendo em vista que os iguais devem ser tratados igualmente. Refere-se a uma justiça distributiva na saúde, onde toda intervenção médica deve maximizar os benefícios com o mínimo de custo – não só financeiro, mas também social, físico e emocional - permitindo a igualdade de acesso aos serviços de saúde. Conforme lição de Diniz³³⁸:

Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente. Mas quem seria igual e quem não seria igual? Quais as justificativas para afastar-se da distribuição igual? Há propostas apresentadas pelo *Belmont Report* de como os benefícios e riscos devem ser distribuídos, tais como: a cada pessoa uma parte igual, conforme suas necessidades, de acordo com seu esforço individual, com base em sua contribuição à sociedade e de conformidade com seu mérito.

Desse modo, percebe-se que se submetem ao princípio da justiça importantes questões associadas à garantia da funcionalidade, eficiência e equidade do sistema de saúde, tais como a administração dos recursos (escassos, no Brasil) destinados à saúde o problema da igualdade material (que reconhece as diferenças como socialmente válidas). Maria de Fátima Freire de Sá recorre a John Rawls, em sua obra *Teoria da Justiça*, lembrando que o autor afirma como imprescritíveis alguns direitos individuais e sociais, como: a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência, que possibilitam a tomada de decisões por parte dos indivíduos; a liberdade de rendas e riquezas, como também a de livre escolha de ocupações; e condições sociais para o respeito a todo indivíduo como pessoa moral. Nesse diapasão, a autora vai ainda mais longe ao analisar o princípio da justiça, quando conclui que “justa é a

³³⁸ DINIZ, 2007, p. 15-16.

intervenção médica que leva em conta os valores do paciente, bem como sua capacidade de deliberação e unidade psicofísica”.³³⁹

Em sua obra *Principles of Biomedical Ethics*, publicada em 1979, Tom L. Beauchamp e James F. Childress acrescentaram um outro princípio aos três já consagrados no Relatório Belmont: o da "não-maleficência", como desdobramento do princípio da beneficência.³⁴⁰ Segundo o princípio da não maleficência, não se deve causar dano intencional, derivando da máxima da ética médica: *primum non nocere*. Diferencia-se, assim, do princípio da beneficência, pois este último envolve ações, condutas positivas como prevenir ou eliminar o dano e promover o bem. Entretanto, como se trata da promoção contínua do bem, não há separação significativa entre as consequências práticas de um e do outro princípio.

Diante do exposto, constata-se que a eutanásia, conforme definida no presente estudo, vai ao encontro de todos os princípios bioéticos na medida em que a decisão é tomada pelo paciente, e somente depois de uma reflexão importante e responsável sobre toda a conjuntura em que ele se encontra. Essa reflexão se dá após o enfermo ser adequadamente informado sobre seu estado clínico pelos profissionais de saúde (que lhe fornecem todo o esclarecimento possível sobre o assunto) e ocorre juntamente a diálogos e discussões junto à família e à equipe médica. Como a opção é feita - de modo refletido, consciente e responsável - pelo próprio paciente, sem coações ou influências externas, de acordo com seus valores morais e diante concepções do que é o bem para ele mesmo, resta plenamente respeitado o princípio da autonomia, consolidando o consentimento livre e esclarecido como substituto do paternalismo nas relações de saúde e garantindo ao usuário (palavra utilizada em documentos legais mais recentes como substituta de paciente – que levava à errônea compreensão do indivíduo como sujeito completamente passivo - para reforçar a posição do doente como agente corresponsável pelas decisões relativas a sua saúde e sua vida, ao lado da equipe médica) a prevalência do interesse do doente, e não do profissional de saúde.

Assim, a decisão tomada pelo paciente, ainda que seja a de solicitar ao médico a conduta eutanásica, se manifesta como intenção de que se proporcione a ele uma morte digna. Então, quando se entende por morte digna aquela “sem dor, sem angústia e de conformidade com a vontade do titular do direito de viver e de morrer”, conforme lição de Ribeiro³⁴¹, percebe-se que se está proporcionando o bem ao paciente, além de evitando todo o mal que as

³³⁹ SÁ; NAVES, 2009, p. 35-36.

³⁴⁰ VIEIRA, 2009, p. 101.

³⁴¹ RIBEIRO, 2006, p. 1752.

dores físicas e psíquicas insuportáveis lhe infligiriam durante todo o período de agonia que, com a prática da conduta eutanásica, se intenta ultrapassar. Cumpre-se, então, o que prescrevem os princípios da beneficência e da não-maleficência.

Quanto ao princípio da justiça, há que se admitir (despindo-se dos preconceitos atinentes a uma suposta sacralidade da vida, considerada apenas em termos cronológicos quantitativos, independentemente da qualidade - que se traduz em dignidade - que se possa associar a este período vital) que nada mais justo do que respeitar a vontade de um ser humano capaz e autônomo - representada por sua escolha consciente de submeter-se à eutanásia - afastando-lhe a angústia e o terrível padecimento que o estado terminal de uma enfermidade incurável, determinante de sofrimento insuportável, teriam o condão de lhe provocar durante o prolongamento de seu processo de morrer. Assim, ao se abreviar tal período agônico - condicionando-se a prática da conduta, obviamente, ao pedido consciente e refletido feito pelo paciente - seria amplamente respeitado o princípio da justiça, de acordo com o qual toda intervenção médica deve maximizar os benefícios com o mínimo de custo - não só financeiro, mas também social, físico e emocional - para o paciente.

Ao contrário da Bioética, que tem sua principiologia clássica bem definida, principalmente devido à publicação do Relatório Belmont, o Biodireito não tem nenhum documento que informe seus princípios ou que, pelo menos, os aponte coincidentemente com a doutrina e a jurisprudência.

O que se pode afirmar é que os princípios que regem o Biodireito se relacionam direta e intimamente àqueles que se aplicam à Bioética e o situam no âmbito do ordenamento jurídico vigente. Entretanto, enquanto os princípios da Bioética são, no geral, comuns a grande parte do mundo civilizado (particularmente no ocidente), no que diz respeito ao Biodireito não se pode dizer o mesmo. Ao Biodireito, normalmente - em virtude de ser ramo do Direito - devem ser aplicados princípios condizentes com os valores constitucionais de cada país. No Brasil, esses valores estão consagrados na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, assevera Barboza³⁴² que, no Brasil, a base principiológica do Biodireito está edificada, uma vez que:

A partir de 1988 instaurou-se no Brasil uma nova ordem jurídica que encontra na Constituição da República seus princípios estruturais. Tais princípios constitucionais ou princípios gerais de direito compreendem os valores primordiais de nossa sociedade, traduzindo, em sua maioria, direitos fundamentais do homem. Por sua natureza, conforme antes exposto, **os princípios constitucionais devem constituir os princípios do Biodireito.** Não sem razão, já se afirmou que a recepção nos textos constitucionais de uma série de valores fundamentais, como a vida, a dignidade

³⁴² BARBOZA, 2003, p. 53-73.

humana, a liberdade e a solidariedade e sua proteção enquanto direitos, tornou-os pedras angulares da bioética moderna. (grifo nosso).

Então, deve-se dar especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, da Constituição Federal, elencado como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse princípio é frequentemente chamado a solucionar conflitos biojurídicos, devido a sua magnitude e a seu condão de se irradiar sobre todo o ordenamento para guiar a sua interpretação. O princípio da dignidade humana, como já exposto no presente trabalho, é a garantia do pleno desenvolvimento dos vários aspectos da pessoa, protegendo, nos dizeres de Sá e Naves³⁴³, “todo o arcabouço de manifestações do ser humano, em sua vertente física, psíquica e espiritual. Todavia, essa proteção só é possível se tal garantia puder estender-se a outros, garantindo uma sociedade plural”.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante - e aceito consensualmente como tal pela doutrina pátria - do Biodireito, devendo ser aplicado dentro de uma conjuntura de liberdade e igualdade, onde qualquer decisão que privilegie a liberdade de um em detrimento da do outro, afronta a igualdade. Em virtude de sua própria natureza (de princípio), o caso concreto determina seu conteúdo mais precisamente que seu exame teórico.

No caso específico da eutanásia, a análise pormenorizada, feita em capítulo anterior (capítulo 4, item 4.2.4.3), mostrou como o princípio da dignidade da pessoa humana ganha maior solidez e consistência quando se confronta o direito à vida com o direito à liberdade (que se manifesta como autonomia ou capacidade de autodeterminação) nos casos concretos apontados, em que o indivíduo é um paciente terminal, portador de doença incurável, padecendo de sofrimento insuportável. Esse indivíduo deseja tão-somente tornar digno o processo de morrer em que já está inserido, ou que ainda vai percorrer, de acordo com suas concepções filosóficas, sociais, culturais, religiosas, entre outras de igual importância. Ele quer, face à situação extrema em que se encontra, ter a possibilidade de dispor livremente de seu corpo e de sua vida, exercendo – com consciência e a parcimônia necessária – a sua autonomia ou liberdade de se autodeterminar, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, dentro do universo bioético ou biojurídico, a possibilidade de o indivíduo optar ou não pelo procedimento eutanásico para si mesmo significa, indubitavelmente, a concretização do respeito à dignidade da pessoa humana em seus últimos momentos de vida. A descriminalização da eutanásia, por conseguinte, representaria o respeito ao ser humano

³⁴³ SÁ; NAVES, 2009, p. 41.

como fim em si mesmo, e não - jamais! - como meio ou instrumento para se alcançar qualquer finalidade ou objetivo.

Por isso, defende-se a legalização da opção pela eutanásia nas hipóteses onde fossem verificadas presentes todas as condições descritas ampla e exaustivamente no presente trabalho: situações onde o indivíduo, capaz e responsável, que está em estado terminal de enfermidade incurável, padecendo de dores insuportáveis e impossíveis de serem atenuadas pela medicina atual - condição que, em sua concepção e de acordo com seus valores morais, retira-lhe o caráter de dignidade que deveria, necessariamente, estar presente em sua vida – opta, em virtude do devido exercício sua autonomia (compreendida como liberdade de autodeterminação, aspecto inerente à dignidade da pessoa humana) por solicitar ao médico a abreviação de seu estado de agonia.

Aliás, todas as conclusões decorrentes das análises realizadas no presente estudo, até então, permitem ir além. Elas não somente levam à defesa de uma despenalização ou descriminalização da conduta eutanásica, mas também, e principalmente - como consequência inafastável de uma interpretação sistêmica - e conforme a Constituição - da atual ordem jurídica nacional - à sustentação de que a eutanásia seja entendida e aceita, indiscutivelmente, como parte do elenco dos direitos fundamentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões alcançadas ao longo do presente trabalho podem ser resumidas nas proposições que seguem.

A rapidez com que tem evoluído a Ciência Médica, desde suas primeiras conquistas até os dias atuais, contrasta com a lentidão com que se avança na esfera do Direito Penal pátrio, tornando patente a inadequação do mesmo para reger determinadas relações sociais – aquelas em que a judicialização da vida e a biologização do direito são inafastáveis - devido ao descompasso entre os progressos inerentes aos conhecimentos biotecnológicos contemporâneos e o antiquado Código Penal em vigor.

O Direito necessita progredir, como ciência social aplicada que é, com enfoque na diferenciação entre legalidade estrita e justiça, já que esta última é – ou pelo menos deveria ser – o objetivo final, derradeiro e definitivo desta ciência.

A definição biológica de vida não basta em si mesma quando se analisa o respectivo direito fundamental: devem ser acrescentadas àquele conceito, suas concepções sociológicas, filosóficas e jurídicas. Nesta esteira, qualidade, liberdade e dignidade são consideradas elementos intrínsecos ao direito de viver. O que se procura, hodiernamente, é que tais elementos alcancem também o processo de morrer.

Com tantos valores intrincados à vida humana, formando um verdadeiro “bloco” de direitos fundamentais, exige-se que o intérprete se valha dos métodos hermenêuticos de ponderação, guiados pela máxima da proporcionalidade - já que não há nenhum princípio de valor absoluto - a fim de que, ante ao caso concreto, possa tomar uma decisão equilibrada e justa.

No Brasil, a eutanásia vem sendo tratada juridicamente como homicídio, com base no artigo 121 do Código Penal.

Porém, no panorama global, tem crescido uma corrente ideológica em defesa da eutanásia, fundamentada na possibilidade de o indivíduo dispor de sua própria vida – desde que preenchidos determinados requisitos – em razão do respeito à sua autonomia como aspecto da dignidade da pessoa humana.

Assim, surge o embate entre os defensores e aqueles que condenam a eutanásia. Entre os argumentos que se opõem à prática da eutanásia, há o entendimento de que a vida humana constituiria um bem jurídico de titularidade social e não individual, além da convicção de que os direitos fundamentais seriam absolutamente indisponíveis. Assim, afirmam a inviolabilidade absoluta do direito à vida, não admitindo a relativização deste bem jurídico em

nenhum caso concreto. Não seria legítimo, portanto, para os adeptos destas correntes, invocar-se o princípio da autonomia da vontade em hipótese alguma quando o direito em questão for o direito à vida.

Em contrapartida, há aqueles que não enxergam na eutanásia uma ofensa inadmissível ao direito à vida e se declaram a seu favor em casos específicos como, por exemplo, os de doentes terminais, sem possibilidade de reversão do quadro clínico, após seu consentimento esclarecido. Fundamentam seu posicionamento na conjugação do direito à vida com o direito à liberdade ou autodeterminação (todo indivíduo pode tomar suas decisões livremente, desde que não interfira no direito de outrem) e com o princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto à suposta violação ao direito à vida, argumentam que, quando há valores morais conflitantes, e apenas um deles pode ser respeitado, a opção lógica é a sua relativização, determinando a escolha pela preservação do “valor maior”. Em hipóteses como a descrita acima, afirmam que há bem mais que uma vida biológica a ser considerada para que se possa compreender o “ser humano” ou “pessoa” em sua totalidade e completeza; há que se distinguir entre “estar vivo” em um sentido biológico e “ter uma vida a ser vivida autonomamente”, com todo o grau de complexidade que isto implica. Os que aprovam a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido, acreditam que o princípio orientador do direito de opção pela morte seria a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, o metaprincípio que deveria guiar todas as decisões em que se almeje a justiça.

Desse modo, observa-se o crescimento de uma corrente doutrinária que defende a disponibilidade do direito à vida por reconhecer, ao seu titular, a liberdade de dispor juridicamente de seus direitos fundamentais em situações bem específicas. Essa concepção se apóia, fundamentalmente, no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição Federal de 1988.

A quase totalidade da sociedade se interessa por esta contenda, haja vista a comoção provocada pelo debate e a controvérsia que surge a cada vez que esta questão vem à baila. Todavia, também é evidente que grande parte desta mesma sociedade interessada pelo problema, ainda o enxerga sob o véu de convicções religiosas, morais e políticas arraigadas, há tempos enraizadas em preconceitos ou falsas concepções em que se crê sem uma análise mais profunda dos fatos.

Então, para que se consiga discorrer com propriedade sobre o tratamento jurídico da eutanásia, é preciso que se faça uma reflexão responsável sobre o assunto. Esta reflexão necessita que se mergulhe com profundidade em diversas áreas do conhecimento - tais como

Filosofia, Biologia, Ética, Medicina, Bioética, Psicologia, Antropologia, entre outros - em busca de conceitos inalcançáveis quando se permanece limitado somente ao âmbito do Direito.

Desta feita, a interdisciplinariedade - entendida como o diálogo entre distintas áreas do conhecimento - é indispensável à discussão sobre a descriminalização da eutanásia, uma vez que, para que se assuma um posicionamento consciente acerca do assunto, se faz mister, antes de qualquer coisa, estabelecer alguns conceitos como aqueles que pretendem definir a própria eutanásia, além de outros institutos, intimamente relacionados ao tema, também pertencentes ao universo das ciências médicas e biológicas, tais como a ortotanásia, o suicídio assistido e a distanásia. À ciência jurídica caberá o enquadramento legal dos fatos que se conformarem a estas definições.

A Bioética tem trabalhado em conceitos relacionados à discussão sobre o fim da vida. Muitos fenômenos, antes agrupados sob uma mesma designação, atualmente recebem novas denominações. Talvez, por isso, exista tanta confusão sempre que se refere ao termo eutanásia diante da sociedade leiga. Reforça-se, então, ser imprescindível, à proposta do presente estudo, que se explicitem alguns desses conceitos operacionais, especialmente aquele referente à eutanásia, para que seja estabelecida a diferença entre ela e outros institutos relacionados, tais como ortotanásia, distanásia, suicídio assistido, entre outros.

Há um grande número de definições atribuídas à palavra eutanásia. No entanto, para o escopo deste estudo, a conduta eutanásica apreciada é a eutanásia própria, enquanto ação médica intencional de apressar ou provocar a morte, com objetivo exclusivamente benevolente, de paciente, em estado terminal, que - se encontrando em situação de enfermidade tida como irreversível e incurável, de acordo com os conhecimentos médicos vigentes, e padecendo de sofrimentos físicos e psíquicos insuportáveis - solicite, validamente, o procedimento, mediante requerimento consciente e consentimento esclarecido. Todas as demais condutas, mesmo que assemelhadas por alguma razão ao que se acaba de descrever aqui, estão excluídas do conceito de eutanásia, pelo menos para os objetivos do presente trabalho.

A ortotanásia está intimamente ligada à aceitação da morte, como fenômeno inerente à vida, à qual é permitido o seguimento de seu curso natural, sem que a utilização de métodos terapêuticos hostis, embora inócuos e ineficazes (ou seja, fúteis e desproporcionais) adiem, sem benefício algum e com a provocação de sofrimento inútil ao paciente terminal, o advento do óbito naturalmente inevitável.

Distanásia consiste na tentativa de retardar a morte o máximo possível, prolongando a vida (ou o processo de morte) do paciente que não tem chance de cura ou recuperação da

saúde, utilizando-se de todos os meios médicos ao alcance, proporcionais ou não, ainda que essa conduta implique sofrimentos ao indivíduo cuja morte é inevitável.

Por suicídio assistido entende-se a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro.

A definição do momento em que ocorre a morte também é fundamental à análise do tema em discussão. No curso da história, foram estabelecidos pela medicina diversos critérios para definir o momento do término da vida, ou seja, o instante dentro da linha do tempo no decurso do processo de morrer em que se pudesse considerar que o óbito, enfim, se sucedeu.

No entanto, vida e morte compõem um único processo contínuo, gradual e complexo, em uma sucessão de acontecimentos conectados no tempo. Então, é claro que o conceito de vida ou de morte se insere em um dado instante cronológico dentro deste processo ou desenrolar biológico. Porém, a definição do exato momento da transição de ser vivo para não-vivo não se encontra mais no âmbito da biologia ou da medicina. É algo que ultrapassa essas fronteiras, necessitando de ajuda da filosofia, da ética, da lei e da própria cultura de determinada sociedade.

Hoje, firmou-se o entendimento de que o indivíduo está morto quando lhe houver sobrevivendo ou a parada mantida e irreversível de suas funções respiratória e circulatória, ou a cessação mantida e irreversível de todas as funções encefálicas incluindo as do tronco cerebral. Igualou-se, desse modo, a morte encefálica à morte cardiorrespiratória.

Importante frisar que o diagnóstico de morte neurológica não equivale à morte de uma determinada parte do organismo, como sugerem, de forma confusa, os termos muito utilizados para diagnosticar o momento da cessação da vida, como morte cerebral, morte encefálica e morte de todo o encéfalo (*whole brain death*). Morte neurológica significa morte da pessoa por inteiro.

Até a publicação da Lei 5.479 de 10 de agosto de 1968, não existia qualquer ato normativo, na legislação pátria, que tentasse regular juridicamente a determinação do momento da morte de um ser humano. Essa lei, ao tratar da retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáveres para finalidade terapêutica e científica, apresentou o primeiro texto jurídico que se representava, de algum modo, a judicialização do diagnóstico de óbito de uma pessoa. A lei mencionada estabeleceu que a retirada *post mortem* de órgãos deveria “ser precedida da prova incontestável da morte” e essa confirmação somente poderia ser realizada por médico de capacidade comprovada e instituições idôneas. Todavia, a lei 5.479/68 não citou a expressão “morte encefálica” e não definiu com precisão quais os critérios que

deveriam estar presentes para que o óbito fosse determinado, deixando o procedimento a cargo dos profissionais da medicina.

Em 1991, o Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamentou os critérios de morte encefálica, em âmbito nacional, com a Resolução 1.396/91, mas, somente em 1997, foi promulgada a primeira lei brasileira (Lei 9.434 de 04 de fevereiro 1997) que mencionava a morte encefálica, reconhecendo ao CFM a competência para determinar os critérios de seu diagnóstico.

Na seara do Direito Penal, a eutanásia é assunto bastante controverso, não havendo consenso nem mesmo sobre qual seria, de fato, a sua natureza jurídica e, portanto, qual a melhor forma de regulamentá-la juridicamente. Contudo, atualmente, o posicionamento majoritário da doutrina pátria é o de que a eutanásia configura homicídio. Seria admitida, porém, ao agente sancionado, a concessão da figura do privilégio, mas apenas na hipótese em que o móbil da conduta tipificada tenha sido a paixão para com o grande sofrimento da suposta vítima, o que pode ser considerado motivo de relevante valor moral. Assim, conforme tal entendimento, no Direito Brasileiro, a eutanásia constituiria homicídio privilegiado.

No núcleo dos debates sobre eutanásia, existe um embate entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade – este último se manifestando como capacidade de autodeterminação ou autonomia, aspecto inafastável da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Na verdade, o enfrentamento entre estes direitos fundamentais é a pedra de toque de toda a discussão proposta.

Conforme se tentou demonstrar, a dignidade da pessoa humana se expressa em duas dimensões que se complementam mutuamente: autonomia e heteronomia. A dignidade, como autonomia, protege a capacidade de autodeterminação e a responsabilidade moral do indivíduo por suas próprias escolhas, particularmente aquelas de caráter existencial. Já a heteronomia, como faceta da dignidade, se refere à imposição de padrões sociais externos ao indivíduo, o que, na hipótese em estudo, significaria a proteção objetiva da vida humana, mesmo contra a vontade do titular deste direito. De todo modo, constata-se que as duas perspectivas citadas da dignidade não se excluem. No entanto, é possível perceber uma predominância da dignidade da pessoa humana como autonomia, tanto na filosofia moral contemporânea quanto na ordem constitucional brasileira.

As conclusões alcançadas no presente estudo se coadunam com a premissa da primazia da dignidade como autonomia. Parece mais consistente com os preceitos constitucionais o ponto de vista que assume como legítimo o direito de escolha de um

indivíduo capaz que deseja antecipar o momento de sua morte, mediante ato médico, nas condições mencionadas no presente estudo (a pessoa que solicita a eutanásia deve ser paciente terminal, portadora de doença incurável e padecer de sofrimentos insuportáveis que não possam ser aliviados com os tratamentos disponíveis), em respeito à sua capacidade de autodeterminação, que deflui de sua dignidade.

Nesse diapasão, balizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida - mesmo que também garantido pela Constituição Brasileira - não pode ser confundido com uma obrigação de viver a qualquer custo, sob o jugo de angústias e sofrimentos cruéis. Em um Estado Democrático de Direito, não há permissão para a institucionalização de tratamentos desumanos e degradantes. Assim, passa-se a aventar a possibilidade de um direito à morte digna, como direito humano, como consequência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, passa-se a questionar a legitimidade da conduta estatal que tenta “proteger” um indivíduo de si mesmo, com o intuito de impedir que o exercício de sua liberdade, manifestada como capacidade de autodeterminação, lhe cause algum dano, ainda que irreversível, ou mesmo fatal, culminando com a sua morte, em determinadas circunstâncias. De forma ainda mais clara, no que diz respeito ao objeto do presente estudo, este é o real questionamento que se impõe: a tipificação penal da eutanásia como homicídio realmente se harmoniza com a Constituição Federal do Brasil, especialmente com os preceitos que garantem a dignidade da pessoa humana (com a proteção da liberdade, da autonomia e da privacidade que ela implica), o direito à vida e o Estado laico?

Coloca-se, portanto, o paternalismo estatal em oposição direta à autonomia individual, ao se examinar a possibilidade de disposição do direito à vida a ser feita por um indivíduo, consciente e esclarecido, portador de doença incurável, em estado terminal, acometido de sofrimentos intensos, sem possibilidade de serem aliviadas por nenhum tratamento disponível.

De acordo com toda a análise aqui realizada, a resposta às perguntas acima é NEGATIVA. A criminalização da eutanásia, nos moldes descritos (conduta praticada por médico, a pedido do paciente, através de procedimentos adequados, que abrevie o tempo de vida de doente terminal, acometido de enfermidade incurável, padecendo de sofrimentos físicos ou psíquicos insuportáveis, não passíveis de alívio através de tratamento; o paciente, civilmente capaz, por ato de vontade própria, requisita ao médico assistente, mediante uma solicitação válida, a antecipação do momento de sua morte), não se alinha com a ordem constitucional brasileira.

Afinal, após extensa análise, concluiu-se, definitivamente, pelo caráter não absoluto do direito à vida, e pela ausência de hierarquia entre ele e outros direitos fundamentais. Já a dignidade da pessoa humana se afirma, cada vez mais, como princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio, personificando a baliza para a concretização de todos os direitos fundamentais.

Desse modo, não está de acordo com o princípio da proporcionalidade a proteção de apenas um dos direitos fundamentais em questão, privilegiando, no caso em tela, apenas o direito à vida de um indivíduo que nem mesmo quer desfrutar da única sobrevivência que ainda lhe é possível, por não considerá-la digna. Ao contrário, quando se impõe a manutenção da vida de um paciente terminal a qualquer custo, são aniquilados outros direitos fundamentais do mesmo titular (tais como o direito à liberdade, à autonomia, à privacidade), forçando-o a um sacrifício desarrazoado. A coerção estatal que obriga o indivíduo a manter sua própria vida, independentemente do sofrimento a ele infligido com esse ato, coloca-o em um tipo de cárcere privado em seu próprio corpo, sem o mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, podendo tal atitude ser considerada como tortura.

Por conseguinte, o sacrifício imposto pela criminalização da eutanásia (conforme os critérios apresentados) não pode ser exigido de qualquer indivíduo sem que seja frontalmente violada a sua dignidade, a sua autonomia, a condição de sujeito moral que o caracteriza como pessoa humana.

Dessa maneira, nas circunstâncias determinadas nesse estudo, cabe ao indivíduo, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para decidir pela antecipação ou não do momento de sua morte, em virtude do respeito à autonomia da pessoa humana, como aspecto de sua dignidade. Nessas circunstâncias, cumpre a cada um, em seu íntimo, no exercício do direito à privacidade, sem receio de reprimenda de qualquer ordem normativa, refletir sobre suas convicções e deliberar sobre a manutenção de sua própria vida. É de clareza solar que, nessas circunstâncias, não é legítima a intromissão do Estado.

Outrossim, conclui-se que, entre as várias razões pelas quais a eutanásia não deve ser considerada crime, está o fato de a conduta eutanásica (realizada face as circunstâncias mencionadas exaustivamente neste estudo - em paciente terminal, acometido de doença incurável, padecendo de sofrimentos intensos e inafastáveis mediante os tratamentos disponíveis, que tenha solicitado, de forma válida, que um médico ponha fim, ativamente, à sua vida, com o escopo de terminar com sua agonia) ser albergada (se não pela excludente de tipicidade, pela ausência de dolo específico, assim visto sob o enfoque da tipicidade material) pela excludente de ilicitude do estado de necessidade ou, ainda, ao menos, pela excludente de culpabilidade referida como inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, o objetivo com que o médico age ao praticar a eutanásia também é essencial para fundamentar a adoção desta conduta como legítima, harmonizando-se com o que reza, como um todo, o ordenamento jurídico brasileiro. Defende-se, desse modo, a eutanásia como prática que realiza a vontade constitucional e, por conseguinte, sua descriminalização.

Assim, a eutanásia - dentro dos moldes descritos neste trabalho - seria realizada pelo profissional de saúde apenas com o intuito de garantir um término digno à vida do doente terminal que assim o deseja. O médico teria como único escopo a proteção do processo de morrer dignamente, salvaguardando o paciente de sofrimentos físicos ou psíquicos insuportáveis, intoleráveis e incompatíveis com a ideia de dignidade. Seu objetivo seria tão somente beneficiar o indivíduo que quer dispor de seu direito à vida, abreviando de maneira apropriada a sua duração, já que, conforme o entendimento do próprio sujeito do consentimento, a sobrevivência que lhe resta já não vale mais a pena, segundo seu conceito mais particular do que seja dignidade, suas convicções e sua formação moral. Nesse sentido, a finalidade com que o médico age para praticar a eutanásia é compatível com a promoção da dignidade da pessoa humana, preceito fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

Além de tudo, nos casos concretos aqui discutidos, ao realizar o sopesamento entre os direitos fundamentais em jogo, de acordo com critérios de proporcionalidade, o próprio paciente entende que sua dignidade adquire um peso bem maior que sua vida. O estado em que o indivíduo se encontra, em razão de sua enfermidade, em sua opinião, pulveriza sua dignidade como pessoa humana. Então, o titular do direito do direito à vida se percebe no direito de exercer sua autonomia, dispondo de seus demais direitos – especialmente o de se autodeterminar - da maneira que melhor lhe aprouver, sem prejudicar direitos de terceiros. Vale ressaltar que a legitimidade da disposição do seu direito à vida não se dá por motivos fúteis, mas em razão de do exercício de sua capacidade de autodeterminação diante da situação de vulnerabilidade de sua dignidade, uma vez que, nas circunstâncias em que se encontra, a pessoa, definitivamente, tem o direito de não ser submetida a tratamento desumano e degradante, podendo-se falar até em uma espécie de tortura institucionalizada.

Todos têm o direito de viver dignamente. Entretanto, se isso já não é mais possível, deve-se fazer com que o processo de morrer seja perpetrado pela mesma dignidade que todo ser humano é merecedor por direito em vida. A morte é um processo que se liga à vida, sendo, até mesmo, uma extensão dela. Portanto, há também, com certeza, o direito de morrer dignamente. É nessas circunstâncias que a eutanásia constituiria um direito fundamental. O direito de escolha se materializaria em sua descriminalização. O direito de autodeterminar-se,

em nome da dignidade da pessoa humana, se concretizaria com a retirada da conduta em análise do âmbito do Direito Penal.

Fundamental destacar que não se trata, em absoluto, da imposição da eutanásia. Muito ao contrário, o que se pretende é que seja assegurado a cada pessoa o direito de viver de acordo com as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças.

É notória, no panorama internacional, uma tendência a mudanças progressivas em relação ao tratamento jurídico dispensado à eutanásia. Esse instituto vem obtendo, cada vez mais, atenção e regulamentação jurídica específica em diversos países. Entretanto, na maioria das vezes, ainda não há tipos penais autônomos. Quase sempre, o que existe é apenas a noção de atenuação da sanção. Tal diminuição pode se dar, como observado, ou com a aplicação de atenuantes genéricas, ou com a utilização de causas gerais (formas privilegiadas *lato sensu* de homicídio) ou específicas (privilégio *stricto sensu*, particular à matéria) de diminuição de pena. Não se pode deixar de notar, porém, que algumas legislações nacionais exibem tipos autônomos relativos à eutanásia, com mitigação da pena, já em sua cominação abstrata. Consta-se que algumas preveem, expressamente, a possibilidade de perdão judicial. Outras, já exibem a descriminalização da conduta.

Além de estar de acordo com os princípios constitucionalmente abrigados pela ordem jurídica brasileira, e com a tendência que se observa internacionalmente, a descriminalização da eutanásia também se alinha ao que defende a Bioética, ramo da Filosofia que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do progresso do conhecimento nas ciências biológicas. Sabe-se que a Bioética busca qualidade de vida digna - dando prioridade ao ser humano e não às instituições voltadas à biotecnociência - através da aplicação de seus três princípios básicos: beneficência, autonomia e justiça. A beneficência se manifesta com a imposição ao profissional da saúde ou ao biólogo do dever de dirigir esforços para beneficiar o paciente ou o ser pesquisado, extremando os benefícios e minimizando os riscos a que este seja, por acaso, submetido. O princípio da autonomia significa o respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais. O princípio da justiça se traduz na imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, tendo os profissionais de saúde o dever de tratar os iguais, igualmente, na medida de sua igualdade – não se permite que uma pessoa seja tratada de modo distinto de outra, a não ser que haja entre ambas alguma diferença relevante.

Como consequência dessa difícil missão da Bioética, seus princípios passaram a ser o ponto de partida obrigatório para qualquer debate acerca das questões que se possam enquadrar dentro do extenso espectro que tem sido reconhecido como pertencente a seu campo

de estudo, inclusive, as discussões relativas à eutanásia. Demonstrou-se que a prática da eutanásia, nas condições expostas nesse trabalho, vai ao encontro de todos os princípios da Bioética. Portanto, dentro do universo bioético, a possibilidade de o indivíduo escolher ou não se submeter à eutanásia significa a concretização do respeito à dignidade da pessoa humana em seus últimos momentos de vida. Conseqüentemente, a descriminalização da eutanásia representaria o respeito ao ser humano como fim em si mesmo, e não como instrumento para se alcançar qualquer objetivo.

Também por esse motivo, defende-se a legalização da opção pela eutanásia nos casos onde fosse constatada a presença de todas as condições descritas repetidamente no presente estudo: situações onde o indivíduo capaz, que se encontra em estado terminal em razão de certa enfermidade incurável, padecendo de dores insuportáveis não passíveis de atenuação através dos métodos da medicina atual (condição que, de acordo com suas convicções e seus valores morais, retira-lhe o caráter de dignidade que deveria, necessariamente, estar presente em sua vida) escolhe, em virtude do devido exercício sua autonomia (aspecto inerente à dignidade da pessoa humana) requisitar ao médico a abreviação de seu estado de agonia.

Percebe-se, deste modo, que existem várias teses acerca do tema, quando se observam as diversas correntes ideológicas que o abordam, com maior ou menor fundamentação ética, legal ou jurídica. A fim de que se chegue a uma resposta satisfatória para o problema levantado, procurou-se ponderar aquelas mais disseminadas em nossa sociedade, já que sua participação nessa espécie de discussão é imprescindível, pois apenas dessa maneira seus anseios e aspirações terão maior possibilidade de concretização através dos provimentos estatais. Portanto, a sociedade não pode se furtar à discussão deste tema, ainda que difícil e espinhoso, sob pena de os agentes estatais - que se defrontarem diretamente com a matéria - tomarem decisões alheias ou, até mesmo, absolutamente contrárias às convicções do grupo social. Nestes casos, a mesma sociedade que optou por não participar das discussões, será penalizada, ao ser submetida às medidas resultantes da opção estatal, ainda que diametralmente oposta a seus anseios. Todavia, esta participação deve ser consciente e responsável, a fim de que as decisões não sejam tomadas de forma leviana. Obviamente, não é possível assumir posicionamentos adequados sem um estudo profundo dos vários aspectos atinentes a esta questão tão controvertida.

Por tudo isso, se faz mister uma reflexão intensa acerca dos valores envolvidos. Também é indispensável a compreensão de muitos conceitos pertencentes a diversos campos do conhecimento para que se possa abordar, dentro de um Estado Democrático de Direito, com o respeito à pluralidade que lhe é característica, um tema que envolve, sobretudo, o

direito à vida e à dignidade da pessoa humana, especialmente no que concerne a sua interpretação. Por todo o exposto, deve-se buscar um processo hermenêutico direcionado a atingir o melhor equilíbrio possível entre valores tão essenciais à manutenção da Democracia.

Neste caminhar, após o estudo realizado no decurso do presente trabalho, assumimos o seguinte posicionamento:

O direito à vida, constitucionalmente garantido, não pode se confundir com uma obrigação de viver a qualquer custo, sob o jugo de angústias e sofrimentos cruéis. Em um Estado Democrático de Direito, não há espaço para a institucionalização de tratamentos desumanos e degradantes.

Nas últimas décadas, a ética médica passou do paradigma paternalista (onde o médico deliberava respeitando unicamente seus próprios critérios e praticamente decretava terapias e procedimentos que eram impostos ao indivíduo enfermo), para um modelo que se baseia, principalmente, na autonomia do paciente. Assim, atualmente, o padrão evoluiu para a necessidade de anuência do paciente em relação a qualquer intervenção que atinja sua integridade.

A dignidade da pessoa humana é a justificação última dos direitos fundamentais. Ela possui um aspecto ligado à autonomia do indivíduo, que se manifesta através de sua capacidade de autodeterminação, de sua liberdade para realizar suas escolhas existenciais e de ser responsável por elas. Entretanto, sabe-se que a dignidade também tem uma faceta conhecida como heteronomia, expressando-se sob forma de proteção de valores sociais específicos e promoção do bem da própria pessoa, “bem” esse determinado por critérios externos a ela. No entanto, de acordo com a ordem constitucional brasileira, é possível asseverar que a ideia de dignidade como autonomia é dominante, o que significa dizer que, como regra, devem prevalecer as escolhas individuais. Portanto, quando se deseja afastar tais escolhas, há um ônus: é necessário um esforço argumentativo que fundamente tal restrição à liberdade individual.

Assim, prevalece a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado penalizar a conduta médica que antecipe a morte do paciente terminal - portador de enfermidade sem possibilidade de cura, martirizado por sofrimentos intoleráveis - que assim o deseje, em nome do direito à vida, não mais considerado como absoluto, já que o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica: seu direito de escolha, fruto do exercício de seu direito fundamental à liberdade, manifestada como capacidade de autodeterminação, compreendida como expressão de sua dignidade.

Por todo exposto, ao agir com sabedoria e justiça, embasado na Carta Maior brasileira e desprovido qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, o Estado deve garantir, sim, nas hipóteses como as descritas no presente estudo, o direito que tem o indivíduo de manifestar-se livremente, solicitando a eutanásia, sem o temor de que o médico que atue misericordiosamente, ao atender o seu pedido, se torne réu em eventual ação por crime de homicídio.

As conclusões aqui depreendidas fundamentam-se no sistema constitucional, mais especificamente na interpretação sistemática que se pode fazer do princípio da dignidade da pessoa humana em conjunto com o direito à vida. Os dispositivos constitucionais são providos de força normativa e superioridade hierárquica, de forma que a inexistência de lei específica sobre o tema não impede a incidência da solução constitucionalmente adequada.

Na verdade, nos termos da conclusão apurada, a imposição da manutenção da vida, nas hipóteses levantadas nesse trabalho, fere de morte o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que eventual lei ou ato normativo que disponha nesse sentido é inconstitucional.

Finalmente, entendemos que as conclusões decorrentes das análises realizadas no decorrer do presente estudo permitem, ainda, ir além. Elas não só levam a sustentar a descriminalização da eutanásia, mas também, e principalmente, à defesa de que a eutanásia seja entendida e aceita, definitivamente, como parte do elenco dos direitos fundamentais, como consequência inarredável de uma interpretação sistêmica e conforme a Constituição, respeitando a atual ordem jurídica nacional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Léo da Silva. Eutanásia. **Revista Consulex**, n. 29, a. III, p. 12-13, maio 1999.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido e a constituição holandesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 8, jul./dez. 2006. p. 297-319. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-297-Roberto_Chacon_de_Albuquerque.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2012.

ALEMANHA. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_216.html>. Acesso em: 03 fev. 2012.

ALMEIDA, Alexander Moreira de. Suicídio assistido, eutanásia e cuidados paliativos. In: MELEIRO, A. M. A. S.; TENG, C. T.; WANG, Y. P. (Eds.) **Suicídio: estudos fundamentais**. São Paulo: Segmento Farma, 2004. p. 207-215. Disponível em: <<http://www.hoje.org.br/site/arq/artigos/20050401-in-draa-Eutanasia.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

ARGENTINA. **Código penal**. Disponível em: <http://www.consejo.org.ar/Bib_elect/septiembre04_CT/documentos/L11179_2_1.htm>. Acesso em: 31 jan. 2012.

AUSTRÁLIA. **Código penal**. Disponível em: <http://corrigan.austlii.edu.au/au/legis/nt/consol_act/rottia294/s4.html>. Acesso em: 03 fev. 2012.

BAHAMONDEZ, Marcelo Omar. **Experiencia personal sobre las implicaciones morales, legales y de bioética del caso Marcelo Bahamondez**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/bahamondez.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

BARBOZA, Heloísa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 53-73.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 16 maio 2012.

BELGIQUE. Disponível em: <<http://www.senat.fr/lc/lc109/lc1091.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 07 dez. 2009.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resoluções normativas**: março de 1957 a dezembro de 2004. Brasília, DF: CFM; 2005.

_____. **Resolução CFM nº 1.480/97**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 26 ago. 2011.

_____. **Código de Ética Médica**. Aprovado pela resolução CFM nº 1.931/2009, de 06 mai. 2009, D.O.U. de 13 out. de 2009, Seção I, p. 173. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>. Acesso em: 26 ago. 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 26 ago. 2011.

_____. **Código Penal (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 07 dez. 2009.

BRASIL. 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. **Sentença na Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2011.

BRITO, Antônio José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. **Estudo jurídico da eutanásia em Portugal**: direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: Almedina, 2000.

BUSCH, Christian Juul. From Denmark . **Palliative Medicine**, v. 17, p. 153-154, 2003. Disponível em: <<http://www.eapcnet.eu/LinkClick.aspx?fileticket=-G1eADvhUQE%3D&tabid=639>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM – aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Penal, volume 2:** parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). São Paulo: Saraiva, 2006.

CARMO, Márcia. **Parlamento do Uruguai aprova ‘Direito à Eutanásia’**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090318_eutanasia_uruguairg.shtml>. Acesso em: 04 mar. 2012.

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

CASCUDO, Luís da Câmara. O tonel das Danaides. In: SILVA, Carlos Henrique Debenedito. **Quando o tratamento oncológico pode ser fútil?** Do ponto de vista do saber-fazer médico. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/rbc/n_54/v04/pdf/401_410__Quando_o_Tratamento_Oncol%C3%B3gico_Pode_Ser_Futil_saber_fazer_medico.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição e o direito ao corpo humano. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos limites da vida:** aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 241-263.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reforma penal. In: CONGRESSO BRASILEIRO SOBRE A REFORMA PENAL. 1985. São Paulo. **Anais...** São Paulo: Saraiva, 1985. p. 38-41.

COLÔMBIA. Tribunal Constitucional. [**Decisão sobre eutanásia (incluindo os votos de seus ministros)**]. Disponível em: <http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Eutanasia_y_suicidio/C-239-97.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2012.

CORREA NETO, Ylmar. Morte encefálica: cinquenta anos além do coma profundo. **Revista Brasileira de Saúde Maternal e Infantil**, Recife, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 ago. 2011.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). Iniciação à bioética. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 171-192.

D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

DINAMARCA. **Código penal**. Disponível em: <http://www.themis.dk/synopsis/docs/lovsamling/Straffeloven_kap_25.html>. Acesso em: 26 fev. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPANHA. **Código penal**. Disponível em:
<http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.12t1.html>. Acesso em: 26 fev. 2012.

FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro (comentado)**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. IV.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FORTES, Paulo Antônio. O suicídio assistido e o paciente terminal. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 47, n. 3, Sept. 2001. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2011.

FRANÇA. **Código penal**. Disponível em:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=570F1C717DA23D368569BD0FD E93870A.tpdjo05v_3?idArticle=LEGIARTI000006417561&idSectionTA=LEGISCTA00000 6165276&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20091125>. Acesso em 26 fev. 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia: um enfoque ético-político. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina. v. 7, n. 1, p.71-82, 1999.

FRANÇA. Senado. **Proposition de loi relative au droit de mourir dans la dignité**. Disponível em: <<http://www.senat.fr/leg/pp198-166.html>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

_____. **Proposition de loi relative à l'aide active à mourir**. Disponível em:
<<http://www.senat.fr/rap/110-228/110-228.html>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

_____. **Proposition de loi relative à l'autonomie de la personne, au testament de vie, à l'assistance médicalisée au suicide et à l'euthanasie volontaire**. Disponível em:
<<http://www.senat.fr/leg/pp103-297.html>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

FRANCO, Alberto da Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 94, n. 833, p. 399-419, mar. 2005.

GOLDIM, José Roberto. **Caso Vincent Humbert: eutanásia ativa voluntária**. Disponível em:
<<http://www.ufrgs.br/bioetica/humbert.htm>>. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. **Eutanásia – Colômbia**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutacol.htm>>. Acesso em: 04 set. 2011.

_____. **Eutanásia – Uruguai**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanuru.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói: Ímpetus, 2007.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia**: novas considerações penais. Leme: JHMizuno, 2011.

GUTIERREZ, Pilar L. O que é o paciente terminal?. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 47, n. 2, jun. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 set. 2011.

HINTERMEYER, Pascal. **Eutanásia**: a dignidade em questão. São Paulo: Loyola, 2006.

HOLANDA. **Código penal**. Disponível em: <<http://www.wetboek-online.nl/wet/Sr.html>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

HOLLAND, Stephen. **Bioética**: enfoque filosófico. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2008.

HOLM, Soren. Legalizar a Eutanásia? Uma perspectiva dinamarquesa. **Bioética**, Brasília: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/297/436>. Acesso em: 04 set. 2011.

HORTA, Marcio Palis. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 27-33, 1999.

HUMPHREY, Derek. **Death of a veteran right-to-die campaigner**: Beatriz Gomez. Disponível em: <<http://www.worldrtd.net/news/death-veteran-right-die-campaigner-beatriz-gomez>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

INGLATERRA. Suprema Corte. [**Caso Tony Nicklinson**]. Disponível em: <<http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/nicklinson-v-moj.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

JAKOBS, Gunther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAPÃO aprova diretrizes para aplicar eutanásia. 2007. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI1991216-EI298,00.html>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

JUSTIÇA valida resolução CFM 1805, que trata sobre ortotanásia. Disponível em: <<http://saudefloripa33pj.wordpress.com/2011/01/11/justica-valida-resolucao-cfm-1805-que-trata-sobre-ortotanasia/>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, LDA, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIPPER, Délio. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. **Bioética**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 59-70, 1999.

KOVÁCS, Maria Julia. Bioética nas questões da vida e da morte. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 115-167, 2003.

LEI relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, artigo 2º. Disponível em: <http://www.st-ab.nl/wetten/0829_Wet_toetsing_levensbeeindiging_op_verzoek_en_hulp_bij_zelfdoding.htm>. Acesso em: 04 mar. 2012.

LEI relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, Artigo 3 a 19. Disponível em: <http://www.st-ab.nl/wetten/0829_Wet_toetsing_levensbeeindiging_op_verzoek_en_hulp_bij_zelfdoding.htm>. Acesso em: 02 mar. 2012.

LIMA, Carolina Alves de Sousa. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

LOCKED-IN syndrome man to have right-to-die case heard. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-17336774>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

MACHADO, Ângelo. **Neuroanatomia funcional**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2006.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito Público)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 99. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel>. Acesso em: 02 jun. 2012.

MARTIN, Leonard. Aprofundando alguns conceitos fundamentais: eutanásia, mistanásia, distanásia, ortotanásia e ética médica brasileira. In: PESSINI, Léo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?**, São Paulo: Loyola/Editora Centro Universitário São Camilo, 2004. p. 199-226.

MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Direito de morrer no anteprojeto do código penal brasileiro. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, Ano 4, v. 6., jun/dez. 1999.

MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 38-45.

MORE, Thomas. **Utopia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

MOTA, Joaquim Antônio César. **Quando um tratamento torna-se fútil**. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/tratamento.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

NORONHA, E. Magalhães de. **Direito penal**. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **Physis**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, June 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 ago. 2011.

PERICAS, Lluís Cabré. Bioética e medicina intensiva: problemas al final de la vida en la medicina altamente tecnificada. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER, Gabriel José Chittó; CASADO, Maria. **Bioética, interdisciplinariedade e prática clínica**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008. p. 391-414.

PESSINI, Leo. **Cuidados paliativos**: alguns aspectos conceituais, biográficos e éticos. Disponível em: <<http://www.praticahospitalar.com.br/pratica%2041/pgs/materia%2021-41.html>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

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

PIMENTEL, Danielle Cortez. Eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido: crimes contra a vida ou direitos fundamentais? In: ARAUJO, Régis Frota (Coord.) **Direitos fundamentais, cinema e literatura**: propostas interdisciplinares I. Fortaleza: ABC Editora, 2011. p. 99-138.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. _____. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Autonomia**: viver a própria vida e morrer a própria morte. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v22n8/24.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

RIGHTS of the Terminality Ill Act. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/legis/nt/consol_act/rottia294/>. Acesso em: 02 fev. 2012.

ROBATTO, Waldo. **Eutanásia**: sim ou não – aspectos bioéticos. Curitiba: Instituto Memória, 2008.

ROCHA, José Taumaturgo da. Biodireito e bioética personalista. In: RAMOS, Dalton Luiz de Paula (Org). **Bioética**: pessoa e vida. São Caetano do Sul, SP: Difusão Editora, 2009. p. 347-361.

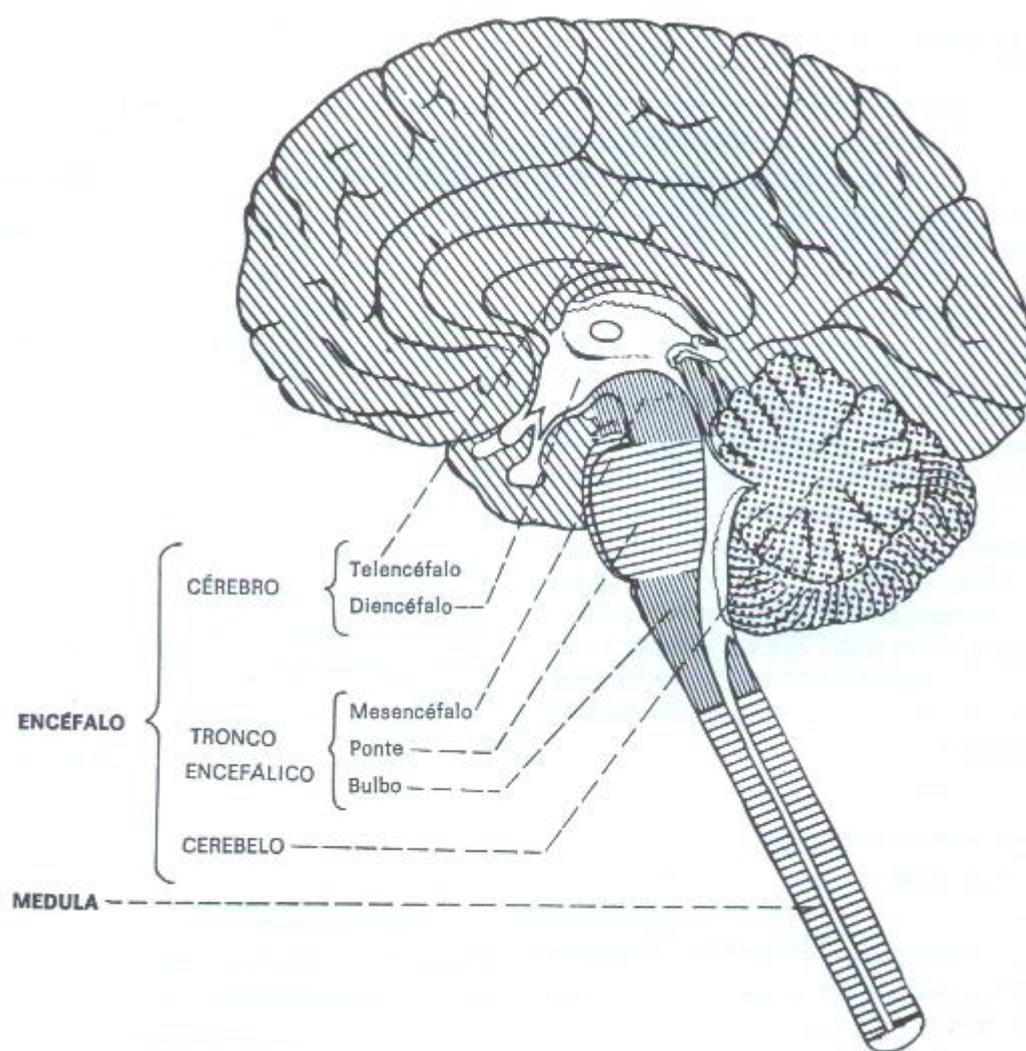
RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

RHODES, Lucie-Anne. **Eutanásia sedação terminal, e suicídio assistido**. Disponível em: <<http://www.legalcentre.co.uk/personal-injury/guide/about-euthanasia/>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

- RÖHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 2004. 492 f. Tese (Livre-docência)-Universidade de São Paulo, 2004.
- SINGER, Peter. **Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- SÍNTESE das principais leis e decretos da política de Eugenia. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/eugenia5.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2012.
- STRENGER, Irineu. **Direito moderno em foco**. São Paulo: LTR, 2004.
- TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- URUGUAI. **Código penal**. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/11t8.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2012.
- VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia: humanizando a visão jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.
- VOTO do ministro Carlos Ayres Britto na ação relativa à pesquisa com células-tronco embrionárias. ADIN nº 3510-0, em 05 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2011.
- VOTO do ministro Marco Aurélio Mello na ADPF nº 54, em 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Parte General. 12. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1987. p. 256-257.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANEXO A - SISTEMA NERVOSO CENTRAL – SUBDIVISÕES ANATÔMICAS

Fonte: MACHADO, Ângelo (2006).

ANEXO B – RIGHTS OF THE TERMINALLY ILL ACT - SECT 7

Conditions under which medical practitioner may assist

(1) A medical practitioner may assist a patient to end his or her life only if all of the following conditions are met:

- (a) the patient has attained the age of 18 years;
- (b) the medical practitioner is satisfied, on reasonable grounds, that:
 - (i) the patient is suffering from an illness that will, in the normal course and without the application of extraordinary measures, result in the death of the patient;
 - (ii) in reasonable medical judgment, there is no medical measure acceptable to the patient that can reasonably be undertaken in the hope of effecting a cure; and
 - (iii) any medical treatment reasonably available to the patient is confined to the relief of pain, suffering and/or distress with the object of allowing the patient to die a comfortable death;
- (c) two other persons, neither of whom is a relative or employee of, or a member of the same medical practice as, the first medical practitioner or each other:
 - (i) one of whom is a medical practitioner who holds prescribed qualifications, or has prescribed experience, in the treatment of the terminal illness from which the patient is suffering; and
 - (ii) the other who is a qualified psychiatrist, have examined the patient and have:
 - (iii) in the case of the medical practitioner referred to in subparagraph (i), confirmed:
 - (A) the first medical practitioner's opinion as to the existence and seriousness of the illness;
 - (B) that the patient is likely to die as a result of the illness; and
 - (C) the first medical practitioner's prognosis; and
 - (iv) in the case of the qualified psychiatrist referred to in subparagraph (ii), confirmed that the patient is not suffering from a treatable clinical depression in respect of the illness;
- (d) the illness is causing the patient severe pain or suffering;
- (e) the medical practitioner has informed the patient of the nature of the illness and its likely course, and the medical treatment, including palliative care, counselling and psychiatric support and extraordinary measures for keeping the patient alive, that might be available to the patient;
- (f) after being informed as referred to in paragraph (e), the patient indicates to the medical practitioner that the patient has decided to end his or her life;
- (g) the medical practitioner is satisfied that the patient has considered the possible implications of the patient's decision to his or her family;
- (h) the medical practitioner is satisfied, on reasonable grounds, that the patient is of sound mind and that the patient's decision to end his or her life has been made freely, voluntarily and after due consideration;
- (i) the patient, or a person acting on the patient's behalf in accordance with section 9, has, not earlier than 7 days after the patient has indicated to his or her medical practitioner as referred to in paragraph (f), signed that part of the certificate of request required to be completed by or on behalf of the patient;
- (j) the medical practitioner has witnessed the patient's signature on the certificate of request or that of the person who signed on behalf of the patient, and has completed and signed the relevant declaration on the certificate;
- (k) the certificate of request has been signed in the presence of the patient and the first medical practitioner by another medical practitioner (who may be the medical practitioner referred to in paragraph (c)(i) or any other medical practitioner) after that medical practitioner has discussed the case with the first medical practitioner and the patient and is satisfied, on

reasonable grounds, that the certificate is in order, that the patient is of sound mind and the patient's decision to end his or her life has been made freely, voluntarily and after due consideration, and that the above conditions have been complied with;

(l) where, in accordance with subsection (4), an interpreter is required to be present at the signing of the certificate of request, the certificate of request has been signed by the interpreter confirming the patient's understanding of the request for assistance;

(m) the medical practitioner has no reason to believe that he or she, the countersigning medical practitioner or a close relative or associate of either of them, will gain a financial or other advantage (other than a reasonable payment for medical services) directly or indirectly as a result of the death of the patient;

(n) not less than 48 hours has elapsed since the signing of the completed certificate of request;

(o) at no time before assisting the patient to end his or her life had the patient given to the medical practitioner an indication that it was no longer the patient's wish to end his or her life;

(p) the medical practitioner himself or herself provides the assistance and/or is and remains present while the assistance is given and until the death of the patient.

(2) In assisting a patient under this Act a medical practitioner shall be guided by appropriate medical standards and such guidelines, if any, as are prescribed, and shall consider the appropriate pharmaceutical information about any substance reasonably available for use in the circumstances.

(3) Where a patient's medical practitioner has no special qualifications in the field of palliative care, the information to be provided to the patient on the availability of palliative care shall be given by a medical practitioner (who may be the medical practitioner referred to in subsection (1)(c)(i) or any other medical practitioner) who has such special qualifications in the field of palliative care as are prescribed.

(4) A medical practitioner shall not assist a patient under this Act where the medical practitioner or any other medical practitioner or qualified psychiatrist who is required under subsection (1) or (3) to communicate with the patient does not share the same first language as the patient, unless there is present at the time of that communication and at the time the certificate of request is signed by or on behalf of the patient, an interpreter who holds a prescribed professional qualification for interpreters in the first language of the patient.